

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

*Pelo* Dr. Pedro Gustavo Magalhães do Nascimento Teixeira

## SUMÁRIO:

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

---

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

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

## INTRODUÇÃO

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

Kazuaki Sono (\*\*)

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## PARTE I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(8)</sup> SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*

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

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

confiança no cumprimento através da correcção formal do contrato e da inserção de mecanismos preventivos como a cláusula penal (relevando a sua função indemnizatória se estipulada pelas partes como cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização) <sup>(11)</sup>, e.g.. Assim, COASE conclui que a negociação de qualquer contrato pode envolver custos pesados para ambas as partes que não podem ser ignorados pela teoria económica e pelo direito.

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

As empresas têm como variáveis de gestão os custos da transacção e o risco jurídico <sup>(12)</sup>. Quando contratam não atendem só ao elemento da planificação mas também aos custos das negociações, da própria feitura formal do contrato de acordo com certo sistema jurídico, dos mecanismos destinados a garantir o cumprimento como o sinal; a outra variável de gestão é ainda o *risk-management*, que nos contratos é referido como o risco jurídico, i.e., a possibilidade de emergir um litígio do contrato que suspenda a sua eficácia económica frustrando a planificação da empresa.

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

---

<sup>(11)</sup> Ver PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, § 4 (*Problemas que a cláusula penal visa resolver*), ps. 24 e ss., e § 51 (*Espécie de cláusula penal prevista no art. 810.º*), p. 577 e ss..

<sup>(12)</sup> Maria Manuel LEITÃO MARQUES, *O direito nos contratos das empresas*, in «Sub judice» *cit.*.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

(14) LEITÃO MARQUES, *op. cit.*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

<sup>(42)</sup> SONO, *op. cit.*

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(45)</sup> *Op. cit.*

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(46)</sup> *Dos Direitos Adquiridos em DIP*, ps. 43 e 44.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

(54) *Idem*.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(61)</sup> *Op. cit.* ps. 116 e ss..

<sup>(62)</sup> MARQUES DOS SANTOS, *op. cit.*, ps. 397 e ss.

<sup>(63)</sup> *Op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(65)</sup> CANARIS, *op. cit.*, Introdução de MENEZES CORDEIRO.

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

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

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

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

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

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

## PARTE II

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

O presente diploma aplica-se:

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

<sup>(78)</sup> MOURA RAMOS, *Aspectos Recentes*, cit. ps. 12 e ss..

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(79)</sup> Art. 3.º do Tratado da Comunidade Europeia.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>(83)</sup> Caso referido por IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*

<sup>(84)</sup> LAGARDE, *op. cit.*

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

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

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

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

---

<sup>(85)</sup> Ver BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, ps. 342 e ss..

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(87)</sup> *Pós-eficácia das obrigações*, do Professor MENEZES CORDEIRO.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

<sup>(91)</sup> *DIP e a Constituição*, n.º 11.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>(96)</sup> *Contrato de Trabalho em DIP*, n.º 69.

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

situação jurídica que pretendem constituir, modificar ou extinguir validamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>(101)</sup> Ver MOTA PINTO, *op. cit.*, ps. 354 e ss..

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

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

---

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

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