

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marília Zanchet

**A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marília Zanchet

**A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Cláudia Lima Marques

Porto Alegre
2006

**Aos meus pais, Jaime e Vera, e às minhas
irmãs, Virgínia e Lívia.**

AGRADECIMENTOS

À Professora Cláudia Lima Marques, pelos vários anos de orientação, incentivo e oportunidades.

Ao Professor Tupinambá Pinto de Azevedo, pela confiança, inicial estímulo à pesquisa e oportunidade de estágio docente.

À Professora Véra Maria Jacob de Fradera pela disponibilidade, gentileza e grande contribuição ao presente trabalho.

À Professora Iacyr de Aguillar Vieira, pela disponibilidade e importante contribuição bibliográfica ao presente trabalho.

Ao Professor Manuel André da Rocha, pela oportunidade de ministrar aulas aos perspicazes alunos primeiranistas da Faculdade de Direito da UFRGS.

Ao Professor Florisbal de Souza Del'Olmo, pelas contribuições precisas na banca de qualificação.

Aos Professores Cristina Stringari Pasqual e José Tadeu Neves Xavier, pelo apoio e sugestão inicial de plano de trabalho.

Aos queridos Raul e Marcos Rübenich, pela revisão do português.

À Naila Lomando, pelo auxílio com a revisão das normas técnicas e pela preocupação e cuidado com a Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS. E, em nome dela, aos funcionários da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação, pelo auxílio e amizade.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ao Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), respectivamente, pelo ensino público de qualidade e apoio financeiro.

Aos amigos Giovana Cunha Comiran, pela leitura e sugestões ao trabalho, pelo carinho, amizade e dedicação de todos os anos de caminhada conjunta, e Marcos Homrich Hickmann, cujas aulas de francês tornaram possível o presente trabalho. E, em nome deles, a todos os amigos e colegas do Curso que contribuíram com bibliografia, sugestões, trocas e, principalmente, estímulo e confiança para que o presente trabalho pudesse se realizar.

“O social precede, necessariamente, o homem porque não foi o homem que fez a assembléia, o diálogo; foi a assembléia, o diálogo que fez o homem.”

(PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 32)

RESUMO

As relações de consumo, da mesma forma como relações privadas em geral, têm assumido caráter internacional. O crescente fenômeno acarreta, contudo, o incremento de vulnerabilidade do consumidor, a qual, em nível nacional, já exige que o direito restabeleça o desequilíbrio intrínseco à relação de consumo. Em nível internacional, assim, esses desafios aumentam, especialmente porque as normas conflituais clássicas foram construídas a partir da sociedade liberal moderna, que buscava basicamente a manutenção da igualdade formal entre os indivíduos, sem preocupações de cunho material. No Direito Internacional Privado Brasileiro essa situação se repete. Busca o presente trabalho, portanto, construir propostas para o Direito Internacional Privado Brasileiro de defesa do consumidor. Na primeira parte do trabalho, então, são analisadas as causas da vulnerabilidade na relação internacional de consumo, constatando-se estar no liberalismo jurídico e suas conseqüências na disciplina, bem como o duplo papel do princípio da autonomia da vontade. Por um lado, a autonomia permite o reconhecimento do indivíduo no plano internacional, mas por outro demonstra a insuficiência do modelo conflitual clássico. Diante da crise do modelo liberal moderno, discutem-se, na segunda parte do trabalho, os remédios para superar a vulnerabilidade na relação internacional de consumo. Analisa-se a informação enquanto forma de mitigar a vulnerabilidade do consumidor. Abordam-se, ainda, as formas de se encontrar a lei mais favorável ao consumidor. Nas conclusões, enfim, constrói-se uma sugestão de redação para a lei brasileira de proteção internacional do consumidor.

Palavras-chaves: Direito Internacional Privado, Direito do Consumidor, Consumo Internacional, Causas e Soluções para Vulnerabilidade na Relação Internacional de Consumo.

ABSTRACT

Consumers' relations are becoming international, as private relations in general. This change brings, however, more difficulties to consumers' protection, which is already hard in every kind of consumer's relations. In international terms the difficulties increase, specially because the Classic Conflicts of Law Theory were built on the modern liberal society, whose basic aim was to maintain the formal equality between individuals, without any material concerns. In Brazilian Private International Law this situation is confirmed. Therefore, this present paper intend to find solutions to overcome the problems, based on the analysis of the vulnerability causes of the international consumer's relations, providing proposals to the Brazilian Private International Law. At the first part, the causes of the international consumer's relations vulnerability will be study, analyzing the legal liberalism and its consequences to the field. To reach this aim the solutions provided by the Classic Conflicts of Law Theory to the international consumer's protection will be discussed, based on conflict rules and public order exception. In addiction, the double function of party autonomy is study, analyzing its positive and negative aspects in the international consumer's relation. In the second part, the solutions to overcome the vulnerability are concerned, also analyzing the information' rule, considering the language problem in the international relations. The paper attempt to find the best ways to find criteria that benefit the consumers, through alternative connections and imperative rules. As conclusion, a suggestion to a Brazilian rule of law to protect consumers internationally is built.

Key words: Private International Law, Conflicts of Laws, International Consumer Relations, Causes and Solutions to Vulnerability in Consumer International Relations

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB – Código Civil Alemão
CIDIP – Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado
CDC – Código de Defesa do Consumidor
DIPr – Direito Internacional Privado
EGBGB – Lei de Introdução ao Código Civil Alemão
LICC – Lei de Introdução do Código Civil
OEA – Organização dos Estados Americanos
Resp – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
I – AS CAUSAS DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSUMO	221
<i>A) O liberalismo jurídico</i>	<i>2223</i>
<i>a) As soluções individualistas para a proteção do consumidor no plano internacional</i>	<i>310</i>
1. Normas conflituais.....	32
2. A exceção de Ordem Pública.....	48
<i>B) A dupla face da autonomia da vontade, instrumento hábil ao reconhecimento do consumidor como sujeito de direito e da insuficiência do modelo liberal</i>	<i>58</i>
<i>a) O paralelismo entre o direito material e o direito internacional</i>	<i>73</i>
II – OS REMÉDIOS PARA A SUPERAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSUMO	92
<i>A) A informação ao consumidor como meio de mitigar a vulnerabilidade</i>	<i>93</i>
<i>a) O problema do risco lingüístico e o novo conceito de ordem pública</i>	<i>116</i>
<i>B) A proteção do consumidor independentemente da diversidade: o critério mais favorável ao consumidor</i>	<i>122</i>
<i>a) As conexões alternativas</i>	<i>132</i>
<i>b) As normas imperativas</i>	<i>139</i>
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	160
ANEXO	178

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado¹ é uma matéria jurídica muito antiga, que está presente desde Roma². Não obstante, desenvolveu-se principalmente na Itália, na Idade Média, em virtude da diferença entre os diversos estatutos das cidades. No século XIX, foi elaborado o chamado DIPr clássico, graças à influência do teórico alemão Savigny, o qual desenvolveu a idéia de que a lei aplicável decorreria da determinação da sede da relação jurídica em análise³.

Contudo, muitas foram as alterações sofridas pela sociedade nos dois últimos séculos, produzindo, principalmente, o fenômeno da globalização⁴. E a sociedade globalizada gera uma crescente internacionalização das relações privadas⁵. Cada vez mais, as pessoas viajam para o exterior, onde trabalham, casam com estrangeiros, compram e vendem bens e,

¹ Ao longo deste trabalho será utilizada a sigla DIPr.

² JAYME, Erik. Identité cultural et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 251, p. 9-268, 1996, p. 40.

³ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, v. 8, p. 204. Ressalta-se, ainda, que Erik Jayme introduz a tradução para o português, referindo o que considera a grande contribuição de Savigny para o DIPr – determinar a sede da relação jurídica como critério de determinação da lei aplicável em casos envolvendo elementos de estraneidade, p. 15.

⁴ A respeito do impacto do fenômeno da globalização no Direito, FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.) *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 89-110. Também, a respeito do tema: LOVECE, Graciela; GHERSI, Carlos A. *Contrato de tiempo compartido: timesharing*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 108; FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 500-503.

eventualmente, vêm inclusive a falecer em países diversos dos de sua origem. Conseqüentemente, surgem cada vez mais problemas de DIPr.

Nesse sentido, vale um breve apanhado sobre o desenvolvimento do DIPr Brasileiro na atualidade⁶. Com efeito, a disciplina em questão foi codificada inicialmente, em 1917, com a edição da Introdução ao Código Civil. Essa lei, promulgada juntamente com o Código Civil Brasileiro, era composta por 21 artigos, sendo os artigos 8º a 14 sobre lei aplicável e os artigos 15 a 18 sobre processo internacional. Adotava, como regra de conexão relativa à capacidade, a lei da nacionalidade da pessoa envolvida, na linha dos países europeus, mas na contramão dos demais países latino-americanos, que, em sua maioria, optaram pela regra do domicílio.

Em 1942, com a edição da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n.º 4.687/42, o DIPr Brasileiro sofre uma profunda alteração, objetivando adequar o país às decorrências da imigração, à semelhança do que ocorria com os demais países latino-americanos, que adotavam a regra domiciliar. A LICC tem 18 artigos: os artigos 7º a 11 referem os conflitos de leis; os artigos 12 a 15 são sobre o processo internacional; os artigos 16 e 17 referem-se aos princípios do reenvio e da ordem pública e, finalmente, o artigo 18 dispõe sobre o casamento consular. Observa-se, assim, uma clara tentativa de modernização, não somente do DIPr Brasileiro, como também de todo o sistema de aplicação de normas jurídicas⁷.

⁶ DOLINGER, Jacob et al. O DIP no Brasil no século XXI. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, p. 79-95, 2000, p. 81.

⁷ DOLINGER et al. O DIP..., p. 82. Citam-se dois dos principais projetos de lei de introdução ao Código Civil desenvolvidos no Brasil, um deles de autoria de Haroldo Valladão, de 1963, e outro de autoria Jacob Dolinger, de 1995. Nenhum deles, contudo, conseguiu aprovação no Congresso Nacional.

Com relação a isso, destaca-se que, no final do século XX, o Brasil busca superar sua tendência isolacionista em matéria de ratificação de tratados de DIPr, vindo o país a tornar-se parte de inúmeras convenções internacionais, tanto na esfera regional, com as Convenções da Organização dos Estados Americanos, como no âmbito da Conferência de Haia. Cita-se, ainda, outro importante marco nos últimos anos, a aprovação da recente Lei 9.307, de 24 setembro de 1996, trazendo inúmeras inovações aplicáveis à arbitragem comercial⁸.

Infelizmente, contudo, não se vislumbram perspectivas positivas para o imediato futuro da disciplina⁹. Embora se constate a rica jurisprudência em matéria processual – carta rogatória e homologações de sentença estrangeiras – e em direito penal – extradições e expulsões – são praticamente inexistentes as decisões em matéria de direito contratual, devido à falta de expressa manifestação legislativa a favor da autonomia das partes contratantes escolherem a lei de sua preferência¹⁰. Adicionalmente, o país não busca substituir suas regras ultrapassadas, não tendo promovido significativa inovação desde a década de 1940.

A fim de abordar, por outro lado, as possibilidades de atualização do DIPr Brasileiro, agrega-se outro tema que, embora igualmente antigo no Direito¹¹, apresenta-se extremamente atual: a vulnerabilidade¹². De fato, as mudanças sociais que deram origem à chamada pós-

⁸ DOLINGER et al. O DIP..., p. 85.

⁹ DOLINGER et al. O DIP..., p. 94.

¹⁰ DOLINGER et al. O DIP..., p. 94.

¹¹ O autor argentino Ricardo Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 138-139) explicita estar a vulnerabilidade presente desde a Antigüidade, quando o direito já desenvolvia formas de tutelá-la.

¹² Acerca do conceito de vulnerabilidade, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 320-333.

modernidade – com reflexos relevantes no âmbito jurídico¹³, em especial no DIPr¹⁴ – decorreram do “boom consumista”¹⁵.

E a sociedade de consumo apresenta-se extremamente paradoxal¹⁶: quanto mais elevada a “procura do consumidor”¹⁷, isto é, quanto mais eficaz a sedução do mercado, mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos¹⁸ e passam a agir do modo como essa condição os conduz e os que foram seduzidos, mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera que deveriam.

Com efeito, a sedução do mercado é, simultaneamente, a grande fonte da igualdade e da diferença. Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirem. No entanto, existem mais daqueles que podem ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora objetivava aparecer. Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente renegados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo. O consumo é dito e mostrado abundantemente, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Os consumidores também

¹³ CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue de Droit Public*, n. 3, 659-690, mai/juin. 1998.

¹⁴ JAYME, Identité..., p. 9-268.

¹⁵ LYON, David. *Postmodernidad*. 2 ed. Madrid: Alianza, 1999, p. 108.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 55.

¹⁷ BAUMAN, *O mal-estar...*, p. 55.

¹⁸ A respeito da sedução dos consumidores, veja dissertação de mestrado de Adalberto Pasqualotto (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *O regime obrigacional da publicidade nas relações de consumo*. 1995. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995, p. 27) sobre a publicidade nas relações de consumo: “No seu jogo de sedução, a publicidade lança mão de recursos plásticos, cênicos, auditivos, elaborando um pasticho que alguns chamam de arte, outros, de técnica.”

aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida são as condições necessárias para a felicidade, talvez até para a dignidade humana. Se o consumo é a medida de uma vida bem-sucedida, da felicidade e mesmo da decência humana, então “foi retirada a tampa dos desejos humanos: não há padrões a cujo nível se manter – a linha de chegada avança junto com o corredor, e as metas permanecem continuamente distantes enquanto se tenta alcançá-las”¹⁹.

Afirma-se, por isso, que o consumo não conhece limites²⁰, tampouco respeita os âmbitos que no passado eram imunes a seus efeitos, nem as linhas dos territórios culturais. Em realidade, uma vez estabelecida, a cultura consumista não discrimina e tudo se converte em artigo de consumo, incluindo o significado, a verdade e o conhecimento²¹. Assim, os valores e as crenças já não são coerentes e contínuos, em um mundo de opções de consumo, de vários meios de comunicação e de sociedade globalizada. A sociedade sofre o abismo da incerteza e a vertigem da relatividade. Dessa forma, outros fenômenos também decorrentes são a dúvida, a ansiedade e a insegurança, que parecem ser o preço a pagar por essa sensação de dispor de múltiplas opções²².

Diante da realidade do consumo internacional, o foco de análise do presente trabalho está, portanto, na proteção do consumidor no DIPr Brasileiro²³. A escolha se deu,

¹⁹ BAUMAN, *O mal-estar...*, p. 55.

²⁰ Nesse sentido, reforça-se afirmação de que o direito do consumidor apresenta uma vocação internacional: BOURGOIGNIE, Thierry. *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*. CDC – *Story Sciences*, Bruxelas, 1988, p. 215 et seq apud MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre lei aplicável a alguns contratos relações de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141-194, p. 143.

²¹ LYON, *Postmodernidad*, p 116-117.

²² LYON, *Postmodernidad*, p 117-118.

²³ Acerca da necessidade de proteção internacional dos consumidores, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 302. No mesmo sentido, MARQUES, A insuficiente..., p. 142; MARQUES, Cláudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores:

principalmente, pelo fato de o consumo refletir, de forma muito clara, a inegável relação existente entre o direito material e o direito internacional²⁴.

Vale, então, observar as origens do Direito do Consumidor. De fato, a partir de 1840, na Inglaterra e na França, começam a surgir associações de consumidores, ou seja, iniciam-se as reclamações acerca da carestia dos produtos e da sua qualidade. Em 1900, em Nova Iorque e em Paris, surgem as Ligas Sociais de Compradores²⁵. O marco do surgimento do Movimento Consumista foi, contudo, o discurso proferido pelo Presidente Kennedy, em 1962, no Congresso Norte-americano, onde afirmou: “todos nós somos consumidores, todos somos vulneráveis, e todos nos encontramos, em face do mercado, em uma posição de debilidade e desconcerto”²⁶.

A lição de Newton de Lucca²⁷ demonstra o caráter histórico do Direito do Consumidor, estabelecendo um paralelo entre ele e o Direito Comercial, já que esse último surgiu no passado por causa da nova força de uma civilização burguesa e urbana, e o Direito do Consumidor decorreu da chamada civilização das massas. O Direito Comercial nasceu para proteger o empresário que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, enquanto o segundo surge visando a proteger aquele que está do outro lado dessa relação jurídica, que adquire ou utiliza um produto ou um serviço como destinatário final.

sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro, no que se refere a lei aplicável a alguns contratos e acidentes de Consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 24, p. 89-137, dez. 2004.

²⁴ POCAR, Fausto. La protection de la partie faible em droit international privé. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 188, p. 339-417, 1986.

²⁵ MOISSET ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo P. Consideraciones sobre el consumo e el derecho del consumidor. *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, v. 2, p. 85-100, 1999, p. 93-94.

²⁶ ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 5-19, jul./set. 1995, p. 6.

²⁷ LUCCA, Newton de. O Mercosul e a defesa dos consumidores brasileiros. *Revista de Direito do Mercosul*. v. 2, n.5, p. 15-27, out. 1998, p. 20.

Seguindo os dados cronológicos, há referência²⁸, ainda, que em 1973, na Inglaterra, surge o *Supply of Goods (implied Terms) Act*, em defesa do consumidor, ao limitar o poder do fornecedor. Em 1974, na Suécia, tem origem a Lei sobre a Compra e o Consumo; na Noruega, em 1975, o direito do comprador de reclamar os vícios dos produtos; nos Estados Unidos, o *Uniform Commercial Code*. Na Alemanha, a Lei sobre as Condições Gerais dos Negócios, de 1976, iniciou o tratamento legislativo sobre o tema. Na Europa, em nível regional, as primeiras referências encontram-se na Carta de Proteção ao Consumidor do Conselho da Europa (Resolução 543, de 15 de março de 1983) e nas diferentes versões do “programa preliminar para uma política de proteção e informação aos consumidores” da Comunidade Econômica Européia, de 14 de março de 1975²⁹. Nasce, pois, o Direito do Consumidor como forma de proteger a segurança física e econômica do adquirente de bens e serviços, preponderantemente pessoa física.

Com relação aos países latino-americanos, em virtude de suas especificidades, o papel das Nações Unidas foi determinante, ressaltando a atuação da Organização para o desenvolvimento dos direitos humanos em todo o planeta. Em realidade, a Resolução 39/248, de 9 de maio de 1985, da Assembléia-Geral da ONU, apresentou-se como marco. Definiu normas para a defesa do consumidor, revelando que as origens das diretrizes remontam ao final da década de 1970, quando o Conselho Econômico e Social da ONU reconheceu a importante influência da proteção ao consumidor sobre o desenvolvimento econômico e social. E, em matéria contratual, previu um complexo de soluções legais, judiciais e administrativas na seguinte direção³⁰: (a) promoção e proteção dos interesses econômicos dos

²⁸ BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração*. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2001, p. 162-164.

²⁹ ALTERINI, Os contratos..., p. 6-7 e p. 12.

³⁰ STIGLITZ, Gabriel. O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 184-200, mar. 1992, p. 186.

consumidores; (b) acesso dos consumidores a uma informação adequada, que lhes permita realizar escolhas corretas, de acordo com os desejos e as necessidades de cada um; (c) lealdade das práticas comerciais; comercialização informativa; prevenção e proteção efetiva contra as práticas que possam prejudicar os interesses econômicos dos consumidores e as possibilidades de escolha no mercado; (d) proteção contra abusos contratuais, como o uso de contratos *standard* que favorecem uma das partes, a não inclusão de direitos fundamentais nos contratos, etc. (e) tratamento justo aos consumidores nas práticas de promoção, comercialização e venda.

Além da organização regional promovida pelas Nações Unidas, também se deve mencionar o papel da *International Organization of Consumers Unions* (IOCU) que, em 1986, organizou em Montevideu sua Primeira Conferência Regional para América Latina e Caribe, convocando as nascentes organizações de consumidores. Meses depois, em março de 1987, as Nações Unidas, também em Montevideu, impulsionaram a realização de um encontro de autoridades governamentais, a fim de discutir a aplicação das Diretrizes no continente³¹. Com efeito, as primeiras e muito modestas organizações de consumidores na América Latina surgem quase de forma clandestina, já que qualquer manifestação de cunho mais social poderia atentar contra os regimes ditatoriais que vigiam nos países latino-americanos. A partir desses movimentos, se esboçam os primeiros projetos tendentes a combater as cláusulas abusivas, a impedir práticas comerciais desleais e a propugnar pela defesa dos interesses difusos³².

Surgem, então, as Constituições democráticas nos países latino-americanos. Os processos de redemocratização e de constitucionalização iniciam-se na Argentina, em 1984;

³¹ ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 124-136, mar. 1992, p. 133.

no Uruguai e no Brasil, em 1985, e no Paraguai, em 1989³³. Deve-se ressaltar, portanto, que somente com a democratização foi possível instituir os princípios de proteção ao consumidor nesses países ³⁴, aliada, é claro, às diretrizes estabelecidas pela ONU, sendo que as Constituições Brasileira³⁵ e Argentina³⁶ expressamente mencionam a proteção do consumidor como objetivo econômico e social.

Dentro desse contexto de ampla aceitação pelos países de normas de defesa do consumidor, devem-se verificar quais as peculiaridades da relação de consumo, quando ultrapassa as fronteiras territoriais de determinado país. E essas características são trazidas pela professora Cláudia Lima Marques³⁷, a qual refere o **desequilíbrio intrínseco informativo e a especialização entre os parceiros contratuais internacionais**. Tais características decorrem do *status* leigo e vulnerável do consumidor, que se acentua nas relações de caráter internacional, pois as regras de DIPr estão em geral construídas sobre o profissionalismo e a especialidade dos parceiros envolvidos. Apresenta, também, a **descontinuidade da relação**, trazendo como exemplo o consumidor turista, o qual economizou uma vida inteira para poder realizar uma tão sonhada viagem, e igualmente o internauta que, em virtude das características especiais do bem, da distância e da circunstância

³² BATISTI, *Direito...*, p. 167-169.

³³ ARRIGHI, *La Protección...*, p. 133.

³⁴ STIGLITZ, *O Direito...*, p. 27.

³⁵ “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor.”

³⁶ “Art. 42 *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de la competencia nacional, previniendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*”

da compra, a realizará possivelmente uma única vez. Contrariamente a essa realidade, as regras de DIPr estão construídas sobre a continuidade, o costume.

Cita-se³⁷, ainda, envolver o consumo internacional, muitas vezes, **um valor pequeno, dificultando o acesso à justiça**. Raramente, em virtude das demais características já arroladas, em especial a descontinuidade da relação, buscará o consumidor reaver as quantias que perdeu. E o difícil acesso à justiça demonstra como, em nível internacional, a vulnerabilidade do consumidor recebe um significativo incremento, já que nacionalmente isso também se verifica, porém em menor intensidade. E a jurista aponta³⁹, ainda, uma divisão na categoria dos consumidores internacionais, diferenciando-os em passivos e ativos. O primeiro tipo é daquele consumidor que não deixa seu país. Já o consumidor-ativo, em virtude das facilidades do transporte internacional, da comunicação e do turismo de massa, desloca-se de seu país de origem, realizando, por exemplo, compras em outro país, ou eventualmente vem a sofrer acidentes de consumo em um país onde não vive.

De fato, as soluções para a proteção dos vulneráveis têm evoluído juntamente com o DIPr⁴⁰. As mudanças econômicas e sociais ocorridas nos últimos séculos se encarregaram de instabilizar a crença de que, através de critérios de conexão rígidos e amplos, é possível regular satisfatoriamente todo o conjunto de matérias submetidas ao DIPr⁴¹, vindo o método conflitual a entrar em crise. E a insuficiência das soluções do DIPr clássico⁴² em relação à

³⁷ MARQUES, A insuficiente..., p. 147-148.

³⁸ MARQUES, A insuficiente..., p. 148-149.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Some recent development in private international law. *Japanese Yearbook of Private International Law*, n. 4, p. 13-49, 2002, p. 20.

⁴⁰ AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XXe siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 421-448, avril/juin. 1998,

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 629, p. 72-92, mar. 1988, p. 75.

⁴² Refere a expressão “clássico”, dentre outros autores, VISCHER, F. The Antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de*

defesa do consumidor demonstram bem essa crise: a defesa dos interesses do mais fraco colide com o método indireto e neutro⁴³. Ao simplesmente indicar a lei aplicável, a norma conflitual mostra-se indiferente com o resultado concreto desse processo.

Dessa forma, ao buscar a construção do DIPr Brasileiro de defesa do consumidor, o presente trabalho analisa as causas da vulnerabilidade do consumidor na relações internacional de consumo (I), vinculando-as ao liberalismo jurídico e seus reflexos no âmbito jusprivatista internacional (A). Não se deixa de perceber, porém, que mesmo o DIPr clássico é capaz de oferecer formas de tutela do vulnerável (a), tanto através das normas conflituais (1), como através da exceção de ordem pública (2). Nesse sentido, constata-se o duplo papel – ou “dupla face” – do princípio autonomia da vontade no DIPr: por um lado permite constatar o consumidor como sujeito de direitos no plano internacional, mas por outro também permite observar a insuficiência do modelo tradicional da disciplina para proteger devidamente os interesses do vulnerável (B). Destaca-se, assim o paralelismo entre o direito material e o direito internacional (a).

Diante disso, constata-se as soluções para a superação da vulnerabilidade do consumidor no plano internacional (II). Ao fazê-lo, perpassa pelo direito de informação enquanto forma de tutela do consumidor (B), em especial pelo problema do risco lingüístico, permitindo a sugestão de um novo conceito de ordem pública de DIPr no Brasil (a). Analisa-se, ainda, a possibilidade de tutela do consumidor independentemente da diversidade de leis, através da lei a ele mais favorável (B). Para atingir a diretriz do *favor consumidor*, as principais inovações do DIPr na atualidade são abordadas, tais como as normas alternativas

la Haye, Hague, v. 142, p. 3-70, 1975, p.16. No mesmo sentido, Erik Jayme (SAVIGNY, *Sistema...*, p. 16), ao introduzir a tradução para o português.

(a) e imperativas (b). Chega-se, ao final, a sugestões para a uma nova lei de introdução ao Código Civil, no âmbito das relações de consumo internacionais.

⁴³ A respeito da neutralidade das regras de conflito, veja-se RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. La protection de la partie contractuelle la plus faible en DIPr portugais. In: DAS RELAÇÕES privadas internacionais: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 197-241, p. 218.

I – AS CAUSAS DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSUMO

O conceito de Modernidade remete a um contexto social e histórico bem definido, permitindo observar um modo de construção social que se impôs no Ocidente, apoiado em valores determinados e a partir de um equilíbrio social. Acima de tudo, esse modelo representa a submissão à razão, a qual deu origem a todos os seus aspectos técnicos, econômicos e políticos⁴⁴.

Vale, então, analisar o liberalismo jurídico enquanto manifestação da Modernidade racional, a qual levou à construção do sistema clássico de DIPr. Esse modelo, especificamente no âmbito das relações privadas contratuais, contudo, não conseguiu suficientemente responder às mudanças decorrentes da massificação social⁴⁵, cuja principal manifestação encontra-se na vulnerabilidade do consumidor. De qualquer maneira, encontram-se soluções no direito internacional privado instrumental, com base nas normas conflituais e na exceção de ordem pública. Ademais, constata-se o duplo papel da autonomia da vontade no DIPr. Se por um lado ela permite o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos no plano internacional, também demonstra a insuficiência desse modelo jurídico liberal. E o paralelismo entre o direito privado o direito internacional comprova claramente isso.

⁴⁴ CHEVALLIER, Vers..., p. 661.

⁴⁵ ALPA, Guido. Il Controllo dei Contratti per Adesione. *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. 87, p. 531-565, sett./ott. 1989, p. 533-534.

A) O liberalismo jurídico

A partir da recepção do Direito Romano na Europa e da influência significativa do direito canônico e da moral cristã, altera-se profundamente o caráter jurídico das relações privadas⁴⁶. O modelo jurídico medieval, marcado pelo pluralismo, apresentava múltiplas fontes, originando uma grande diversidade de estatutos jurídicos, justapostos e embaralhados. Advindo o Estado centralizado, realiza-se, com o auxílio do Direito Romano, um processo de unificação, decorrendo uma crescente substituição, a partir do século XIV, dos costumes pelas Ordenanças Reais⁴⁷. Dessa forma, a racionalização supôs a supressão de ligações sociais, de costumes e crenças tradicionais, assim como a eliminação de proteções corporativas e aduaneiras⁴⁸.

O principal, porém, está no fundamento do edifício jurídico construído: **a figura do indivíduo enquanto ator**. De forma racional, dá-se origem a um crescente processo de subjetivação do direito. Assim, a concepção nova do direito é perfeitamente congruente com o conjunto de transformações que marcaram a entrada das sociedades ocidentais na modernidade⁴⁹. O indivíduo, detentor de direitos subjetivos e pré-existente ao Estado, dará origem ao contrato social, concluído a partir dos interesses e pela utilidade de cada membro. Ocorre, então, uma crescente afirmação dos direitos do homem face ao poder, atingindo o ápice na luta contra o absolutismo monárquico. O objetivo da organização social, claramente, dessa forma, está em garantir os direitos naturais e imprescritíveis. Os direitos positivos não

⁴⁶ O desenvolvimento das cidades e do comércio impôs a construção de princípios jurídicos pautados na racionalização da vida jurídica da Baixa Idade Média, por volta do século XIII, favorecendo a recepção do Direito Romano na Alemanha, conforme ensinamento de WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. Lisboa: Calouste, 1952, p. 113.

⁴⁷ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 664.

⁴⁸ OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. 4 ed. Paris: PUF, 1998, p. 3.

⁴⁹ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 665.

são mais do que o meio de assegurar a proteção dos direitos subjetivos, historicamente e ontologicamente anteriores⁵⁰.

Dessa maneira, a normatividade jurídica torna-se o vetor da racionalidade social: somente é racional o que está de acordo com o direito, em virtude de um postulado segundo o qual tais normas são elas mesmas racionais. Assim, a visão do direito enquanto dispositivo racional acaba evidentemente acarretando uma concepção idealizada de direito⁵¹. Nessa construção perfeita e acabada, os indivíduos podem facilmente prever as conseqüências de seus atos e conhecer a regra jurídica que a eles será aplicada. O direito é conhecido pela sociedade, de forma inteligível, coerente e racional, segundo o qual cada um tem o seu lugar e dispõe do seu estatuto⁵².

Nas relações privadas negociais, por exemplo, o conceito de contrato assume, portanto, uma conotação definitivamente subjetiva, decorrente da vontade livre do indivíduo capaz de obrigar-se⁵³. Por isso, Cláudia Lima Marques⁵⁴ constata que as principais origens da doutrina da autonomia da vontade contratual encontram-se no (a) Direito Canônico, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma; na (b) teoria do Direito Natural, fornecendo a base filosófica da ética da liberdade e do dever de Kant; na (c) Revolução Francesa, através dos princípios da Teoria do Contrato Social e, finalmente, no (d) liberalismo econômico, por constituir o contrato um instrumental para a livre circulação de

⁵⁰ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 667.

⁵¹ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 667-668.

⁵² CHEVALLIER, *Vers...*, p. 665-666.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: HOMENAGEM a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 498-513, p. 499.

⁵⁴ MARQUES, *Contratos...*, p. 55-60.

riquezas. A idéia, então, passa a ser de que o contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito: o direito que derivaria de um contrato⁵⁵.

O liberalismo jurídico, portanto, nascido na Baixa Idade Média terá seu apogeu no século XIX, devendo sua formulação científica aos juristas da pandectística alemã⁵⁶. Os conceitos jurídicos centrais são o de direito subjetivo e o de declaração de vontade no campo das obrigações, reconhecendo fundamentalmente a autonomia das partes envolvidas nas relações⁵⁷. Assim, o liberalismo deu origem a uma tutela jurídica ampla dos institutos privados, não apenas o da propriedade, mas também os da esfera de dominação sobre os bens materiais, por representar o valor da liberdade. Em contrapartida e paralelamente, complementando e corrigindo esse sistema, desenvolveu-se o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e a conseqüente responsabilidade social.

Nessa concepção, o mero consenso obriga e seu descumprimento constitui “pecado”: as palavras, expressão do subjetivismo, não podem ser quebradas⁵⁸. Afirma-se, então, que, no liberalismo jurídico contratual, o princípio basilar foi o *pacta sunt servanda*, elevado às suas conseqüências máximas, nada obstante, poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes⁵⁹. De acordo com a concepção desenvolvida pela referida pandectística alemã, cuja expressão máxima foi Savigny, a vontade humana apresenta-se como o fator essencial da criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações. Representou, nesse contexto, o discurso de Waldeck Rousseau, no Senado Francês, a síntese perfeita do princípio

⁵⁵ MARQUES, *Contratos...*, p. 62-63.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Transformações no direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 10.

⁵⁷ RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979, p. 12.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, A noção..., p. 501.

⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 287.

voluntarista da intangibilidade do conteúdo do contrato, ao afirmar que a lei nada pode acrescentar, nem subtrair de um contrato em curso⁶⁰. Por isso, relativamente ao movimento de Codificação, Bartolomé Clavero⁶¹ afirma que a autoridade da lei e dos Códigos estaria mais na vinculação intrínseca aos direitos do que na vontade de decisão política do Parlamento.

Dessa forma, são extremamente pertinentes as palavras de Francisco dos Santos Amaral Neto⁶², quando afirma que, juridicamente, o individualismo, marca do liberalismo, apresenta-se como um sistema segundo o qual as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual. A unidade do Direito Privado, uma vez codificado nos fins do século XIX, permaneceu finalmente fundada nas convicções éticas e políticas básicas da camada social ainda relativamente unitária, que recebeu essa obra legislativa como ordenamento a ela adequado. Correspondeu às necessidades da classe burguesa de liberdade, expansão e independência empresarial, a seu individualismo de posse e às representações da autoridade paterna e marital sobre a família⁶³.

Vê-se, assim, que esse modelo de sociedade assenta-se essencialmente numa racionalidade de carácter formal⁶⁴, consistente na coerência do processo de aplicação da decisão jurídica, embora à margem de fatores políticos, sociais e valorativos. O direito enquanto ciência surge no século XIX baseado no modelo de civilização moderno, pautado na

⁶⁰ GOMES, *Transformações...*, p. 24-25.

⁶¹ CLAVERO, Bartolomé. Codificación y constituição: paradigmas de um binómio. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 18, p. 79-145, 1989, p. 101.

⁶² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun 1989, p. 213.

⁶³ RAIZER, O futuro..., p. 17.

⁶⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. Revisão Técnica Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 1999, v. 2, p. 103-105.

segurança e na previsibilidade da sua aplicação, assim como na igualdade formal entre seus destinatários⁶⁵.

O liberalismo-jurídico-racional-formal originou, nesse contexto, o sistema do DIPr clássico como um conjunto de normas geralmente conflituais, indiretas, não solucionando a questão jurídica em si, apenas indicando o direito interno aplicável, sendo, assim, classificadas de normas instrumentais⁶⁶ ou normas de colisão⁶⁷, ou, ainda, normas de superdireito⁶⁸. Dessa forma, diante de uma situação que apresente um ou mais elementos de estraneidade⁶⁹, a regra conflitual é autorizada a atuar, conduzindo à descoberta, através de um elemento de conexão, da lei aplicável à relação jurídica de caráter internacional.

Vê-se, pois, ter sido o sistema clássico construído a partir de uma lógica que buscava o que se denomina de “respeito ao conjunto legislativo”⁷⁰. A idéia subjacente às regras aplicáveis a uma situação jurídica está em criar um conjunto coerente, de sorte que uma lei, e apenas uma, deve ser aplicada à situação, sob pena de introduzir um desequilíbrio não desejado entre as partes interessadas na causa. Ao contrário, porém, as regras de conflito, mesmo as mais afinadas, podem traduzir um *dèpeçage* ou despedaçamento das situações jurídicas conectadas a mais de sistema jurídico, isto é, as próprias regras de DIPr, eventualmente, criam inúmeras incoerências⁷¹.

⁶⁵ GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 263.

⁶⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51-52.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Barcelona: Bosch, 1948, p. 120.

⁶⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, v. 1, p. 85.

⁶⁹ Na lição de Elhoueiss (ELHOUEISS, Jean-Luc. L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Journal du Droit International*, n. 1, p. 39-85, jan./mars 2003, p. 40), a estraneidade é a qualidade daquilo que é estrangeiro. Contudo, o DIPr não apresenta uma definição precisa de estraneidade. Apenas se destaca que, na presença de uma relação de direito privado com ou mais elementos alienígenas, afasta-se a aplicação de regras substanciais de direito interno em benefício das regras de DIPr.

⁷⁰ AUDIT, Le droit..., p. 421.

⁷¹ AUDIT, Le droit..., p. 421-422.

De qualquer forma, no âmbito dessas regras conflituais, podem ser encontrados diversos métodos de indicação da lei aplicável, os quais podem ser classificados a partir de um caráter mais ou menos radical com relação à aceitação do direito advindo dos sistemas jurídicos estrangeiros. Num primeiro estágio, o juiz, destinatário da regra de DIPr, aplica apenas a sua própria lei ou a chamada *lex fori*⁷². A seguir, enuncia-se o método unilateral⁷³. A partir de uma análise da lei do foro, determinam-se as situações internacionais às quais essa lei será aplicada. Dessa forma, por exemplo, ao divórcio de dois estrangeiros, mas domiciliados no país, será aplicada a lei do foro.

Vê-se que o legislador unilateralista questiona-se acerca das situações nas quais aplica a sua lei: após verificar as leis de diversos países e seus conflitos, prefere aplicar a *lex fori*. Com efeito, os defensores do unilateralismo sustentam que o legislador nacional somente tem competência sobre a aplicação de suas próprias leis, não lhe cabendo atribuir competência sobre as leis de outro legislador⁷⁴. Não são contrários à possibilidade de o juiz aplicar a legislação de outro país. Contudo a aplicação do direito estrangeiro somente pode ocorrer nas hipóteses que fogem ao campo de aplicação da lei nacional. De qualquer maneira, refere-se que não se construiu uma sistematização adequada das soluções unilateralistas⁷⁵. A principal manifestação legislativa do método está, sem dúvida, no artigo 310 do Código Civil

⁷² DROZ, G.A. L. Regards sur le droit international privé comparé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Hague, v. 4, n. 229, p. 13-423, 1991, p. 29.

⁷³ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

⁷⁴ DROZ, Regards..., p. 30-31.

⁷⁵ DROZ, Regards..., p. 32.

Francês⁷⁶, o qual demonstra que o legislador não descartou totalmente esse método, em que pese as críticas que tenha recebido⁷⁷.

Cita-se, ainda, o método bilateral, segundo o qual o legislador se questiona acerca da lei aplicável: não apenas a legislação do foro, mas também a lei estrangeira⁷⁸. Certamente, essa ótica bilateralista induz à procura da lei mais apropriada para a solução, o que leva à maior objetividade e à maior capacidade de universalizar⁷⁹. Essa escola repudia, então, o argumento da competência exclusiva do legislador estrangeiro e a atitude de se limitar à aplicação da própria lei⁸⁰.

Reforçando os argumentos, Jacob Dolinger⁸¹ compara o referido artigo 310 do Código Civil Francês e o artigo 20 do Código Civil Italiano, sobre a capacidade civil das pessoas⁸². Observa que ambos determinam a aplicação da lei da nacionalidade para as questões de estado e de capacidade, porém a francesa concentra a regra na aplicação da sua lei⁸³ para os seus nacionais, enquanto que a italiana universalizou a regra, determinando que todas as pessoas sejam regidas pelas leis de sua nacionalidade.

⁷⁶ “Article 310 Le divorce et la séparation de corps son **régis pa la loi française** : – lorsque l’un e l’autre sont de natinalité française ; – lorsque les époux ont, l’un et l’autre, leur domicile sur le territoire français ; – lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.” (grifo nosso)

⁷⁷ AUDIT, Le Droit..., p. 439. No DIPr Brasileiro, cita-se o art. 7º, §1º, da LICC: “Art 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direito de família. **§1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.**” (grifo nosso)

⁷⁸ DROZ, Regards..., p. 32. Conforme o mesmo autor (DROZ, Regards..., p. 32-33), o método bilateral pode ser desdobrado em uma solução estatutária e em uma solução pautada na relação jurídica em causa. A primeira parte da lei ou do estatuto – ou de uma classificação deles – para determinar seu campo de aplicação, cujo principal exemplo na atualidade encontra-se no Código de Bustamente de 1928 (em vigor no Brasil, dentre outros países latino-americanos). A segunda solução bilateral, a partir da relação jurídica subjacente, teve sua elaboração atribuída à Savigny.

⁷⁹ DOLINGER, *Direito...*, p. 62.

⁸⁰ DOLINGER, *Direito...*, p. 63.

⁸¹ DOLINGER, *Direito...*, p. 56-64.

⁸² “Artigo 20 *Capacità giuridica delle persone fisiche 1. La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale*.[...]” (grifo nosso)

⁸³ Erik Jayme (JAYME, *Identité...*, p. 40) ressalta que a norma francesa representa uma orientação encontrada na Europa, por volta de 1567.

Ao analisar os métodos unilateral e bilateral, Erik Jayme⁸⁴ posiciona-se no sentido de que a citada norma italiana, ao determinar que a capacidade civil das pessoas físicas será regulada pela lei da nacionalidade do indivíduo, trata de maneira igualitária a lei estrangeira e a lei nacional. Assim, ao não discriminar a lei estrangeira, demonstra, em última análise, ter como objetivo os interesses da pessoa humana. Dessa forma, o DIPr clássico, através do método bilateral⁸⁵, embora já demonstre uma preocupação com o indivíduo, formula soluções de caráter formal: a igualdade de tratamento das pessoas, a harmonia das decisões envolvendo a mesma relação, a previsibilidade das soluções e as relações jurídicas universais.

De fato, o fundamento das regras de DIPr, nesse momento, está na comunidade de direitos entre as ordens jurídicas nacionais⁸⁶. Assim, não importa o poder econômico do país, a etnia da população, os direitos advindos de todas as nações deveriam ser igualmente respeitados. A comunidade de direitos apresenta-se, assim, como uma comunidade de interesses superiores, autorizando o reconhecimento de todos os direitos naturais e imprescritíveis que os indivíduos de cada nação podem-se beneficiar⁸⁷.

Complementando o sistema das normas instrumentais, a doutrina clássica de Savigny⁸⁸ aponta para a possibilidade da lei indicada aplicável pela norma conflitual conviver com eventuais exceções, sempre que se encontre em contradição com uma lei positiva rigorosamente obrigatória. Assim, não será mais o direito do local da obrigação que se aplica, mas aquele do local em que é realizada a ação, aquele do juiz chamado a se pronunciar. Constitui essa exceção “uma simples conseqüência de um princípio muito geral sobre a

⁸⁴ JAYME, *Identité...*, p. 40-43.

⁸⁵ JAYME, *Identité...*, p. 44.

⁸⁶ ELHOUEISS, *L'élément...*, p. 56.

⁸⁷ ELHOUEISS, *L'élément...*, p. 56-57

⁸⁸ SAVIGNY, *Sistema...*, p. 227-228.

autoridade das leis rigorosamente obrigatórias”⁸⁹. Assim, o juiz, ao solucionar a questão envolvendo um elemento de estraneidade, ao invés de utilizar a norma indicada aplicável pelo método conflitual, é obrigado a obedecer à lei rigorosamente obrigatória de seu país.

Assim, com base nas normas conflituais, indicando um critério para definição da lei aplicável, juntamente com a possibilidade de sua exceção, foram-se adaptando soluções para o caso específico da proteção do consumidor. Com efeito, as particularidades da relação de consumo não permitem a aplicação das normas para contratos internacionais em geral.

a) As soluções individualistas para a proteção do consumidor no plano internacional

Embora o fenômeno do consumo corresponda à sociedade massificada pós-moderna⁹⁰, soluções de caráter liberal-individualista foram desenvolvidas em diversos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, tanto através do método conflitual clássico como da exceção de ordem pública são possíveis desenvolver formas de tutela do consumidor no âmbito do DIPr.

⁸⁹ SAVIGNY, *Sistema...*, p. 228.

⁹⁰ LYON, *Postmodernidad*, p. 108.

1. Normas conflituais

O sistema clássico de regras de conflito prevaleceu até a Primeira Guerra Mundial⁹¹. Embora, no âmbito do direito pessoal, de família e sucessões, o critério prevalente fosse a nacionalidade⁹², no âmbito dos contratos internacionais, os elementos de conexão se diversificavam, já que o critério da nacionalidade não se apresentava satisfatório, em virtude das diversas nacionalidades dos negociantes, bem como da possibilidade, inclusive, de comerciantes apátridas⁹³.

Primeiramente se deve fazer uma breve análise acerca do resultado da aplicação dos critérios objetivos do **lugar de conclusão do contrato** ou do **lugar de execução do contrato**, para as relações envolvendo consumidores. Efetivamente, ambos os critérios são considerados elementos de valor geral⁹⁴, na lição de Henri Batiffol⁹⁵.

⁹¹ OVERBECK, Alfred E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications récents. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 3, n. 176, p. 13-258, 1983, p. 73.

⁹² No período da colonização europeia, a dupla nacionalidade ou nacionalidades diversas no seio da mesma família era bastante raro. Assim, a regra de conflito baseada na nacionalidade trazia como principal vantagem a certeza jurídica. Nesse sentido, OVERBECK, Les questions..., p. 74.

⁹³ Por esse motivo se refere (OVERBECK, Les questions..., p. 74) que no âmbito dos contratos internacionais ocorreu, pela primeira vez, a percepção de que interesses materiais poderiam permear o caráter eminentemente formal das regras de conflito. Assim, um único critério de conexão, como a nacionalidade, não se mostrava capaz de produzir as soluções mais justas; se deveria buscar, então, diferentes critérios.

⁹⁴ Conforme referem Elsa Dias de Oliveira (OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista. Coimbra: Almedina, 2002, p. 187) e Fausto Pocar (POCAR, La protection..., p. 386), são vários os critérios objetivos que podem determinar a legislação aplicável aos contratos, tais como a língua na qual o contrato está redigido, a escolha do foro ou tribunal arbitral, a aplicação de conceitos jurídicos de uma ordem jurídica determinada, as negociações das partes no período de formação do contrato, a lei escolhida para reger contratos anteriormente celebrados, a nacionalidade ou a residência comum dos contratantes. Já Amílcar de Castro (CASTRO, Amílcar. *Direito internacional privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 433-434) elenca outros possíveis critérios, tais como o *ius patriae*; ou *domicilii*, do credor, ou do devedor, ou, ainda, o direito conveniente a cada espécie de contrato ou o eleito pelas partes.

⁹⁵ BATIFFOL, Henri. *Traité élémentaire de droit international privé*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1955, p. 635.

São dois os argumentos apontados em favor da utilização da *lex loci contractus*⁹⁶, um de fundo teórico e outro de caráter prático. Por um lado, apresenta-se bastante coerente e lógico indicar a lei do local onde as partes dão origem ao contrato como a competente para regê-lo. E por outro, ao favorecer a segurança jurídica, a *lex loci contractus* também se mostra bastante eficiente: o lugar de nascimento do contrato é apenas um e de fácil determinação. Dessa forma, a lei que está em vigor ou que se aplica ao caso será mais facilmente consultada pelas partes⁹⁷.

Contudo, essas supostas vantagens são fortemente refutadas⁹⁸. Ocorre que é difícil qualificar o lugar da conclusão do contrato, quando os contratos são concluídos à distância, dependendo-se de se tratar da *lex fori* ou da *lex causae*⁹⁹. Também se refere o papel do acaso na contratação internacional como argumento contrário à *lex loci contractus*. Ocorre que muitas vezes o lugar de nascimento do contrato apresenta-se fortuito ou acidental para

⁹⁶ O critério do local da conclusão dos contratos é adotado na legislação brasileira de DIPr através do art. 9º da LICC: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-ser-á a **lei do país em que se constituírem**. §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” (grifo nosso) Contudo, apesar da regra geral brasileira ser a *lex loci contractus*, a regra relativa à execução tem tido preponderância na jurisprudência pátria (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 123-127), a partir da interpretação de que à lei do local da constituição somam-se as exigências da lei do local de sua execução. E como efetivamente é mais comum ocorrerem litígios em razão do contrato no local de sua execução, por ser este quase sempre o lugar onde o devedor tem seu domicílio, bens e estabelecimentos comerciais, podendo mais facilmente honrar seus compromissos, a lei brasileira, por ser o local da execução, é invariavelmente a lei aplicável. Vale destacar, ainda, o entendimento de Dolinger e Tibúrcio (DOLINGER et al., *O DIP...*, p. 79) sobre a escassez jurisprudencial sobre casos de conflito de leis, a qual é creditada principalmente à mudança do elemento de conexão relativo ao estatuto pessoal, introduzido pela LICC de 1942, que passou da regra da nacionalidade para a regra do domicílio. Assim, o Brasil, país de imigrantes, visando a uma integração plena entre os seus habitantes e a uma maior praticidade, viu diminuir sensivelmente as hipóteses de aplicação de lei estrangeira pelo Judiciário.

⁹⁷ BATIFFOL, *Traité...*, p. 636. Vale referir a doutrina de Amílcar de Castro (CASTRO, *Direito...*, p. 444) relacionando a origem do sistema da *lex loci contractus* ao trabalho dos pós-glosadores.

⁹⁸ Em regra, os autores (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 121-122; BOGGIANO, Antonio. The contribution of the Hague conference to the development of private international law in Latin America: universality and *genus loci*. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Hague, n. 233, p. 103-266, 1993, p. 134; OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 185) costumam criticar os critérios objetivos de determinação da lei aplicável, ao compará-los à segurança e à previsibilidade proporcionada pelo critério subjetivo, ou seja, pela vontade das partes.

⁹⁹ LOUIS-LUCAS, P. La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois. In: MELANGES Maury, 1960, t. 1, p. 175-205.

constituir um critério que obedeça aos interesses das partes envolvidas¹⁰⁰. Nesse sentido, cita-se a experiência jurisprudencial, a qual demonstra que, na grande maioria dos contratos internacionais, o local onde são concluídos os negócios corresponde a grandes centros, mas nos quais os contratantes não apresentam interesse permanente¹⁰¹. Trata-se apenas de locais de encontro, onde as partes apresentam até mesmo algum interesse, porém, comumente, os objetivos que as levam a tais lugares são diferentes daqueles decorrentes dos pactos que lá realizam. Quanto à facilidade de se obter informações acerca da lei aplicável ao contrato, o autor francês não a considera relevante¹⁰². De fato, na maioria dos casos, os contratantes não costumam questionar a legalidade dos pactos, nem sequer consultam qualquer legislação a respeito. Dessa forma, caso algum conflito venha a se verificar, será muito mais adequado aplicar a legislação que corresponda aos reais interesses das partes. Ademais, caso estiverem realmente quiserem verificar a legalidade de sua convenção, não se importarão em verificar qualquer lei. Assim, refere-se que tal argumento acaba se tornando válido apenas para hipóteses muito raras¹⁰³.

Segundo Fausto Pocar, a conexão do lugar da celebração do contrato não favorece a segurança jurídica. Ocorre que são grandes as dificuldades de qualificação¹⁰⁴ do lugar de conclusão do contrato nos contratos entre ausentes¹⁰⁵, a maioria nos contratos internacionais.

¹⁰⁰ Amílcar de Castro (CASTRO, *Direito...*, p. 445) traz o exemplo de um brasileiro de passagem pelos Estados Unidos, onde se depara com um amigo argentino, também a passeio, e nesse encontro fortuito fazem um contrato, que ficará então sendo regulado pelo direito norte-americano.

¹⁰¹ As referências à jurisprudência são trazidas por Henri Batiffol (BATIFFOL, *Traité...*, p. 637-638).

¹⁰² BATIFFOL, *Traité...*, p. 638.

¹⁰³ BATIFFOL, *Traité...*, p. 638.

¹⁰⁴ Na lição de Elhoueiss (ELHOUËISS, Jean-Luc. Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé. *Journal de Droit International*, n. 2, p. 281-313, avr./juin. 2005, p. 285), a qualificação constitui o ponto de partida de todo o raciocínio do DIPr clássico. Para o autor, porém, o conceito de categoria jurídica e de qualificação está longe de ser mecânico no âmbito do direito privado. Assim, embora se deva reconhecer o papel fundamental da qualificação, certamente não constitui um problema devidamente adaptado aos fundamentos formais do DIPr Clássico.

¹⁰⁵ Autores brasileiros tradicionais, tais como Clóvis Beviláqua (BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Campinas: RED, 2002, p. 206), já se deparavam com esses problemas, conforme trecho a seguir: “Adotando-se o sistema da expedição, [...] o contrato se supõe firmado no momento em que a aceitação é expedida, o lugar do contrato é justamente aquele de onde a aceitação é expedida. *Videtur consumari contractus in loco ubi acceptatio facta est, quia illie utriusque consensus coivit*. Se o sistema

Não há homogeneidade entre os sistemas jurídicos de direito material quanto ao local de conclusão entre ausentes: se a qualificação decorrer da *lex fori*, será o juiz do conflito que a determinará, já se decorrer da *lex causae*, há dificuldade de se determinar a lei que rege o contrato, já que depende justamente da determinação do lugar de conclusão.

Especificamente em relação aos contratos realizados com consumidores, a discussão apresenta um contexto diferenciado. Pode-se, até mesmo, afirmar que a proteção da parte mais fraca no DIPr tradicional, fundado na igualdade formal, constitui um elemento de estraneidade¹⁰⁶. Destaca-se, assim, ser muito fácil para a parte mais forte determinar o lugar de conclusão do contrato que lhe for mais favorável, especialmente com o aparato jurídico que os fornecedores apresentam¹⁰⁷, quando estipulam seus contratos ou quando redigem as cláusulas gerais nos contratos de adesão¹⁰⁸, principal técnica contratual utilizada nas relações de consumo¹⁰⁹. Assim, especialmente nos contratos à distância ou por comércio eletrônico, o fornecedor terá facilidade em determinar a legislação que melhor lhe proteja¹¹⁰.

adotado for o da cognição, como a convenção somente se forma depois que o ofertante politicamente toma conhecimento da aceitação, é no domicílio dele que se encontra o lugar do contrato”.

¹⁰⁶ ELHOUEISS, L'élément..., p. 40.

¹⁰⁷ Erik Jayme refere (JAYME, Erik. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFGRS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003, p. 89) que, em matéria de contratos, as empresas e seus fornecedores de Internet procuram se proteger através de condições gerais contratuais, que figuram em suas páginas ou *sites*. Na Alemanha, um fornecedor de vendas e leilões de obras de arte inclui, dentre suas cláusulas, uma dispondo que os princípios do DIPr ou dos conflitos de leis ficam excluídos do contrato. Essas cláusulas, embora nulas, pois abusivas, bem demonstram o receio das empresas em ter de responder demandas judiciais em todas as partes do mundo.

¹⁰⁸ POCAR, *La protection...*, p. 386.

¹⁰⁹ A partir dessa técnica, as cláusulas contratuais são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual mais forte; há uma oferta uniforme e de caráter geral, para um número indeterminado de futuras relações contratuais, e seu modo de aceitação se dá através da simples adesão à vontade, manifestada pelo economicamente mais forte. Nesse sentido, MARQUES, *Contratos...*, p. 76-77; BENJAMIN et al., *Código...*, p. 333; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Las cláusulas abusivas en la contratación: informe del derecho argentino. *Revista de Derecho do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 49-67, out./dez. 2002, p. 55.

¹¹⁰ MARQUES, *Confiança...*, p. 330-331.

Relativamente ao lugar da execução do contrato¹¹¹, observam-se inicialmente suas apontadas virtudes, tais como estar a *lex loci executionis* materialmente conectada com os interesses das partes. Com efeito, há uma tendência secular no DIPr em localizar as relações jurídicas pelo elemento que manifestam **exteriormente ou, também dito, materialmente**¹¹²: daí a preponderância, por exemplo, do estatuto real, ou *forum rei sitae*, em relação aos bens, ou do *lex loci delicti* em relação aos atos ilícitos.

Por outro lado, a caracterização do lugar da execução do contrato como critério geral resta afastado quando se verificam situações nas quais o contrato é executado em vários lugares, ou quando tal lugar se apresenta indeterminado¹¹³. Disso decorre a construção do conceito do lugar da execução principal (*lieu d'exécution principal*¹¹⁴), que, no caso da venda de bens móveis, pode ser o lugar do pagamento do preço, por exemplo. Dessa forma, a previsibilidade e a segurança dessa solução acabam igualmente mitigadas. Assim, excetuando-se as hipóteses nas quais a jurisprudência acaba desenvolvendo corretivos para os critérios rígidos¹¹⁵, o contrato será submetido a legislações diversas, cuja harmonização pode apresentar problemas delicados¹¹⁶.

¹¹¹ Na América Latina, em especial nos países do Mercosul, Lauro Souza Júnior (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 427-464, p. 436-439) destaca que o critério da lei do lugar da execução é adotado na Argentina, nos artigos 1.205 a 1.216 do Código Civil; no Uruguai, cuja previsão encontra-se no art. 2.399 do Código Civil e na Lei 10.084/41; por fim, no art. 297 do Código Civil paraguaio. No mesmo sentido, MARQUES, A insuficiente..., p. 171-172. Segundo Pocar (POCAR, La protection..., p. 386-387), a lei do lugar de execução do contrato é bastante freqüente na prática legislativa e jurisprudencial, constituindo-se o critério decisivo para a determinação da lei aplicável.

¹¹² BATIFFOL, *Traité...*, p. 638.

¹¹³ BATIFFOL, *Traité...*, p. 638.

¹¹⁴ BATIFFOL, *Traité...*, p. 639.

¹¹⁵ Batiffol cita (BATIFFOL, *Traité...*, p. 638-639) uma decisão da Corte Federal Suíça, datada de 10 de junho de 1952, R. 1953.390, na qual foi estabelecida como lei aplicável ao contrato aquela do local de execução da prestação característica da obrigação, a fim de solucionar a diversidade de leis passíveis de aplicação, em virtude do *lex loci executionis*. Nesse sentido, destaca-se que o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade na definição da lei aplicável às relações privadas internacionais encontra relação com o desenvolvimento do princípio da proximidade (hoje muito utilizado para determinar a legislação aplicável quando da ausência de definição expressa – art. 9 da CIDIP V, por exemplo). Assim, Fabiana de Azevedo, em sua dissertação de mestrado sobre o Princípio da Autonomia da Vontade (AZEVEDO, Fabiane Verçosa Figueiredo. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais: eleição da lei aplicável no direito*

Em relação aos consumidores, da mesma maneira como ocorre com a conexão da lei do lugar de formação do contrato, a da lei do lugar de execução pode levar à aplicação de uma lei desprovida de qualquer tutela ao consumidor. Embora os critérios objetivos citados pareçam, num primeiro momento, facilmente determinar a lei aplicável à relação jurídica, o decorrer do processo obrigacional, bem como a habilidade jurídica dos assistentes de fornecedores mal-intencionados, pode levar à aplicação de uma lei desfavorável ao consumidor, ou, no mínimo, por ele desconhecida¹¹⁷.

Especificamente buscando tutelar o consumidor, são encontradas em instrumentos internacionais normas de carácter conflitual, tais como a da **residência habitual do consumidor**, apresentada, por exemplo, pelo artigo 5 da Convenção de Roma¹¹⁸. O artigo 5, 2¹¹⁹, da Convenção de Roma garante para o consumidor, ao celebrar um contrato

convencional e no direito internacional privado brasileiro. 2003. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 25), refere que a eleição da lei aplicável constitui uma forma, por si só, de consagrar o princípio da proximidade.

¹¹⁶ No mesmo sentido, OLIVEIRA, *Protecção...*, p. 195.

¹¹⁷ Destaca-se, nesse sentido, doutrina de Cláudia Lima Marques (MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 39-80, jan./mar. 2002, p. 67), no sentido de que as conexões tradicionais para regular o comércio internacional estão pautadas no equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os contratantes, através das conexões objetivas da lei do local da execução – em geral a do fornecedor, em função do local da prestação característica, prestada pelo fornecedor no caso do consumo internacional – ou da lei do local de conclusão do contrato – nos contratos à distância, havendo conexão com a ordem jurídica do ofertante, será a lei do fornecedor. Portanto, a lei do fornecedor será em regra a utilizada nas relações de consumo internacionais, caso as conexões objetivas clássicas sejam utilizadas.

¹¹⁸ Com relação à Convenção de Roma, vale referir, como o faz Nádia de Araújo (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 144-145), ter representado um passo importante na modificação do direito conflitual dos países signatários em relação aos contratos internacionais. A Convenção serviu de base para a reforma de várias regras de DIPr nacionais, como é o caso da Finlândia e da Áustria, que a adotaram como lei interna. Assim, as regras do referido instrumento não são aplicáveis apenas nas relações entre os países signatários, mas também nas relações contratuais com nacionais de países terceiros.

¹¹⁹ “Art. 5 Contratos celebrados por consumidores. 1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreo ou de serviços a uma pessoa, o ‘consumidor’, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. 2. Não obstante o disposto no artigo 3, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: – se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato ou – se a outra parte

internacional e preencher um dos três pressupostos aí previstos, a aplicação das disposições imperativas da lei da sua residência habitual, apesar de ter sido escolhida a lei de um outro país. Já o artigo 5, 3, determina que, no caso de as partes não terem escolhido qual a lei aplicável ao contrato, e enquadrando-se o consumidor numa das situações previstas no número 2 deste artigo, a lei designada para reger o contrato será a do país de sua residência habitual, ao invés de aplicar a regra prevista no artigo 4¹²⁰, da mesma Convenção.

A autora portuguesa Elsa Dias Oliveira¹²¹ refere que o elemento de conexão da residência habitual visa à proteção do consumidor, entendendo-se que, sendo esta a lei com que ele está mais familiarizado, será também a que lhe confere maior proteção, fato que, no entanto, nem sempre se verifica. Em realidade, nada garante que a lei do país onde se situa a sede ou administração do fornecedor não seja mais favorável ao consumidor do que a lei onde este tem a sua residência habitual. No mesmo sentido, as palavras de Fausto Pocar: “De fato, a idéia de que a lei da esfera jurídica da parte fraca apresenta-se como a mais protetiva constitui

ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou – se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objetivo de incitar o consumidor a comprar. 3. Não obstante o disposto no artigo 4 e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no n.º 2 do presente artigo. 4. O presente artigo, não se aplica: a) Ao contrato de transporte; b) Ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferentes daquele em que este tem a sua residência habitual. 5. Em derrogação do disposto no n.º 4, o presente artigo aplica-se ao contrato que estabeleça, por um preço global, prestações combinadas de transporte e de alojamento.”

¹²⁰ “Art. 4 Lei aplicável na falta de escolha. 1. Quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país. 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento do diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento. [...]”

¹²¹ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 245-246.

uma proposição dificilmente demonstrável, que não corresponde necessariamente à realidade”¹²².

Posiciona-se, ainda, na mesma linha a doutrina de Alfred Overbeck¹²³, em seu Curso de Haia. Conforme ressalta, a lei mais familiar a uma pessoa não é necessariamente aquela que materialmente lhe é a mais favorável. Isso ocorre não apenas no âmbito da contratação, mas igualmente no direito de família. Por exemplo, pode-se tentar proteger a mulher determinando a aplicação da sua lei. Contudo, pode tal lei consagrar a proeminência do marido. Ao contrário, a lei do marido, embora “menos familiar”, pode-se apresentar como mais progressista em relação à igualdade de sexos e, conseqüentemente, aos interesses materiais da esposa.

Na verdade, garante-se através da conexão da residência habitual um *standard* mínimo de proteção, isto é, aquele previsto na lei da sua residência habitual, cujo teor se presume que o consumidor conheça melhor¹²⁴. Assim, considera-se essa conexão como o critério mais geral de proteção¹²⁵, e a principal vantagem dela está na previsibilidade e na segurança que pode proporcionar ao contratante hipossuficiente¹²⁶.

Entretanto essa conexão pressupõe uma realidade que dificilmente se verifica: o consumidor conhecer sua própria lei, exatamente como destacado pelo autor italiano. Pelo

¹²² Tradução livre (POCAR, *La protection...*, p. 392-393): “*En effet, l'idée que la loi de la sphère juridique de la partie faible est la plus protectrice constitue une pétition de principe qui est loin d'être démontrée et ne répond pas nécessairement à la réalité des choses.*”

¹²³ OVERBECK, *Les questions...*, p. 76.

¹²⁴ Vale referir os questionamentos de Antonio Boggiano (BOGGIANO, *The contribution...*, p. 138) acerca da lei da residência do consumidor não apresentar a proteção mais favorável, vindo a sugerir a utilização da autonomia da vontade para a determinação da lei aplicável, inclusive nas relações internacionais de consumo.

¹²⁵ OVERBECK, *Les questions...*, p. 77.

¹²⁶ Fica a cargo do fornecedor, então, nessa hipótese, a obrigação de conhecer as normas protetivas do lugar onde normalmente terá seus consumidores. Nesse sentido, TONIOLO, Javier Alberto. *La protección internacional*

contrário, freqüentemente o consumidor não conhece a sua legislação – nem qualquer outra. Assim, a aplicação da lei da residência habitual do consumidor apenas o protege verdadeiramente se lhe estabelecer um regime favorável¹²⁷. A situação de um consumidor, por exemplo, residente num país pouco desenvolvido, cujas normas lhe oferecem uma parca ou nula proteção, ao celebrar um contrato com um fornecedor que tem a sua administração central num país que assegura índices altíssimos de proteção, demonstra que a lei da residência habitual pode ser menos benéfica¹²⁸.

Aponta a doutrinadora portuguesa, porém, que “o essencial é que seja garantido ao consumidor o nível mínimo de proteção que lhe é assegurado pela lei da sua residência habitual, mas se a lei escolhida, para além desse mínimo, previr um regime mais favorável, deverá ser esta a aplicável”¹²⁹. Vê-se, pois, que o importante é a conexão que seja mais favorável ao consumidor, sem critérios rígidos, mas de caráter mais casuístico e concreto¹³⁰.

Outro critério indireto, apontado como solução para proteção dos vulneráveis, advém do Protocolo de Santa Maria, aprovado em 1996 pelo Grupo Mercado Comum do Mercosul, mesmo que jamais tenha entrado em vigor¹³¹. O referido Protocolo estabelece como regra geral¹³² de jurisdição internacional o **domicílio do consumidor**, nas hipóteses em que ele seja

del consumidor: reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 2, n. 6, p. 94-118, dez. 1998, p. 101.

¹²⁷ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 247.

¹²⁸ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 247.

¹²⁹ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 248.

¹³⁰ Com relação ao casuísmo, a obra de Karl English (ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 2 ed. Lisboa: Calouste, 1964, p. 170-209) oferece explanação esclarecedora sobre a insuficiência e impossibilidade da univocidade das normas jurídicas, exigindo uma maior atuação da magistratura no estudo e sistematização de casos.

¹³¹ A respeito, MARQUES, Cláudia Lima. O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 40-57, out./dez. 1993, p. 51; MARQUES, Cláudia Lima. Los derechos del consumidor: una visión comparativa entre el Brasil y la Argentina. In: GHERSI, Carlos A. (Org.). *MERCOSUR: perspectivas desde el derecho privado*, parte segunda. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996, p. 217-218; LUCCA, O Mercosul..., p. 16.

¹³² “Art. 4º Regra Geral 1. Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja **domiciliado o**

demandante ou demandado. Possibilita também jurisdições concorrentes, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor¹³³. Ressalte-se que, embora não possa ser enquadrado como critério clássico de solução de conflito de leis, já que se refere à jurisdição, ao processo, e não à lei aplicável ao contrato¹³⁴, preferiu-se enquadrá-lo nos métodos tradicionais, por utilizar critério indireto para determinação do juiz competente para resolver eventuais demandas.

Assim, primeiramente, destaca-se que o referido Protocolo veio a complementar o Protocolo de Buenos Aires, acerca da competência em caso de contratos internacionais, já que determina foro privilegiado ao consumidor, assim como lhe é facilitado o reconhecimento de sentenças e o juízo à distância. Contudo não a permite quanto aos contratos concluídos com consumidores (artigo 2º, 6¹³⁵), contratos de seguros (artigo 2º, 8), contratos de transporte (artigo 2º, 7) e problemas de direito real (artigo 2º, 9)¹³⁶. É conceituado o consumidor no Protocolo de Santa Maria como o destinatário final de bens e serviços de utilização familiar, a exemplo da lei argentina¹³⁷.

consumidor. 2. O fornecedor de bens ou serviços poderá demandar contra o consumidor perante juiz ou tribunal do domicílio deste.” (grifo nosso)

¹³³ “Art. 5 Soluções Alternativas Também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o Estado: a) de celebração do contrato; b) de cumprimento da prestação ou da entrega dos bens; c) de domicílio do demandado.” Na lição de Rui de Moura Ramos (RAMOS, La protection..., p. 239), a fim se proteger o consumidor, essa possibilidade de escolha deve ser afastada, em virtude da situação de vulnerabilidade do consumidor.

¹³⁴ Acerca da diferença entre indicação da lei aplicável à jurisdição que resolverá eventuais litígios envolvendo os contratantes e a indicação da lei aplicável ao contrato, veja-se FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108-110. E sobre o papel crescente assumido pelas questões processuais na solução dos conflitos de leis, refere-se JAYME, Identité..., p. 47-48.

¹³⁵ “Art. 2 O âmbito de aplicação do presente Protocolo **exclui**: 1. as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas; 2. a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões; 3. os contratos de seguridade social; 4. os contratos administrativos; 5. os contratos de trabalho; 6. **os contratos de venda ao consumidor**; 7. os contratos de transporte; 8. os contratos de seguros; 9. os direitos reais.” (grifo nosso)

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 16-44, out./dez. 1999, p. 32.

¹³⁷ “Art. 1º - [Objeto] La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. **Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídica que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la**

O Mercosul apresenta, então, dois instrumentos de regulamentação processual das relações contratuais: o Protocolo de Buenos Aires e o Protocolo de Santa Maria, embora o último não tenha ainda sido implementado pelo Mercosul. Ambos os acordos regionais baseiam-se na solução de conflitos internacionais processuais, indicando o foro adequado para dirimir eventuais litígios. Enquanto o Protocolo de Buenos Aires permite a eleição da jurisdição pelas partes contratantes¹³⁸, o Protocolo de Santa Maria estabelece foro privilegiado ao consumidor¹³⁹. Sem dúvida, as disposições do Protocolo de Buenos Aires causariam uma situação pouca satisfatória para o consumidor, já que a jurisdição independe da qualidade de consumidor, mas sim do acordado pelas partes. Portanto, também no Mercosul, considera-se imprescindível um tratamento diferenciado dos contratos internacionais de consumo¹⁴⁰.

Além disso, o Protocolo de Buenos Aires exclui de seu âmbito de aplicação os contratos de venda a consumidores, estabelecendo-se plenamente a complementaridade entre os instrumentos. Porém, o ideal teria sido uma solução quanto aos respectivos âmbitos de aplicação. Essa ausência parece levar a um erro já conhecido pela Europa, no sentido que a harmonização do direito internacional do consumidor tornou-se, em determinado aspecto, confusa e dispersa, em virtude da “multidão de disposições isoladas”¹⁴¹.

prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso lo lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.” (grifo nosso)

¹³⁸ “Art. 4º. 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste tenha sido obtido de forma abusiva. 2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.”

¹³⁹ “Art. 4º. Regra geral 1. Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.[...]”

¹⁴⁰ WEHNER, Ulrich. Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 38, p. 142-165, abr./jun. 2001, p. 156.

¹⁴¹ WEHNER, Contratos..., p. 160-161.

Deve-se, ainda, mencionar os benefícios trazidos ao fornecedor pelo foro do domicílio do consumidor, previsto no instrumento de Santa Maria. Traz a autora argentina María Blanca Noodt Taquela¹⁴² as jurisdições concorrentes ao domicílio do consumidor, igualmente previstas pelo Protocolo. Além da regra geral do domicílio, a serviço da proteção do consumidor, apresentam-se outras, tais como o **lugar da celebração do contrato**, o **lugar do cumprimento da prestação de serviço ou entrega dos bens e o domicílio do demandado**, em **decorrência da vontade exclusiva do consumidor**¹⁴³. De fato, dificilmente o fornecedor litigará perante os juízes de seu domicílio, afastando-se da regra geral do domicílio do demandado. Em contrapartida, entretanto, permite-se ao demandado realizar atos processuais à distância¹⁴⁴, em consonância com o Protocolo de Las Leñas¹⁴⁵ – Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 1992.

¹⁴² NOODT TAQUELA, María Blanca. Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 181-191, 1998, p. 182.

¹⁴³ Nesse sentido, destaca-se interessante observação trazida pela doutrina do Mercosul (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecília; NOODT TAQUELA, María Blanca; ALBORNOZ, Jorge R. Modalidades Contractuales específicas. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Coord.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR*: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 1027-1121, p. 1032), no sentido de que, enquanto do momento de contratação o consumidor não tem qualquer poder, já no momento que intenta a demanda contra a fornecedor conta com o foro privilegiado. Assim, impedir a autonomia da vontade na escolha da jurisdição competente pode ser a ele mais prejudicial. Considera ser muito diferente conceder ao consumidor o direito de demandar em seu domicílio e obrigá-lo a demandar ali. No mesmo sentido posiciona-se Cláudia Lima Marques (MARQUES, A Proteção..., p. 61-62), defendendo uma norma flexível, indicando a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao art. 101 do CDC – “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, [...] serão observadas as seguintes normas: I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor; [...]”) como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei escolhida, de forma limitada, pelas partes, caso mais favorável ao consumidor.

¹⁴⁴ “Art. 9 Atos processuais à distância 1. Na medida em que autorizem os princípios essenciais e básicos do ordenamento jurídico processual do foro atuante, o fornecedor poderá contestar a demanda, oferecer provas, interpor recursos, bem como realizar os atos processuais que deles derivem ante os juízes de seu próprio domicílio, os quais atuarão como requeridos, remetendo a documentação ao juiz requerente. 2. Não se aplicará o disposto no número anterior se o fornecedor demandado possuir filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação no Estado Parte onde tramita o processo. 3. A comunicação entre as autoridades jurisdicionais se realizará por meio das Autoridades Centrais, conforme previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. 4. A comunicação de que trata o número anterior deverá conter a informação necessária sobre o direito aplicável à relação de consumo e o direito processual do Estado-parte no qual tramita o processo, devidamente certificada pelo juiz requerente, a fim de que o fornecedor demandado possa exercer em tempo e forma os direitos que lhe assegura o número “1” deste artigo. 5. A faculdade assegurada ao fornecedor no número “1” deste artigo não altera a jurisdição internacional estabelecida no presente Protocolo, nem as leis processuais que forem aplicáveis, segundo o Estado que detenha a jurisdição internacional.”

¹⁴⁵ O referido Protocolo foi ratificado por todos os Estados Partes do Mercosul, tendo sido promulgado no Brasil através do Decreto n.º 2.067/96.

Diante dessa realidade, chama-se a atenção, por outro lado, para um possível benefício de não estar o diploma de Santa Maria vigorando nos países do Mercosul. De fato, é possível que se promova a alteração de determinados pontos do texto original, a fim de solucionar eventuais equívocos e incluir formas mais atualizadas e eficientes de proteção aos vulneráveis. Conforme ressalta o autor das sugestões, é possível realizar reparos, sem, contudo, alterar o conteúdo negociado diplomaticamente pelas Partes, o que certamente acarretaria novas dificuldades e obstáculos para a obtenção de um outro acordo¹⁴⁶.

Dessa forma, dentre as principais sugestões, cita-se a possibilidade de estender a aplicação do Protocolo às relações de consumo de fonte contratual e extracontratual (*bystanders*), deixando que cada Estado-parte adote o seu conceito de consumidor, na ausência de uma definição comunitária¹⁴⁷. Ademais, a fim de proteger o consumidor-ativo, e na hipótese da lei do domicílio do fornecedor ser a mais favorável, deve ser dado ao consumidor também essa possibilidade de escolha¹⁴⁸. Ainda refere-se a proposta de uma aproximação das legislações processuais dos Países-membros, ao menos em matéria de proteção dos hipossuficientes – gratuidade das demandas, assistência judiciária, aplicação do Protocolo de Las Leñas¹⁴⁹, etc. Sem dúvida, uma das principais barreiras à efetividade dos sistemas protetivos, bem como de toda a integração regional do Mercosul, encontra-se na burocracia judiciária entre os países. Conforme refere a doutrina do Mercosul¹⁵⁰, a regra

¹⁴⁶ KLAUSNER, Eduardo Antônio. Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul: sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 54, p. 116-142, abr./jun. 2005, p. 120.

¹⁴⁷ KLAUSNER, Jurisdição..., p. 121-122.

¹⁴⁸ KLAUSNER, Jurisdição..., p. 124.

¹⁴⁹ KLAUSNER, Jurisdição..., p. 134, p. 137 e p. 140.

¹⁵⁰ DREYZIN DE KLOR, Adriana; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; NOODT TAQUELA, María Blanca. Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 169-254, p. 199-200.

básica do domicílio do consumidor e o caráter excepcional das jurisdições concorrentes trazem como consequência a raridade com que o fornecedor litigará ante os juízes de seu próprio domicílio. Chama-se a atenção, portanto, da importância do Direito Internacional Processual para a efetivação do DIPr¹⁵¹.

Dessa forma, o consumidor, em busca de um tribunal competente no seu país, deve examinar, primeiro, seu próprio Direito Internacional Processual. Se não achar um foro competente no seu próprio país, o consumidor tem de consultar as normas estrangeiras para poder demandar num tribunal competente estrangeiro. Contudo, se estrangeiro o foro competente, fica obrigado a consultar as normas processuais deste país, pois demandar no próprio Estado apenas faz sentido se, logo após, uma sentença favorável puder ser executada no país estrangeiro. Essa exequibilidade depende, a princípio, da homologação da sentença estrangeira pelo Estado onde ocorrer a execução. O pressuposto legal da homologação, por sua vez, consiste no reconhecimento da competência do tribunal que emitiu a sentença pelo Estado do adversário¹⁵².

O consumidor pode enfrentar, portanto, dois problemas fundamentais, devido à estrutura tradicional do Direito Internacional Processual¹⁵³. Primeiramente deve o consumidor encontrar um tribunal adequado para a realização dos seus direitos. Além disso, existe o risco

¹⁵¹ RAMOS, La protection..., p. 228-229. No trecho citado, o autor traz, inclusive, sugestões de alteração da legislação portuguesa, no sentido de estabelecer regras para dificultar o *exequatur* de decisões que sejam desfavoráveis ao consumidor.

¹⁵² Determina a Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originalmente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;”

¹⁵³ A doutrina do Mercosul revela (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR*.. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 137-167, p. 146-149) que a regra geral, na maioria dos países, em matéria de foros de jurisdição internacional, é a concorrência. Portanto, o normal é que vários juízes, em princípio, sejam competentes para o mesmo caso. E essa possibilidade de mais de um juiz competente, aliada a distintos critérios para outorga da jurisdição, constituem as razões fundamentais do caráter especialmente problemático que costuma revestir a determinação da jurisdição aos casos de DIPr.

de ele não encontrar tribunal competente em seu próprio país, enfrentando assim os custos e a incerteza de um processo estrangeiro. Logo, como estão em jogo valores relativamente pequenos, há grandes chances de que o consumidor desista dos seus direitos adquiridos com o contrato internacional¹⁵⁴.

Analisaram-se, portanto, dois tipos de soluções. Enquanto a proteção da lei da residência do consumidor pressupõe que será essa a legislação mais conhecida por ele, a regra da jurisdição do domicílio do consumidor parte da premissa que terá o consumidor mais acesso à justiça, litigando sempre perante o juiz de seu domicílio. A regra europeia analisada é material, já a regra do Protocolo de Santa Maria é processual. Ademais, enquanto a solução da lei da residência é aplicada no momento da constituição do contrato, a lei do foro de jurisdição privilegiado somente surge quando houver o conflito judicial. Deve-se ressaltar, porém, que o ordenamento europeu também apresenta regra de proteção processual, através do atual artigo 16 do Regulamento 44/2001/CE¹⁵⁵.

Ressalta-se, por fim, que nesses casos de foro privilegiado, a proteção se exerce através de uma espécie de *forum shopping*¹⁵⁶ em favor da parte fraca, já que o consumidor

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, Aspectos..., p. 147-148.

¹⁵⁵ “Art. 16: 1. O consumidor pode intentar uma acção contra a outra parte no contrato, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio. 2. A outra parte no contrato só pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor. 3. O disposto no presente artigo não prejudica o direito de formular um pedido reconvenicional perante o tribunal em que tiver sido instaurada a acção principal, nos termos da presente secção.” Ressalta-se, conforme informa Eduardo Antônio Klausner (KLAUSNER, Jurisdição..., p. 129), que a Convenção de Bruxelas foi recentemente substituída pelo Regulamento 44/2001/CE – válido para todos os países componentes da Comunidade Europeia, menos para a Dinamarca.

¹⁵⁶ O *forum shopping*, segundo a doutrina (FERNÁNDEZ ARROYO, Aspectos... p. 160-161), ocorre quando a parte decide demandar perante um juiz – e indiretamente utilizando-se de um direito – que a outra parte não pode prever. Embora, em geral, se caracterize pela má-fé da parte interessada, pode também ocorrer nas hipóteses nas quais os ordenamentos definem sua jurisdição em termos demasiadamente amplos, prejudicando qualquer certeza e segurança pela parte.

pode agir perante o tribunal que lhe for mais favorável ¹⁵⁷. Acredita-se que o tribunal de seu domicílio irá facilitar sua defesa e diminuir os custos do processo. Além disso, pode optar pelo tribunal que conduza à aplicação que lhe seja mais favorável, bem como do tribunal que se inspire em princípios fundamentais mais protetivos. Dessa forma, em virtude da aplicação da ordem pública, acabará sendo favorecido. Portanto essa solução tem como principal benefício facilitar o acesso à justiça. Sem dúvida, a solução do conflito de leis depende em larga medida da solução do conflito de jurisdições ¹⁵⁸.

¹⁵⁷ O argentino Toniollo (TONIOLLO, La protección..., p. 114-115) refere que, sempre que o consumidor for o autor da demanda, deve-se facilitar notadamente seu acesso à justiça, em obediência aos direitos humanos reconhecidos, por exemplo, pelo Direito Constitucional Argentino.

¹⁵⁸ POCAR, La protection..., p. 398-399.

2. A exceção de Ordem Pública

Também com relação aos critérios tradicionais ou indiretos de resolução do conflito de leis, cita-se a **exceção de ordem pública**, a qual atua para solucionar os problemas clássicos de DIPr. Com efeito, o método tradicional tem, na ordem pública, o meio para obstar a aplicação do direito estrangeiro, proferido pelos tribunais de outros países, cujo resultado seja contrário aos princípios de justiça do foro¹⁵⁹. Segundo a doutrina especializada, a ordem pública chega até mesmo a assumir o papel da negação do próprio DIPr, já que representa, em última análise, o retorno à territorialidade, antigamente professada e praticada, que não admitia a aplicação de normas jurídicas estrangeiras¹⁶⁰.

Abordando as características da Ordem Pública, Erik Jayme destaca métodos para sua concretização: parte-se sempre da existência de uma divergência grave entre o direito estrangeiro aplicável e o direito do foro. Deve-se, portanto, comparar os resultados da aplicação de um ou de outro direito. Apenas quando os resultados forem grosseiramente divergentes, o direito do foro terá prevalência¹⁶¹. Ademais, a ordem pública apresenta-se relativa, isto é, apenas o caso concreto poderá determinar se o direito estrangeiro agride ou não de forma definitiva o direito local, já que não se pode ter como parâmetro a norma jurídica estrangeira enquanto tal, mas o resultado de sua aplicação¹⁶². Além disso, a aplicação

¹⁵⁹ DOLINGER, *Direito...*, p. 402.

¹⁶⁰ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. 1979. Tese (Concurso da Cátedra de Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1979, p. 4.

¹⁶¹ JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. Traducción Eugenio Hernández Bretón. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 217-270, 1991, p. 244.

¹⁶² JAYME, Métodos..., p. 244.

do direito estrangeiro deve apresentar um vínculo significativo com o ordenamento interno; do contrário, não age a ordem pública¹⁶³.

Destaca o jurista alemão¹⁶⁴, ainda, o papel da chamada Ordem Pública Internacional, decorrente de *standards* mundiais, isto é, de valores aceitos pela comunidade internacional de forma ampla, os quais venham a constituir padrões para a concretização da ordem pública. Assim, esses *standards* não apresentam valores individualmente considerados, mas contribuem para diferenciar a normas jurídicas fundamentais ou não-fundamentais para o direito nacional em análise. A distinção entre ordem pública nacional e internacional data do século XIX¹⁶⁵, distinguindo-se os casos envolvendo normas imperativas de caráter unicamente nacional dos casos nos quais apareciam elementos estrangeiros.

Também aponta distinção entre ordem pública interna e internacional Clóvis Beviláqua¹⁶⁶, por considerá-la essencial, necessária e um importante elemento de clareza. Refere como exemplo tradicional para assinalar essa diferença o tirado das leis que regulam o estado e a capacidade das pessoas. Essas leis são de ordem pública interna; e as convenções particulares não as podem alterar; ninguém pode estipular que será maior de idade antes da época fixada pelo legislador; nem contrair casamento válido contra prescrições expressas e

¹⁶³ O autor (JAYME, Métodos..., p. 244) cita como exemplo dessa necessidade de vinculação com o ordenamento do foro o reconhecimento, na Alemanha, do divórcio e da paternidade de filhos adulterinos de uma mãe com nacionalidades italiana e alemã, o que violaria a ordem pública daquele país. No caso, a respeito dos vínculos significativos, foi necessário verificar, por exemplo, se essas crianças viviam na Alemanha, qual seria o resultado do regime patrimonial de direitos desses filhos, dentre outros aspectos que apenas os fatos concretos podem elucidar. Por isso destaca Daniela Jacques (JACQUES, *Direito...*, p. 4) que se devem diferenciar os casos nos quais a ordem pública rejeita a aplicação da lei estrangeira dos casos em que rejeita a homologação de ato ou de decisão estrangeira: quanto mais significativos ou próximos os vínculos, mais o direito estrangeiro pode agredir à ordem pública. A respeito do vínculo com o foro, cita-se, ainda, LIBCHABER, Rémy. L'exception d'ordre public en droit international privé. In: REVET, Thierry (Coord.) *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996, p. 65-81, p. 72-73.

¹⁶⁴ JAYME, Métodos..., p. 255-257.

¹⁶⁵ DESPAGNET. L'ordre public en droit international privé. *Journal du Droit International Privé*, n. 16, 1889, p. 5-21, 207-222 apud JAYME, Métodos..., p. 260.

¹⁶⁶ BEVILÁQUA, *Princípios...*, p. 75.

absolutas da lei, nem dar por dissolvido o vínculo conjugal, que o direito considera subsistente.

Não há, portanto, coincidência entre as duas espécies, embora ambas apresentem o mesmo elemento formador: a proteção do organismo nacional. Num caso o Estado acautela-se contra os seus próprios súditos, dos quais exige obediência rigorosa aos preceitos que, no seu entender, são imediatamente garantidores da conservação de sua existência como unidade coletiva. Noutro, esses preceitos se dirigem indistintamente a todos os habitantes do país sem preocupação de nacionalidade. A razão dessa diferença é que, no primeiro caso, o Estado afirma e defende a sua existência social diante das forças individuais, que ele mesmo organizou em nação; e, no segundo, é em face da sociedade internacional, que ele se acha nessa atitude de defesa. Por isso é mais reduzido o número das leis de ordem pública internacional, número que tende a diminuir à medida que seja estabelecida uma comunhão mais forte de direito pela igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros no círculo das relações de ordem privada e pela uniformidade das soluções dos conflitos de leis¹⁶⁷.

Para Strenger, ordem pública constitui “o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atenda de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”¹⁶⁸. Em outras palavras, a ordem pública constitui um mecanismo técnico que tem finalidade corretiva e caráter excepcional, pretendendo manter a homogeneidade das respostas jurídicas obtidas, através da aplicação de um único sistema, o da *lex fori*, ao mesmo tempo em que defende as condições essenciais básicas do meio jurídico em que o sistema se aplica¹⁶⁹. Efetivamente, com o aumento do tráfico internacional, é possível que ocorram os chamados conflitos de civilizações, em

¹⁶⁷ BEVILAQUA, *Princípios...*, p. 76.

¹⁶⁸ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 125.

virtude das diferenças sociológicas e culturais de cada povo. Porém, como as relações internacionais não podem deixar de se firmar, destacam-se algumas vias de solução para esses eventuais conflitos, tais como acentuar o caráter de excepcionalidade da ordem pública, aplicando-a unicamente nos casos em que o direito reclamado ou a situação ou relação considerada mostrarem-se manifestamente incompatíveis com as concepções jurídicas básicas da *lex fori*.¹⁷⁰

Dessa forma, a ordem pública tem como característica a sua dinâmica histórico-geográfica, já que em determinado momento apresenta-se de certo modo, para no momento seguinte deixar de sê-lo. Além da mutabilidade, apresenta a ordem pública a característica da gradualidade. Sua aplicação dependerá da sensibilidade do Juiz diante da antinomia entre a lei e a decisão estrangeira e o sistema jurídico do foro¹⁷¹. Nesse sentido, não se podem elencar

¹⁶⁹ STRENGER, *Contratos...*, p. 127.

¹⁷⁰ STRENGER, *Contratos...*, p. 129-30. Nesse sentido, vale referir a doutrina de Haroldo Valladão sobre solução de conflitos de fontes em DIPr. Segundo o autor (VALLADÃO, Haroldo. Sources du droit international privé. In: ROLIN, Mélanges H., 1954, p. 419-426, p. 424), com relação às fontes internacionais, as normas fundamentais gerais do direito internacional prevalecem sobre os tratados, convenções e disposições que determinam a invalidade formal ou substancial dos atos internacionais. Já quanto às fontes internas, as disposições constitucionais prevalecem sobre as legais e ambas sobre as regulamentares. Os usos e os costumes – sejam externos ou internos, quando perfeitamente caracterizáveis, representando uma prática considerada obrigatória, geralmente seguida e observada por todos – prevalecem sobre os textos escritos, abrogando-os por sua prática. Quanto às fontes convencionais, suas disposições não se derogam, **a não ser perante preceitos internacionais ou internos imperativos, em vigor de forma escrita ou costumeira**. Uma vez estabelecida, a jurisprudência dos tribunais predomina sobre os textos, até o momento em que é modificada, ou outra lei é editada em sentido contrário.

¹⁷¹ Negi Calixto (CALIXTO, Negi. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Universidade do Paraná, 1987, p. 66-71) arrola inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, afastando a aplicação da lei estrangeira por violação à Ordem Pública nacional, no período em que o tribunal ainda era competente para homologar as sentenças estrangeiras. Já Daniela Jacques, em dissertação de mestrado específica sobre o tema (JACQUES, Daniela Corrêa. *Direito internacional privado e direito do consumidor: adequação dos métodos de direito internacional privado para a proteção do consumidor*. 2004. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 41-42), após analisar a jurisprudência do STF, constata que muitas decisões modificaram a concepção da ordem pública brasileira, a fim de se adequar ao Protocolo do Las Leñas, passando a admitir carta rogatória com medida executória, o que antes era considerado contrário à ordem pública brasileira. Houve, assim, em suas palavras, uma “flexibilização da ordem pública do foro em prol de uma maior abertura para a importância das relações internacionais”. Destacou, também, “a preocupação da Corte Suprema com a ‘imagem’ do país ante às jurisdições estrangeiras, conferindo maior abertura para que, pelo menos, as citações de brasileiros sejam viabilizadas, sem adentrar o mérito da questão”. Ainda, a título de exemplo, destaque-se uma recente ementa do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de ordem pública em matéria contratual: (SEC. ORDEM PÚBLICA. *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. A requerida contestou a homologação da sentença estrangeira ao fundamento de que a decisão do tribunal arbitral estrangeiro violaria

regras de ordem pública, ou casos em que ela opera, de modo exaustivo ou permanente. Qualquer enunciação será falha: ou porque casos novos podem surgir, ou porque o conceito evoluiu¹⁷².

Conforme explicita Araújo¹⁷³, por sua vez, a intervenção da exceção de Ordem Pública Internacional consiste no afastamento da lei designada, ocasionando um efeito negativo, pois sua utilização importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Sua utilização, portanto, deve ser rara¹⁷⁴, constituindo a válvula de escape que pode auxiliar a dar ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária à sua própria manutenção¹⁷⁵. Ao lado desse efeito negativo, porém, a exceção de ordem pública produz um efeito positivo, consistindo na utilização da regra que melhor se adapte ao caso concreto¹⁷⁶.

Vale, também, apresentar o posicionamento de Jacob Dolinger¹⁷⁷ quanto à inexistência de diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional. Segundo entende o autor, a ordem pública é sempre a mesma, agindo em constante vigilância e, assim, analisando todos os desvios de aplicação da norma do foro, desvios originários da vontade das partes, da aplicação de uma lei estrangeira ou da execução de uma sentença estrangeira. Para cada uma destas anomalias, a ordem pública tem seu campo de atuação restritivo, mais amplo na primeira hipótese, reduzindo-se na segunda e mais na terceira. A ordem pública é “una,

a ordem pública ao classificar como “colcha de retalhos” e sem “suporte legal” a legislação nacional a respeito da necessidade de entrega à Marinha de levantamentos hidrográficos realizados. Sucede que busca, ao final, reviver a questão da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1.092 do CC/1916), examinada por aquela corte estrangeira, pois deseja não cumprir seu encargo financeiro até que a requerente cumpra aquela obrigação de entrega de dados, também constante do contrato. Diante disso, a Corte Especial homologou a sentença ao entender, dentre outros, que o conceito de ordem pública, apesar de difícil precisão (não contido em lei, mas fixado de certa forma pela doutrina), não abarcaria a referida regra. SEC 802-EX. Relator: Min. José Delgado. julgada em 17 ago. 2005).

¹⁷² As características da ordem pública são trazidas por BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 33-45, jun. 1999, p. 41-42.

¹⁷³ ARAÚJO, *Direito...*, p. 96.

¹⁷⁴ ARAÚJO, *Direito...*, p. 96.

¹⁷⁵ ARAÚJO, *Direito...*, p. 96.

indivisível e indefinível, abstrata, espiritual e anônima, flutuando sobre o sistema jurídico nacional como um anjo protetor, que aplica critérios diferentes dentro de uma tolerância graduada”, e que, apesar de toda esta incerteza, é entendida pelos juristas e aplicada pelos julgadores com uma constância e uniformidade que supera, às vezes, a interpretação de normas jurídicas concretas, sujeitas a intermináveis divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Argumenta, portanto, existir uma certa equivalência entre os objetivos da ordem pública no direito interno e os objetivos da ordem pública no DIPr. Enquanto no direito interno, visa a manter o equilíbrio das forças que se debatem no processo social¹⁷⁸, no DIPr, a ordem pública procura evitar que a aplicação de leis estrangeiras, conforme comando das múltiplas regras de conexão, cause traumatismo na sociedade nacional¹⁷⁹. De qualquer maneira, Dolinger¹⁸⁰ observa uma crescente tendência à construção de um conceito novo de ordem pública no plano internacional, uma ordem pública verdadeiramente internacional, uma ordem pública de caráter universal, que, ao invés de impedir a aplicação de determinadas leis estrangeiras, objetiva a colaboração no plano legislativo e jurisdicional para atingir objetivos que interessem à sociedade internacional como um todo. O autor a relaciona, porém, com a ordem pública de caráter positivo, esta sim a regra, e não exceção, eventualmente definível e de aplicação numa variedade de campos do direito.

¹⁷⁶ BRUCHER, Andréas. L'ordre public et le but social des lois em droit international privé. *Recueil des Cours*, Hague, v. 239, 1993, p. 30 apud ARAÚJO, *Direito...*, p. 97.

¹⁷⁷ DOLINGER, *A evolução...*, p. 42.

¹⁷⁸ Atente-se para a redação do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III. **harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor** com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (grifo nosso)”.

¹⁷⁹ DOLINGER, *A evolução...*, p. XIII.

¹⁸⁰ DOLINGER, *A evolução...*, p. 7.

Dessa forma, importante referir a doutrina de Charles Brocher¹⁸¹, no sentido de que existem leis que, por sua natureza e pela intenção dos legisladores, não são passíveis de exercerem sua autoridade sobre territórios estrangeiros. Essas leis se referem à satisfação de interesses puramente locais¹⁸². Na verdade, então, para que se possa aceitar esse caráter excepcional da ordem pública no DIPr, apregoado pela doutrina, deve-se estabelecer uma diferenciação entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional. Sem dúvida, somente a excepcionalidade da ordem pública explica a necessidade de uma redação tão genérica quanto a do artigo 17 da LICC¹⁸³, que trata do tema¹⁸⁴.

Ao constituir, portanto o conjunto de regulamentação estatal, que por todos deve ser seguido, por salvaguardar a organização política, social ou econômica do país, a ordem pública dispensa a mediação normal da norma de conflito geral¹⁸⁵. O núcleo são os valores constitucionais protegidos pela Lei Maior, pois não se pode permitir que a aplicação da lei designada pela regra de conflito importe em um resultado flagrantemente inconstitucional, à semelhança do que ocorre com as regras de direito interno¹⁸⁶. Também, nesse sentido, Marques destaca¹⁸⁷ que a tradicional exceção de ordem pública tem um claro fim social e de proteção, não só do sistema do DIPr, mas também, nos países da família de direito continental-europeu, das políticas públicas ou objetivos de harmonia social interna.

¹⁸¹ Segundo Haroldo Valladão (VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos*. 4 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, v. 1, p. 474), Brocher, na Suíça, desenvolvendo idéia antevista por Savigny, distinguiu duas ordens públicas, uma interna, que restringia a liberdade individual, e outra externa ou internacional, que restringia a autoridade extra-territorial das leis estrangeiras.

¹⁸² BROCHER, Charles. *Nouveau Traité de Droit International Privé*. Paris : E. Thorin, 1876, p. 343.

¹⁸³ “Art. 17. As lei, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e o os bons costumes.”

¹⁸⁴ VALLADÃO, *Direito...*, p. 482.

¹⁸⁵ ARAÚJO, *Direito...*, p. 97.

¹⁸⁶ ARAÚJO, *Direito...*, p. 115.

Portanto, embora a Ordem Pública se apresente como uma das formas clássicas de solução de conflitos de leis, hoje já possui características bastante diversas¹⁸⁸. Cita-se, por exemplo, um afastamento da ordem pública em relação à concepção de soberania, vindo a adquirir um caráter mais privado¹⁸⁹. Assim, ao estudar, à época, a nova redação do artigo 6 do EGBGB¹⁹⁰, relativo à ordem pública, afirmava Erik Jayme que a palavra “público” quase poderia ser retirada do texto, já que se referia a concepções eminentemente privadas, tais como o bem-estar da criança, no caso de filiação. Aproximam-se, assim, as ordens públicas dos diversos países, mais e mais¹⁹¹. E, sem dúvida, a proteção do consumidor apresenta-se como exemplo dessa tendência.

Assim, com relação à proteção do consumidor, Fausto Pocar¹⁹² refere que o exame da ordem pública já demonstra o paralelismo entre as preocupações do Direito Material e do DIPr. Sem dúvida, comprova existir, até mesmo nas soluções tradicionais, exceções quanto à suposta neutralidade do DIPr, sem interferências outras que não a racionalidade da solução proposta¹⁹³. Para que seja eficiente a intervenção da ordem pública na defesa do consumidor, a lei do foro, porém, deve ter como princípio de ordem pública a proteção da parte mais fraca, constituindo um corretivo da regra de conflito. Destaca-se, assim, depender a intervenção da ordem pública fortemente dos princípios nos quais se inspira o sistema jurídico do foro. Devem ser eles no sentido da proteção da parte mais fraca¹⁹⁴. Do contrário, por óbvio, restará sem proteção o consumidor.

¹⁸⁷ MARQUES, Por um direito..., p. 135.

¹⁸⁸ MESTRE, Jacques. L'ordre public dans les relations économiques. In: REVET, Thierry (Coord.). *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996, p. 33-41, p. 38.

¹⁸⁹ JAYME, Métodos..., p. 260.

¹⁹⁰ “Art. 6 Una norma jurídica de otro país no se aplicará cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con principios esenciales del derecho alemán. Específicamente ella no se aplicará cuando la aplicación sea incompatible con los derechos constitucionales fundamentales.”

¹⁹¹ JAYME, Métodos..., p. 261-263.

¹⁹² POCAR, La protection, p. 357-358.

¹⁹³ ELHOUËISS, Retour..., p. 285.

¹⁹⁴ POCAR, La protection..., p. 397.

Ademais, embora o Direito do Consumidor no Brasil, por exemplo, tenha adquirido, após 1988, *status* constitucional¹⁹⁵, nem todo Direito do Consumidor Brasileiro concerne à chamada ordem pública internacional¹⁹⁶. A Comunidade Européia, por exemplo, tem delimitado o que são normas imperativas em direito do consumidor, através da edição de diretivas, que estabelecem o padrão mínimo de tutela dos consumidores. Na visão de Cláudia Lima Marques¹⁹⁷, portanto, essa seria a Ordem Pública Européia de defesa do consumidor. Há indubitavelmente um núcleo que representa os princípios fundamentais de defesa do consumidor que não pode ser violado pela legislação estrangeira.

Em relação ao DIPr Brasileiro, questiona-se qual o nível desta proteção: se em todos os casos envolvendo relações internacionais de consumo deveria o juiz brasileiro aplicar o CDC, ou se a lei estrangeira poderia ser aplicada em determinadas circunstâncias¹⁹⁸. Repita-se, então, que nem tudo que viola a ordem pública interna, viola a ordem pública em DIPr.

De fato, o CDC é lei de ordem pública que serve para restringir a liberdade individual¹⁹⁹, em benefício da proteção do consumidor, conforme se observa pela redação do artigo 4º do estatuto²⁰⁰. Contudo, a Ordem Pública em DIPr repudia a aplicação de toda a lei estrangeira que não seja conforme a certos princípios que o Estado reconheça como

¹⁹⁵ A Constituição Federal de 1988 apresenta a defesa do consumidor dentre os direitos fundamentais da República Brasileira: “Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” Posiciona-se a doutrina de Cláudia Lima Marques (MARQUES, A Proteção..., p. 72), no sentido de que a nova ordem pública constitucional brasileira inclui necessariamente a defesa do consumidor.

¹⁹⁶ MARQUES, Por um Direito..., p. 134-135. Com relação à defesa da parte mais fraca, refere-se, ainda, que essa ligação com o foro não precisa ser tão intensa, para que o juiz exclua a aplicação do direito estrangeiro. Nessas relações contratuais, quanto mais a injustiça pareça intolerável, menos se exige uma ligação profunda com os efeitos no foro. Nesse sentido, MAYER, Pierre. La protection de la partie faible en droit international privé. In: GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel (Coord.) *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges*. Paris: L.G.D.J, 1996, v. 261, p. 513-552, p. 519-520.

¹⁹⁷ Nesse sentido, MARQUES, A insuficiente..., p. 184-185. Posiciona-se nesse sentido, igualmente, JACQUES, *Direito...*, p. 38.

¹⁹⁸ MARQUES, A Proteção..., p. 72.

¹⁹⁹ BROCHER, *Nouveau...*, p. 342-346.

absolutamente imperativos²⁰¹. Assim, conforme já destacado, por motivo de necessidade interna ou de certos princípios de ordem superior, pode-se impedir que a lei estrangeira “prolongue sua autoridade no território”²⁰². Por isso, com relação ao consumidor, destaca-se que, embora realmente mutável o conceito de ordem pública internacional, ele se funda em um conjunto de idéias de caráter comum e permanente, são interesses ou princípios que adquirem importância realmente significativa no ordenamento²⁰³. É claro que a defesa do consumidor não se tornou ordem pública em DIPr de maneira instantânea, nem a totalidade das regras presente no CDC podem ser consideradas como tal. A doutrina de Cláudia Lima Marques é muito clara, ao abordar a evolução de um conjunto de atos legislativos de caráter comunitário, ao longo de anos, tornando a Ordem Pública de Proteção do Consumidor um valor para os membros da Comunidade Européia²⁰⁴.

No caso Brasileiro, o CDC já completa 15 anos de existência²⁰⁵, tendo sido construída vasta doutrina e jurisprudência na defesa do consumidor. Nesse sentido, observa-se a doutrina de Valladão²⁰⁶ afirmando que a ordem pública do DIPr não decorre somente de textos expressos de máxima relevância da legislação do foro, mas sobretudo de princípios básicos que, embora não formulados, constituem o sustentáculo da mesma legislação. Portanto, enquanto o papel de ordem pública interna do CDC já está consolidado, deve-se buscar os elementos do CDC brasileiro que são normas de ordem pública em DIPr. Embora a doutrina referida conteste conceitos específicos de ordem pública internacional, não se pode negar, num primeiro momento, que a defesa do consumidor no direito brasileiro pode vir a obstar a aplicação de direito estrangeiro que ofenda as diretrizes fundamentais do ordenamento.

²⁰⁰ BROCHER, *Nouveau...*, p. 353-354.

²⁰¹ BROCHER, *Nouveau...*, p. 342 e 348-353.

²⁰² BROCHER, *Nouveau...*, p. 348.

²⁰³ BROCHER, *Nouveau...*, p. 349.

²⁰⁴ MARQUES, *A Insuficiente...*, p. 185-190.

²⁰⁵ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

B) A dupla face da autonomia da vontade, instrumento hábil ao reconhecimento do consumidor como sujeito de direito e da insuficiência do modelo liberal

Mostra-se curial constatar a existência de duas liberdades essenciais na contratação internacional: a de escolher a lei aplicável ao contrato e a de escolher o foro a que as partes se submeterão para dirimir as disputas que possam eventualmente surgir. A primeira liberdade é essencialmente de direito material. A faculdade das partes nesse campo revela-se com intensidade variável, na medida da receptividade pelos ordenamentos jurídicos a que o contrato estiver conectado. A segunda tem conotação nitidamente processual, e traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeter-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato, com o objetivo de prever o resultado de acordo com o prestígio da corte escolhida²⁰⁷.

De fato, os ordenamentos jurídicos podem apresentar aceitação diversa quanto a essas duas liberdades. Destaca-se, então, o posicionamento da legislação brasileira. Conforme já exposto, a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, de acordo com a lei brasileira, se dá a partir da lei do lugar de sua constituição – *lex loci contractus*. Não há possibilidade de as partes, ao menos no direito brasileiro vigente, escolherem a lei mais adequada ao seu contrato²⁰⁸.

²⁰⁶ VALLADÃO, *Direito...*, p. 483.

²⁰⁷ NARDI, Marcelo de. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122-194.

²⁰⁸ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 123-127.

Com relação ao tema, vale destacar a aceitação da autonomia da vontade na contratação internacional sob a égide da Introdução ao Código Civil de 1917²⁰⁹. Conforme afirma Fabiane Azevedo²¹⁰, não se verificavam, à época, significativos embates doutrinários acerca da admissão da autonomia da vontade para a escolha de lei, nas obrigações contratuais internacionais. Afinal, a tradicional regra de conexão *lex loci contractus* somente era aplicada se os contratantes não tivessem disposto de maneira diversa, isto é, com caráter subsidiário. Nesse sentido, o posicionamento de Clóvis Beviláqua²¹¹, autor da referida lei, de que a substância e o efeito das obrigações oriundas de contratos e de declarações unilaterais da vontade, entre vivos, são regulados pela lei do lugar onde forem celebrados os atos que as originaram. A regra é excetuada nos casos de “estipulação em contrário e de ofensa do direito nacional dos pactuantes ou da ordem pública”.

Com o advento da LICC, em 1942, a situação se alterou, advindo uma grande discussão doutrinária acerca da adoção pelo ordenamento jurídico nacional²¹². E a jurisprudência, por sua vez, sempre buscou não enfrentar diretamente o tema²¹³. Assim, cita-se um dos poucos julgados prolatados sobre o tema²¹⁴, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a plena vigência do artigo 9º da LICC, para aplicar a lei portuguesa, uma vez que em Portugal havia sido celebrado o contrato *sub judice*. No referido acórdão, porém, deixou-se de apreciar a questão da autonomia da vontade das partes quanto à eleição da lei aplicável,

²⁰⁹ “Art. 13 Regulará, **salvo estipulação em contrário**, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas. Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I – os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil; II – As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III – Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV – Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.” (grifo nosso)

²¹⁰ Fabiane de Azevedo (AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 151) discute as correntes doutrinárias acerca da aceitação do princípio no DIPr brasileiro.

²¹¹ BEVILÁQUA, *Princípios...*, p. 260.

²¹² AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 155-174. A professora Nádia de Araújo (CONTRATOS, *Autonomia...*, p. 91-118) faz um estudo exaustivo da doutrina brasileira de DIPr quanto ao princípio da autonomia da vontade, tanto na vigência do art. 13 de Beviláqua, quanto do atual art. 9º da LICC.

²¹³ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 118.

²¹⁴ Em sua dissertação, Fabiane Azevedo (AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 175, nota 85) elenca o conhecido Caso Champalimaud (RE 93.131-7 MG, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 17.12.1981).

uma vez que no contrato objeto do litígio, celebrado em Portugal, não tinha sido pactuada tal escolha. A cláusula de eleição de lei tinha sido aposta em outro contrato – um contrato financeiro, em que se escolheu a lei inglesa – contrato esse que não constituía o cerne da controvérsia. Diante dessa possibilidade, o STF preferiu não se debruçar sobre a admissibilidade da autonomia da vontade da partes para a eleição da lei aplicável ao contrato, tendo em vista que somente o contrato celebrado em Portugal, em que não houve escolha da lei, interessava ao julgamento da lide, tendo-se aplicado, portanto, a lei portuguesa.

Diante dessa realidade de dissídio doutrinário e de omissão jurisprudencial, passam os advogados a criar maneiras de incluir validamente a autonomia de eleição da lei nos contratos internacionais de seus clientes. Realidade essa que certamente não interessa a nenhum jurista. Contudo, os problemas de DIPr são realmente difíceis aos magistrado²¹⁵. Ao se deparar com os conturbados embates doutrinários e ao ler o artigo 9º da LICC, que, de fato, não permite a escolha da lei aplicável pelos contratantes, dificilmente o juiz fará uma análise que, à primeira vista, poderia ser considerada *contra legem* e aplicará a lei eleita pelas partes. Dessa forma, por mais que o julgador acredite na aplicação do princípio da autonomia da vontade no país, provavelmente aplicará a *lex loci contractus*.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro tem historicamente admitido o foro de eleição da jurisdição. Embora as regras sobre competência internacional fixem, em algumas situações monopólio jurisdicional absoluto para si²¹⁶, nos casos de competência concorrente

²¹⁵ AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 117.

²¹⁶ Artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.” e “Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

se admite eficácia no Brasil de julgado de outro Estado. Nas hipóteses da competência exclusiva, somente a jurisdição brasileira pode conhecer o problema. Os pressupostos apresentados nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil não são cumulativos, pois cada um deles por si só é suficiente para estabelecer competência, bastando a ocorrência de um dos esquemas práticos aí previstos²¹⁷. E a grande questão acerca da competência concorrente diz respeito aos efeitos das cláusulas de eleição de foro em um contrato: se eleito o foro estrangeiro, esta escolha impede o recurso à jurisdição nacional, ainda que presente uma das hipóteses do artigo 88 do CPC.

Ao admitir casos de competência concorrente, o legislador não está absolutamente estabelecendo casos de competência de qualquer autoridade estrangeira, nem baixando normas de direito internacional ou estrangeiro. Na determinação da competência internacional, cada legislador nacional legisla apenas para a sua justiça, criando normas de direito interno, que estipulam em quais dos casos vinculados a duas ou mais jurisdições as autoridades judiciárias nacionais poderão, ou deverão necessariamente, julgar-se competentes. Isso, naturalmente, não impede que outras autoridades jurisdicionais estrangeiras julguem-se igualmente competentes para dirimir o mesmo litígio, nos termos das respectivas legislações. Em outras palavras, o legislador brasileiro apenas estabeleceu a competência dos juízes nacionais e determinou, em tese, os casos em que a competência de juiz estrangeiro, determinada pela lei do país estrangeiro em questão, poderá ser reconhecida no Brasil – os casos de competência concorrente – e os casos em que tal reconhecimento será impossível – os casos de competência exclusiva²¹⁸.

²¹⁷ ARAÚJO, *Direito...*, p. 201.

²¹⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro. In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 296-316, p. 301-302.

Ademais, o que, em rigor, as partes estipulam, ao firmarem uma cláusula de eleição de foro escolhendo determinada jurisdição, não é que todas as outras jurisdições se tornem *ipso facto* incompetentes, mas que se atentará ao pactuado a propositura, por qualquer das partes, de uma ação em outro foro, que não aquele por elas previamente escolhido. E tal assunção pelas partes de uma obrigação contratual é perfeitamente lícita, em nada ofendendo a ordem pública, a soberania nacional ou os poderes jurisdicionais do Estado. A parte que propuser uma ação em foro diverso do escolhido em contrato estará praticando um ilícito contratual. E a legítima expectativa do outro contratante, atingida por tal conduta ilícita, é justamente que o ordenamento jurídico cuja proteção for buscada pela parte infratora vá reconhecer a ilicitude da conduta e dar cumprimento ao disposto pelas partes em sua cláusula de eleição de foro – ou seja, vá determinar que o juiz nacional se declare incompetente²¹⁹.

Ressalta-se, portanto, que a cláusula de eleição de foro não se confunde com a de lei aplicável²²⁰. De fato, pode-se escolher um determinado foro para se discutirem os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país, seja porque as partes assim escolheram, seja por mandamento da norma de conflito de foro. A redação dessas cláusulas deve ser consensual, pois, embora autônomas, serão interpretadas por um único juiz. Se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada, ressalvada, é claro, a responsabilidade das partes pelo descumprimento da cláusula. Então, conseqüências de determinada escolha de foro influem, de certa forma, na cláusula de lei aplicável²²¹.

²¹⁹ ALMEIDA, Breves..., p. 308-310.

²²⁰ ARAÚJO, *Direito...*, p. 328.

²²¹ ARAÚJO, *Direito...*, p. 329. Também se manifesta no sentido da interferência de uma cláusula sobre a outra, Antonio Boggiano (BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 127) em sua obra sobre contratos internacionais.

Assim, na prática internacional, o que as partes normalmente fazem é eleger não apenas a lei aplicável ao fundo da avença, mas também o foro onde deverão ser decididos os eventuais litígios decorrentes daquele contrato. Contudo, diante da redação do artigo 9º da LICC, dificilmente será eleito um foro situado no Brasil, em que a possibilidade de se eleger a lei aplicável ainda é objeto de profundas incertezas²²². Conseqüentemente, muitas das questões oriundas das avenças de cunho internacional celebradas por brasileiros, em que há exercício da autonomia da vontade, acabam por ser decididas por tribunais alienígenas em que a escolha da lei é plenamente aceita por seu DIPr.

Entretanto, deve-se ressaltar que a cláusula de eleição de foro não representa uma garantia absoluta da plena aceitação da cláusula de eleição da lei material para reger a avença²²³. Afinal, sempre pode haver questões que, mais cedo ou mais tarde, terão de ser submetidas à apreciação do Judiciário. Nesse caso, as partes poderão ver aplicada à sua avença a lei do lugar da constituição do contrato – exatamente o oposto do que haviam convencionado quando da celebração do contrato. Nesse sentido, destaca-se a importância da escolha da arbitragem para solucionar os conflitos advindos do contrato²²⁴. Com efeito, lei de arbitragem, lei n.º 9.307/96, permite expressamente, em seu artigo 2º, §1º²²⁵, a eleição da lei a reger o fundo do acordo entre os litigantes.

A cláusula compromissória, porém, não se apresenta igualmente satisfatória. Ocorre que a convenção de arbitragem implica renúncia ao juízo estatal, o que nem sempre é o ideal no caso concreto, em função dos custos que o procedimento arbitral muitas vezes acarreta,

²²² AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 177.

²²³ AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 177-178.

²²⁴ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 121.

²²⁵ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

entre outras razões. Quando se trata de contratos que envolvem pequenas quantias, portanto, talvez não seja muito interessante eleger a arbitragem como meio de solução de controvérsias²²⁶.

De qualquer maneira, destaca-se que a lei de arbitragem tem como principal objetivo mudar a atitude dos brasileiros na maneira de resolver seus litígios de ordem patrimonial²²⁷. Permite-se, agora, às partes, em um contrato nacional ou internacional, estipular na convenção arbitral a lei aplicável, ou ainda determinar a aplicabilidade de princípios gerais do direito, além dos usos e costumes. Assim, a partir da lei de arbitragem, em contratos internacionais ou internos, há a possibilidade de três cláusulas²²⁸: a cláusula arbitral, que permite a utilização de meio extrajudicial para dirimir eventuais conflitos decorrentes do contrato; a cláusula de lei aplicável, que determina qual a lei que será aplicável ao contrato – **podendo ser utilizada a teoria da autonomia da vontade quando houver convenção arbitral**; e a cláusula de foro, que estipula o lugar onde a ação será proposta, ou a arbitragem será realizada.

Pode-se afirmar, portanto, em que pesem as ponderações próprias da realidade brasileira, que a utilização da autonomia da vontade no plano internacional tem crescido significativamente nos últimos tempos, criando um círculo liberal na área contratual, quase imune à interferência do Estado²²⁹. Essa autonomia, porém, não é absoluta. Destacam-se duas importantes convenções internacionais sobre lei aplicável à contratação internacional, as quais escolheram uma versão limitada do princípio da autonomia da vontade, tanto a Convenção de Roma²³⁰, de 1980, como a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos

²²⁶ AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 178.

²²⁷ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 119-120.

²²⁸ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 120.

²²⁹ FRADERA, *O direito...*, p. 553.

²³⁰ “Art. 2 Caráter universal A lei designada nos termos da presente convenção é aplicável mesmo que essa lei seja de um Estado não contratante”.

Internacionais – CIDIP V ²³¹, de 1994²³². Dessa forma, a escolha deve sempre ter por objeto uma lei estatal, isto é, deve derivar da ordem jurídica de um Estado. Assim, estão excluídas a *lex mercatoria* e os princípios do UNIDROIT sobre contratos internacionais comerciais.

No caso da Convenção de Roma, por exemplo, se as partes escolherem a *lex mercatoria* ou os princípios do UNIDROIT, o juiz deve agir como se não tivesse sido designada nenhuma lei e aplicar o artigo 4. O mesmo vale para a hipótese de escolha negativa, onde se exclui a aplicação de todo e qualquer direito estatal, a qual tampouco é considerada como escolha de lei sob a ótica da Convenção de Roma. Também aqui o magistrado deve se valer do artigo 4 da Convenção, agindo da mesma forma no caso de escolha negativa parcial, em que se excluem uma ou mais leis determinadas.²³³ Ressalte-se que o artigo 9²³⁴ da Convenção do México (CIDIP V) faz as vezes do referido artigo 4º europeu²³⁵.

²³¹ “Art. 2 O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não Parte”. A quinta Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais iniciou seus trabalhos em 14.03.1994, na Cidade do México, com a participação de dezenove membros da OEA. Nesse sentido, PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. The fifth inter-american specialized conference on private international law. Mexico City, 14-18 mars 1994. In: LIBER amicorum Georges A.L.Droz. sur l’unification progressive du droit international privé. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996, p. 299-320, p. 302. Nádia de Araújo elenca (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 177-178) a evolução histórica das Convenções Interamericanas: A CIDIP I foi realizada no Panamá em 1975. Sua importância deve-se ao fato de ter sido o primeiro passo para a renovação do movimento uniformizador latino-americano. O principal objetivo da conferência foi desenvolver uma estrutura jurídica adequada em matéria comercial, para estimular o desenvolvimento dos processos de integração regional, aproveitando-se, na oportunidade, oito convenções sobre os mais diversos tópicos. A CIDIP II ocorreu em Montevideo em 1979, dando continuidade à trajetória iniciada no Panamá nas áreas de Direito Comercial e Processual Internacional. Uma de suas realizações mais importantes foi a Convenção sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que regula a base do sistema conflitual interamericano, sendo uma convenção única no seu gênero. A CIDIP III efetuou-se em La Paz em 1984, tendo sido aprovadas ali quatro convenções. Em 1989, a CIDIP IV foi realizada em Montevideo, com a adoção de três convenções: sobre restituição internacional de menores, alimentos e transporte internacional de mercadorias. E em 1994, realizou-se a CIDIP V, na Cidade do México, ao final da qual foram aprovadas duas convenções: a primeira sobre contratação internacional e a segunda sobre os aspectos civis e penais do tráfico de menores. A CIDIP VI realizou-se em fevereiro de 2002, em Washington D.C., nos Estados Unidos. Trouxe uma inovação ao aprovar leis-modelo e não mais convenções sobre normas de conflito. Das três leis-modelo aprovadas, destaca-se a Lei Modelo Interamericana sobre Garantias Imobiliárias.

²³² AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 40.

²³³ AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 39-40.

²³⁴ “Art. 9 Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual **mantenha os vínculos mais estreitos**. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do

Vê-se, portanto, que, diante da tradição brasileira pouco receptiva à autonomia das partes com relação à escolha do direito aplicável aos contratos, a Convenção do México mostra-se bastante apropriada²³⁶. Caso o país a adotasse, a autonomia da vontade passaria a vigorar em nosso país, de forma limitada, a exemplo do sistema contratual europeu. Da mesma maneira, diante da redação do artigo 11 da CIDIP V²³⁷, não estaria excluída a aplicação de normas imperativas do foro. Sem dúvida o sistema contratual da OEA não se mostra excessivamente liberal. Por isso, adotamos o entendimento de Fabiane Azevedo em sua dissertação de mestrado, no sentido da ratificação e promulgação da Convenção do México no país²³⁸. Tanto os magistrados, como, principalmente, os advogados e seus clientes não teriam mais de utilizar a omissão ou os subterfúgios para trabalhar com a contratação internacional no Brasil. E, em termos continentais, a aprovação da CIDIP V constituiria uma sólida contribuição no sentido de harmonizar as soluções e de remover a diferença existente na estrutura legal dos contratos internacionais²³⁹.

Não obstante, também o contrato apresenta variações, decorrentes de diversos fatores, dentre eles a necessidade de tutela das relações nas quais estejam presentes comerciantes e consumidores, onde a autonomia perde bastante seu terreno²⁴⁰. A principal virtude apontada pela doutrina à autonomia da vontade está em atender aos reais interesses das partes

contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.” (grifo nosso)

²³⁵ A doutrina ressalta (PARRA-ARANGUREN, *The fifth...*, p. 307) ter sido a Convenção do México extremamente influenciada pela Convenção de Roma.

²³⁶ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 118.

²³⁷ “Art. 11 Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro, quando revestirem caráter imperativo. Ficará à discricção do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos mais estreitos.”

²³⁸ AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 177.

²³⁹ PARRA-ARANGUREN, *The fifth...*, p. 319.

²⁴⁰ FRADERA, *O direito...*, p. 554.

envolvidas na relação²⁴¹, o que, muitas vezes, as conexões objetivas, tais como a da lei do lugar da formação ou a do lugar de execução do contrato, podem não realizar. Contudo, o real interesse das partes pode ser desvirtuado, na hipótese de envolver sujeitos vulneráveis, dando origem a abusos²⁴².

De fato, na contratação internacional com consumidores, a liberdade pode permitir à parte mais forte o reforço de sua posição, impondo a escolha de uma lei não-familiar ou menos favorável ao co-contratante²⁴³. Não resta dúvida de que essa escolha será feita freqüentemente por uma cláusula de adesão, à qual o consumidor nem prestará a devida atenção²⁴⁴. Contudo, ressalta-se existir uma tendência doutrinária em aceitar a lei decorrente da autonomia, no caso de apresentar grau mais alto de tutela do que a lei da residência habitual, embora se reconheça a dificuldade de se definir qual a lei mais favorável²⁴⁵.

Como a relação objetiva com a lei da residência habitual do consumidor não se apresenta suficiente para atender ao fim visado, a doutrina busca saber em que medida as vantagens dos vínculos subjetivos subsistem. Segundo Pocar, se não houvesse a autonomia da parte, não haveria a possibilidade de opressão de uma parte sobre a outra²⁴⁶. Traz como exemplo um fato ocorrido no final da Segunda Grande Guerra, em 1946, quando um bilhete de transporte marítimo de uma companhia de transporte americana continha, nas condições gerais do contrato concernentes à responsabilidade do transportador, a seguinte cláusula: no

²⁴¹ RAMOS, La protection..., p. 211.

²⁴² RAMOS, La Protection..., p. 212.

²⁴³ FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: rapport de synthèse. In: LA PROTECTION de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 615-653, p. 642-643, p. 643.

²⁴⁴ OVERBECK, Les questions..., p. 77.

²⁴⁵ OVERBECK, Les questions..., p. 77-78.

²⁴⁶ POCAR, La protection..., p. 361.

caso de conflito de leis, o navio e o transportador gozarão da proteção da lei que lhes for mais favorável²⁴⁷.

Essa não é a regra²⁴⁸, pois a realidade, especialmente nas hipóteses de contrato de adesão, demonstra que a parte que redige o contrato utiliza, inclusive, expressões flexíveis ou fórmulas obscuras e complicadas, a fim de mascarar a designação de uma lei que lhe é mais favorável, acarretando, assim, a opressão do fraco através de uma intenção até mesmo fraudulenta. Embora se sustente a importância da autonomia da vontade como elemento de conexão da contratualística internacional²⁴⁹, a tal ponto que se afirme ser crucial a escolha da lei aplicável à eficácia dos contratos internacionais²⁵⁰, também se percebe que, em nível internacional, a parte contratante hipossuficiente pode recair em prejuízos ainda maiores, caso o elemento de conexão se apresente calcado fundamentalmente na autonomia privada. Daí por que a existência de Diretivas da União Européia, a fim de proteger o contratante mais fraco nos contratos de *time-sharing*²⁵¹.

Conforme Fernández Arroyo²⁵², não se deve cogitar da autonomia da vontade nesse âmbito, considerando-se que se trata de hipótese na qual não existe livre consentimento. Entende não se poder considerar a adesão da parte à cláusula de eleição da lei como um consentimento substancialmente válido. Contudo, sustenta que a fórmula central não parece passar por evitar absolutamente a autonomia da vontade, mas apenas impedir que a eleição de

²⁴⁷ SIESBY. What law governs shipowner's liability for passenger's injury?" *Ark. F. Sjørett*, 1956-1959, p. 196. apud POCAR, *La proteccion...*, p. 372.

²⁴⁸ POCAR, *La protection...*, p. 372-373.

²⁴⁹ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 39.

²⁵⁰ Segundo João Grandino Rodas (RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-65, p. 30), Dumoulin foi o primeiro a referir que, nos contratos internacionais, os únicos limites à vontade das partes deveriam ser a ordem pública internacional e a própria capacidade das partes.

²⁵¹ Nesse sentido, ARAÚJO, *Direito...*, prefácio de Erik Jayme, p. 3. A respeito das diretivas de proteção do consumidor, MARQUES, *A insuficiente...*, p. 185-188.

um direito leve à inaplicabilidade de normas imperativas que seriam aplicáveis no caso de não existir a possibilidade de eleição. Não se deve problematizar a possibilidade de aplicação de mais de uma lei, contanto que se resguarde a aplicação dos critérios de proteção da lei normalmente aplicável. Destaca, portanto, que independentemente de se proibir ou não a autonomia para eleição do direito aplicável, as normas indiretas aplicáveis podem orientar-se materialmente à proteção do consumidor.

As soluções trazidas pelos países podem passar pela exclusão da autonomia das partes, quando se tratar de relações de trabalho ou de consumo²⁵³, isto é, quando houver a presença de vulnerável. Porém a exclusão radical da autonomia das partes para a escolha da lei aplicável ao contrato poderá evitar a possibilidade de o consumidor encontrar outras oportunidades, até mesmo mais favoráveis²⁵⁴.

Assim, a proibição absoluta da escolha da lei e a imposição da aplicação de uma lei em função de um elemento de conexão objetivo nem sempre terão como consequência a aplicação da lei mais favorável ao consumidor, já que a lei escolhida lhe poderá assegurar um maior nível de proteção. Daí o exemplo da Convenção de Roma que adotou, em seu artigo 5, uma restrição à autonomia da vontade em defesa da parte mais fraca e simultaneamente uma exceção no artigo 3²⁵⁵. Assim, de acordo com o artigo 3, a lei escolhida não deve reger o

²⁵² FERNÁNDEZ ARROYO et al. Modalidades, p. 1035.

²⁵³ POCAR, La protection..., p. 374.

²⁵⁴ POCAR, La protection..., p. 375-376.

²⁵⁵ “Art. 3. Liberdade de escolha. 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. 2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9, nem prejudica os direitos dos terceiros. 3. **A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a**

contrato na sua plenitude, garantindo ao consumidor que, nas situações previstas no artigo 5, sejam aplicadas as normas imperativas da lei com que o consumidor esteja familiarizado²⁵⁶.

Vê-se que a tendência mais geral advinda da prática comercial internacional consiste, então, em limitar a liberdade de escolha da lei aplicável, deixando, contudo, subsistir a relação representada pela vontade das partes. Opera-se apenas uma **restrição no domínio da lei aplicável indicada para reger a relação**, quando contradisser as regras imperativas da lei competente. Certamente essa tendência traz proteção ao consumidor, garantindo ao mesmo tempo a proteção dada pela lei objetivamente competente, bem como pelas vantagens decorrentes da possibilidade de designar a lei mais favorável²⁵⁷.

Por outro lado, as críticas oferecidas a essa solução são quanto à incerteza que traz à regulamentação dos contratos, caso em que pode ser difícil estabelecer, na prática, qual a lei mais favorável e verificar, no caso concreto, se a lei escolhida pelas partes contradiz as disposições imperativas do direito aplicável. Entretanto, essa comparação entre leis em análise e a preferência a alguma delas, de acordo com seu conteúdo material, permite mais facilmente atender a uma solução próxima da justiça. Dessa forma, busca-se uma solução que não exclua por completo a autonomia da vontade, e a segurança jurídica que ela traz, mas ao mesmo tempo garanta uma proximidade à justiça material²⁵⁸.

A escolha, assim, pode ser restrita a duas ou três leis identificadas pela regra de conflito. Dessa forma, todas as possibilidades de escolha podem ser limitadas, sendo a lei aplicável aquela designada por um critério objetivo imposto às partes. Propõe, assim, Pierre

aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por ‘disposições imperativas’.”

²⁵⁶ OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 190-191.

²⁵⁷ POCAR, *La protection...*, p. 382.

Mayer que seja feita uma redução da autonomia do indivíduo, deixando, contudo, que a mesma permaneça²⁵⁹. No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de Toniollo, mantendo-se a autonomia da vontade também nos contratos internacionais de consumo, porém a partir de determinados limites²⁶⁰. Refere-se, ainda, a doutrina mais recente de Cláudia Lima Marques²⁶¹, indicando a lei do domicílio do consumidor como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei limitadamente escolhida pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor.

Defende-se, portanto, a possibilidade de proteção do consumidor através da autonomia da vontade. De fato, a autonomia da vontade no âmbito das relações internacionais de consumo apresenta um duplo papel. Por um lado permite reconhecer o consumidor enquanto sujeito de direito nas relações internacionais, porém de outro também permite verificar a insuficiência do modelo liberal clássico do DIPr. Conforme posicionamento de Fausto Pocar, se não há autonomia, não há opressão. Em realidade, se não se reconhece ao indivíduo o poder de autodeterminação, não pode um indivíduo vir a oprimir o outro. Conforme se viu nas conexões objetivas analisadas, a discussão envolvendo o consumidor estava na possibilidade de a lei do fornecedor prevalecer, já que se presume que a lei mais próxima ao consumidor seja a ele mais favorável. Contudo, o problema das conexões objetivas está exatamente em limitar a possibilidade de as partes escolherem a lei que melhor convenha a seus interesses. Por isso, entende-se que, nas relações comerciais em geral, não resta dúvida de que autonomia deve prevalecer. Deve, portanto, o Brasil adotar a Convenção do México, buscando uma inserção internacional, com maior segurança e previsibilidade nas relações.

²⁵⁸ POCAR, La protection..., p. 383.

²⁵⁹ MAYER, La protection..., p. 517-518

²⁶⁰ TONIOLLO, La protección..., p. 102.

²⁶¹ MARQUES, *Confiança...*, p. 445.

Exatamente por possibilitar a opressão do fraco pelo forte, por outro lado, que se defende a autonomia da vontade nas relações privadas internacionais de consumo, porém de forma bastante restrita. Essa chamada dupla face da autonomia da vontade ficará ainda mais clara ao se constatar o paralelismo existente entre o direito material e o direito internacional.

a) *O paralelismo entre o direito material e o direito internacional*

De acordo com a concepção tradicional, os problemas de DIPr não constituem questionamentos de justiça material, considerando que a função da norma de conflito não é escolher a solução que melhor convenha, mas sim aquela que se aplica em virtude do caminho indicado pela própria norma²⁶². Segundo Savigny, o princípio da igualdade deveria não apenas conduzir ao tratamento igual do cidadão e do estrangeiro, mas igualmente às relações jurídicas em caso de conflitos de leis²⁶³. No direito internacional, denominado por Erik Jayme de clássico, essa harmonia de decisões é o ideal formal das soluções de conflitos de leis. A igualdade é assim garantida: a justiça não é um conteúdo diferente ao se transpor a fronteira do país²⁶⁴.

Contudo, quando se trata da proteção do consumidor, exige-se sempre uma interpretação a ele mais favorável, em virtude de sua vulnerabilidade. Soluções de caráter material passam a ser necessárias também no âmbito do DIPr²⁶⁵. E as soluções tradicionais dessa disciplina, assim como no direito privado, são essencialmente formais, desconsiderando-se os atores do processo, o que não se apresenta adequado na solução dos problemas em análise. Ressalta-se, assim, o paralelismo entre o direito material e o direito internacional privado²⁶⁶.

²⁶² ARAÚJO, *Contratos...*, p. 26.

²⁶³ SAVIGNY, *Sistema...*, p. 215-216.

²⁶⁴ JAYME, *Identité...*, p. 42-43.

²⁶⁵ POCAR, *La protection...*, 357-358.

²⁶⁶ POCAR, *La protection...*, p. 389.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Werner Goldschmidt²⁶⁷, em interessante trecho de sua obra, no sentido de que as **normas de eleição** ou normas indiretas se opõem às **normas de solução** ou normas diretas. Essa referida oposição, porém, não constitui obstáculo a relações, até mesmo íntimas, entre ambas as classes de normas. Destaca o autor que o DIPr distribui os casos jusprivatistas com elementos de estraneidade²⁶⁸, entre os diversos direitos privados. Essa distribuição não significa que não possa haver uma distribuição de leis também no espaço territorial de um mesmo Estado, isto é, um DIPr de origem nacional, com vigência no próprio Estado. A grande diferença é que as relações do DIPr – tal como concebido classicamente – não se dão com respeito ao direito privado de um determinado Estado, mas de todos os direitos privados. A fim, portanto, de constatar essa relação entre o DIPr e o direito privado material, vale observar o desenvolvimento da teoria do negócio jurídico.

O jurista alemão Hans Hattenhauer²⁶⁹, em obra característica acerca do desenvolvimento do voluntarismo nas relações contratuais, refere que “pessoa” e “coisa” são conceitos independentes. Porém, para que o homem entre em relação de direito com outras pessoas e possa usar as coisas em seu proveito, necessita de um terceiro conceito denominado “negócio jurídico”. Assim, o problema fundamental do direito em todas as culturas se centra em organizar essa relação, pois quaisquer delas necessitam de segurança jurídica e de previsibilidade nessa tarefa. Por exemplo, no passado, os germânicos utilizavam-se de gestos e palavras mágicas no momento em que realizavam uma promessa e as cumpriam com medo de que os deuses viessem a castigá-los. Entregavam seus bens ou, até mesmo, a própria liberdade por conta disso, pois o temor os impedia de deixar de cumprir o prometido. Com o tempo, esse temor desaparece e há necessidade de outro elemento que garanta essa

²⁶⁷ GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, p. 123-124.

²⁶⁸ Com relação ao elemento de estraneidade, destaca-se novamente a doutrina de Elhoueiss (ELHOUEISS, *L'élément...*p. 51).

²⁶⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Madrid: Ariel, 2000, p. 64-76.

estabilidade. Não foi definitivo o aparato coativo do Estado, montado para que houvesse o cumprimento das obrigações, mas sim “o valor, a força jurídico-vinculante da vontade, uma nova forma em que se apoiar essa segurança”²⁷⁰. Percebe-se, então, que nas relações contratuais, esse racionalismo-individualista traduziu-se no primado do voluntarismo nas relações contratuais.

Nesse sentido, refere-se o elemento verdadeiramente inovador da teoria do negócio jurídico, tal como foi exposta por Savigny, no sentido de atribuir à vontade um poder criativo de efeitos jurídicos. Assim, o problema da vontade cristalizou-se no dogma da vontade, porque constituiu tudo no negócio jurídico²⁷¹. Vê-se, pois, que a vontade, a autodeterminação, assumiu um papel sacralizado. Nesse momento, não é a coação que permite o cumprimento dos acordos, mas a crença na autodeterminação da vontade: reina o binômio liberdade e responsabilidade. Os menores de idade e os enfermos mentais, nos códigos civis oitocentistas, não podem se autodeterminar, já que não têm essa consciência. A partir dessas doutrinas voluntaristas, então, o negócio jurídico é geralmente qualificado ou definido como ato de autonomia privada, **conceito central e meio da sua efetivação**²⁷².

Contudo, acontecimentos decorrentes, principalmente, da Revolução Industrial, levaram à crise do modelo jurídico liberal. Com efeito, várias foram as transformações sociais trazidas da industrialização, e algumas importam referir devido às suas repercussões jurídicas²⁷³: a **urbanização**, consequência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento

²⁷⁰ HATTENHAUER, *Conceptos...*, p. 64.

²⁷¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. 1, p. 70.

²⁷² HATTENHAUER, *Conceptos...*, p. 66.

²⁷³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70-71.

econômico (de base industrial) propiciou, e a **progressiva concentração capitalista**, decorrente essencialmente da concorrência econômica e da luta pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição. E o resultado de tudo encontra-se na massificação da sociedade, isto é, nas cidades transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com produção em série; nas comunicações, com jornais, rádio, televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas, enfim, nas relações de consumo, com contratos padronizados e de adesão.

Dessa forma, no terreno da autonomia privada e das relações contratuais, por exemplo, constatou-se que os negócios, que antes eram realizados apenas por determinadas pessoas, estipulando cada uma as cláusulas que desejassem, passaram a ser muitos, agora realizados aos montes e, devido à crescente demanda, como por exemplo, nos negócios de locação, ou de compra e venda a prazo, há necessidade de agilizá-los. Surge, então, uma nova técnica, os chamados contratos de adesão²⁷⁴. A partir dessa técnica, as cláusulas contratuais são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro mais forte. Há uma oferta uniforme e de caráter geral, para um número indeterminado de futuras relações negociais, e seu modo de aceitação se dá através da simples adesão à vontade manifestada pelo economicamente mais forte²⁷⁵.

O professor Arnoldo Wald²⁷⁶ estabeleceu interessante relação entre o contrato no passado e no presente. Afirma que, no passado, era uma espécie de ilha, independente e alheia aos acontecimentos, sempre a prevalecer sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Com as mudanças sociais, transforma-se em bloco de direitos e obrigações de

²⁷⁴ MARQUES, *Contratos...*, p. 65.

²⁷⁵ MARQUES, *Contratos...*, p. 65.

²⁷⁶ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 43-49, 2000, p. 46.

ambas as partes. Dessa forma, então, em vez de irrevogável, o contrato torna-se dinâmico, ao qual as partes buscam adequar-se para que ele possa sobreviver.

Diante desse quadro, percebe-se que a era de estabilidade e segurança encontrou-se fortemente atingida pelos movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes no século XIX, que aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela Primeira Guerra Mundial, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, a partir dos anos 20, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia²⁷⁷.

Funcionando como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade do sujeito agir com intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem, a autonomia privada não se apresenta mais, contudo, como poder originário²⁷⁸. Derivada do ordenamento jurídico estatal, que a reconhece, é exercida nos limites por ele fixados. Portanto, com o propósito de dar ao equilíbrio social um sentido mais humano e moralizador, conduziu-se a política legislativa, primeiramente nos países europeus, posteriormente no Brasil, para vigorosa limitação da autonomia privada, o que acabou levando à criação de novas figuras jurídicas, que excederam o modelo clássico de contrato e impulsionaram a necessidade de revisão do seu próprio conceito²⁷⁹.

No entendimento de Karl Larenz²⁸⁰, o autor Rudolf von Jhering, na obra “*Der Zweck in Recht*”, apresenta o mérito histórico de, muito antes da maioria dos seus colegas, ter sentido as insuficiências da pandectística contemporânea e ter chamado a atenção desta para os

²⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3

²⁷⁸ AMARAL NETO, A autonomia..., p. 11.

²⁷⁹ GOMES, *Transformações...*, p. 6.

²⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1983, p. 51.

problemas do seu tempo, deslocando o eixo do problema do legislador, como pessoa, para a sociedade, como grandeza determinante²⁸¹. Dessa forma, então, Jhering, afirma que a chamada jurisprudência dos conceitos²⁸², que discutia a norma jurídica por ela mesma já não mais servia, pois cada norma jurídica deveria possuir conteúdo determinado, em função e em benefício da sociedade, razão de existência da norma²⁸³.

São palavras de Jhering:

A norma existe em virtude de um fim, que é a sociedade, para resolver os problemas que nela surgem, para servi-la. [...] Não há ninguém que possa dizer: este direito o possuo exclusivamente para mim, sou amo e senhor dele, e a lógica jurídica impede que a sociedade jurídica ponha limites ao exercício do meu direito.²⁸⁴

Seguindo os passos de Jhering, Otto Von Gierke, em 1899, desenvolve um trabalho chamado “A Função Social do Direito Privado”. Citando Jhering, o autor apresenta-se como apologista das reformas sociais, deferindo cerrada crítica ao Projeto de Código Civil Alemão que estava sendo elaborado. Particularmente contra seu individualismo, afirma que a liberdade ilimitada de contratar arruína a si mesma, pois constitui uma arma formidável nas mãos do forte contra o fraco, convertendo-se em meio de opressão de uns pelos outros²⁸⁵. Assim acaba por concorrer para que se instalassem no BGB as famosas gotas de óleo social²⁸⁶. Ao aprimorar as idéias de seu precursor, introduz a noção de direito junto de dever.

²⁸¹ LARENZ, *Metodologia...*, p. 55.

²⁸² O autor suíço Vischer refere (VISCHER, *The Antagonism...*, p. 11) que o valor da certeza no âmbito jurídico está teoricamente ligada à doutrina da jurisprudência dos interesses.

²⁸³ LARENZ, *Metodologia...*, p. 58.

²⁸⁴ JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 258.

²⁸⁵ GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Tradución José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Editorial Española, 1904, p. 40.

²⁸⁶ GOMES, *Transformações...*, p. 02.

Conforme suas palavras, “o direito privado também parece que deve partir deste ponto ‘Não há direito sem dever’²⁸⁷ .

A partir, principalmente, da experiência das duas Guerras Mundiais – grandes golpes ao princípio liberal-individualista – os juristas europeus passaram a perceber que os problemas das relações econômicas não mais interessavam somente aos indivíduos, mas também ao Estado e às demais comunidades²⁸⁸. Nesse período, constatou-se que o princípio liberal da igualdade de todos perante a lei restava inócuo, pois tal igualdade apresentava-se apenas formal. Já no campo material, as desigualdades tornavam-se cada vez mais gritantes e profundas. Em termos contratuais, a liberdade sem freios levou os segmentos sociais mais carentes de recursos e, por isso mesmo, de poder de confronto e negociação, a acentuados desníveis econômicos, chegando-se, muitas vezes, à miséria²⁸⁹.

Passou-se, então, a discutir um direito de cunho mais social, isto é, um conjunto de regras que socorressem os mais fracos e desarmassem os mais poderosos. Para alcançar tal objetivo, foi preciso recorrer a uma força superior a todos, à força do Estado. E esta força, ao intervir nas relações privadas, alterou o direito privado, que, segundo alguns²⁹⁰, não pôde deixar de ceder passo às regras do direito público, ou seja, a publicização apresentou-se como um meio de tornar social o direito.

Fala-se, então, em crise: crise do negócio jurídico, crise da doutrina do negócio jurídico, crise do contrato, crise do direito contratual, declínio, morte do contrato²⁹¹. Começam, assim, a surgir formas de combate aos excessos do voluntarismo. A teoria da

²⁸⁷ GIERKE, *La función...*, p. 28.

²⁸⁸ MIRANDA, *Comentários...*, p. 114.

²⁸⁹ AMARAL NETO, *A autonomia...*, p. 18.

²⁹⁰ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960, v. 1, p. 246.

declaração é o primeiro resultado: seus partidários afirmavam que a vontade interna nada significaria sem a exteriorização, o que faria desta, não mero acidente, mas verdadeira essência do negócio. Logo, sobrepassando à vontade, estava a declaração, pois ela era o elo decisivo entre a vontade e as obrigações novas.

Refere Couto e Silva²⁹² que, em sua concepção clássica, a essência do negócio jurídico estaria na vontade, de tal sorte que os seus vícios deveriam acarretar a nulidade e não a simples anulabilidade do negócio. Essa concepção, de fato, estava adequada à primeira metade do século XIX, quando a proteção do terceiro não era objeto de consideração na teoria do negócio jurídico ou, pelo menos, não tinha essa orientação grande número de seguidores. A partir da teoria da declaração, passou-se a se distinguir a vontade, como fenômeno interior, da sua exteriorização. E a concordância da vontade com a declaração não foi mais considerada algo ocasional, mas necessário. Verifica-se, pois, que, a partir da teoria da declaração, já se percebe um início de preocupação para com o outro e o início de um longo caminho em direção à idéia de cooperação contratual. Embora a teoria da declaração tenha surgido, num primeiro momento, como contrária à teoria da vontade, hoje já se reconhece que ambas as teorias mantêm uma ligação íntima com o dogma da vontade. Vicente Ráo²⁹³ refere que vontade e declaração nada mais são do que pólos do mesmo fenômeno. Ao imperar a vontade interna, estar-se-ia sujeito a um subjetivismo unilateral, enquanto que a verdade estaria em considerar a vontade de ambas as partes.

Assim, as críticas, continuando o processo de evolução do negócio, já não são apenas dirigidas à teoria da vontade, mas sim às concepções voluntaristas de negócio jurídico. Emílio

²⁹¹ ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, p. 40.

²⁹² COUTO E SILVA, Clóvis do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 3-64, 1983, p. 9.

Betti²⁹⁴, por exemplo, argumenta que a essência normativa do negócio foge completamente da qualificação pouco precisa dada pela vontade e que essa qualificação não pode receber valor científico de uma rigorosa construção conceitual, enquanto baseada num fundamento de tantos sentidos, tão “polissêmica” quanto a vontade: “[...]a vontade como fato psicológico meramente interno apresenta-se como inconcebível e incontrollável, [...] pertence unicamente ao âmbito interno da consciência individual.”²⁹⁵

Segundo o Professor Clóvis do Couto e Silva²⁹⁶, que analisa profundamente as teorias de fundamentação objetiva do negócio, não causa espécie que alguns juristas chegassem até mesmo a sustentar, dentro desse quadro de crítica e crise do dogma voluntarista, não pertencer a vontade ao conteúdo dos atos jurídicos, assim como Oskar Bülow²⁹⁷. A tônica de toda a construção de Bülow, um dos precursores da objetivação, está posta no preceito, no regramento, ou no ordenamento resultante do negócio jurídico, não desconhecendo, porém, que, como espécie dos atos jurídicos, o negócio jurídico supõe um relacionamento com a vontade²⁹⁸. Essa vinculação com a vontade diz respeito, entretanto, à gênese e não ao conteúdo do negócio jurídico. Assim, a vontade, para Bülow, é um órgão que coopera com o direito objetivo, faltando-lhe, em consequência, a força de constituir, por si só, um ato jurídico. A teoria de Bülow ficou, contudo, após o advento do *BGB*, praticamente sem seguidores, até que lhe deram vigoroso impulso Karl Larenz, na Alemanha, e Emilio Betti, na Itália.

²⁹³ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 179.

²⁹⁴ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1994, p. 64-65.

²⁹⁵ Tradução livre (BETTI, *Teoria...*, p. 55): “[...] *la volontà come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa de per sé inafferrabile e incontrollabile, [...] appartiene unicamente al foro interno della coscienza individuale*”.

²⁹⁶ COUTO E SILVA, Para uma..., p. 11.

²⁹⁷ No mesmo sentido, ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, p. 231.

²⁹⁸ COUTO E SILVA, Para uma..., p. 12-13.

A teoria preceptiva de Emílio Betti salienta o aspecto instrumental do negócio jurídico e constitui o ponto máximo de sua objetivação²⁹⁹. O negócio constitui, assim, um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante³⁰⁰. Então, na medida em que o ordenamento jurídico institui o negócio como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais, criadas por via legislativa ou consuetudinária, ou através de normas criadas pela via jurídico-negocial. O autor italiano inicia sua obra defendendo que o papel dado à vontade pela pandectística não havia ocorrido da mesma maneira em Roma. E é claro que não, daí a excelência dos argumentos de Hattenhauer: antes dos modernos havia o caráter mítico dos deuses, o qual, posteriormente, desaparece. Deveria, pois, haver outro fundamento:

a qualificação do negócio como “declaração de vontade” [...] qualificação doutrinária, a qual permanece monopólio dos tratadistas teóricos e não é penetrada no uso vivo da linguagem, deriva da pandectística alemã do século XIX vinculada ao dogma da vontade (De Savigny a Windscheid) e é resultado da interpretação arbitrária das fontes romanas.³⁰¹

Dessa forma, a vontade não é o conteúdo do ato de autonomia privada, mas tão-somente sua fonte geradora. Os negócios são atos socialmente relevantes. Todos ressaltam o caráter de norma que é autorizada, ou seja, autonomia privada enquanto momento de auto-regulação reconhecida pelo ordenamento. Ao referir-se ao conteúdo do negócio, constata que ele contém uma situação, uma disposição, um preceito da autonomia privada em ordem a um interesse concreto: interesse com vistas a obter uma eficácia constitutiva³⁰².

²⁹⁹ SILVA, Para uma..., p. 15.

³⁰⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11-12.

³⁰¹ Tradução livre (BETTI, *Teoria...*, p. 58): “la qualifica del negozio come “dichiarazione di volontà” [...] qualifica dottrinaría, ché è rimasta monopolio dei trattatisti teorici e non è penetrata nell’uso vivo della línguaci deriva daí pandettisti tedeschi del secolo XIX aderenti al dogma della volontà (da Savigny a Windscheid) ed è risultato de uma elaboração alquanto arbitraria delle fonte romane.”

³⁰² COUTO E SILVA, Para uma..., p. 27-28.

A teoria preceptiva de Betti foi radical. O ponto de partida está na diferença entre a competência normativa, do ordenamento jurídico, e a competência dispositiva, faculdade das partes. A competência normativa relaciona-se com os efeitos jurídicos que o ordenamento jurídico outorga aos atos dos particulares; a competência dispositiva, à faculdade que estes últimos detêm de realizar os seus atos jurídicos³⁰³. Assim, para Betti, o importante não é a vontade e, sim, o preceito ou, como prefere denominar, o auto-regulamento de interesses privados que caracteriza o negócio jurídico³⁰⁴.

Parece a Antônio Junqueira Azevedo³⁰⁵ que as concepções objetivas do negócio pecam pelo mesmo unilateralismo das concepções subjetivas. A transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial, na medida em que a expressão “negócio jurídico” implica sempre um “*jubere*” que o negócio jurídico não possui. Para Luís Renato Ferreira da Silva³⁰⁶, as teses preceptivas mantêm a vontade vinculada ao sujeito do qual emana. A atuação da autonomia reduz-se à submissão, dentro daquilo que a lei não impede, dos atos da vida jurídica ao que as partes integrantes do negócio desejam. Percebe-se, portanto, que, na visão da doutrina analisada, nem mesmo as teorias mais **objetivistas conseguiram elidir a vontade do fundamento dos negócios.**

Com efeito, a vontade constitui o fundamento de vinculação jurídica dos indivíduos, especialmente devido à certeza e à segurança que proporciona. No plano internacional, embora a aceitação da vontade como fundamento de determinação dos indivíduos no plano internacional tenha levado bem mais tempo para se afirmar, não resta mais dúvida que a vontade constitui o principal critério de indicação da lei aplicável aos contratos

³⁰³ BETTI, *Teoria...*, p. 49-50.

³⁰⁴ BETTI, *Teoria...*, p. 56.

³⁰⁵ AZEVEDO, *Negócio...*, p. 12/3.

³⁰⁶ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18.

internacionais³⁰⁷. Assim, conforme se depreende da lição de Antonio Boggiano, em seu Curso de Haia, o caminho que se percorreu para o reconhecimento da autonomia da vontade no plano interno dos contratos não é diferente daquele que se trilhou em nível internacional. A busca pela certeza, segurança e previsibilidade foi a mesma³⁰⁸.

Com surgimento atribuído a Dumoulin³⁰⁹, a vontade das partes como determinante da lei aplicável ao contrato proporciona confiança, certeza, segurança e previsibilidade nas relações entre particulares. Para Savigny, um dos pandectistas que operacionalizou a autonomia da vontade, o lugar do cumprimento do contrato é sempre determinado diretamente pela vontade das partes, de forma expressa ou tácita³¹⁰, e esse lugar determina a jurisdição especial da obrigação, que decorre sempre de uma submissão livre³¹¹. Nesse sentido, vale referir que, em sua obra, ao desenvolver o estudo do DIPr, afirma fortemente a importância do indivíduo na sistematização de seu estudo:

[...] que a pessoa é sem dúvida o objeto próximo e imediato, sobre o qual impera a regra jurídica: acima de tudo na sua existência geral, como sujeito de todos os direitos, pois também a pessoa enquanto no maior número dos casos e nos mais importantes, com a sua liberdade, produz e concorre para produzir as relações jurídicas.³¹²

³⁰⁷ RODAS, *Elemento...*, p. 30.

³⁰⁸ BOGGIANO, *The contribution...*, p. 161.

³⁰⁹ ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 4 ed. Paris: Dalloz, 2001, n. 15 – *Epoux Zelcer c. Schwab*, p. 134. No mesmo sentido, n. 11, *American Trading Co. c. Québec Steamship Co.*, p. 101.

³¹⁰ Amílcar de Castro (CASTRO, *Direito...* p. 437-438) destaca que se deve distinguir autonomia da vontade de submissão voluntária. Segundo o autor, Savigny referia-se à segunda, entendendo que o indivíduo tem, por exemplo, a liberdade de fixar, ou não, domicílio em determinada nação, mas, desde que o fixa, submete-se voluntariamente ao direito aplicável aos domiciliados; outro exemplo: qualquer pessoa pode, ou não, adquirir imóveis em determinado país, mas, se os adquirir, submeter-se-á voluntariamente ao direito de propriedade desse país; qualquer pessoa, em vez de contratar no próprio lugar de seu domicílio, pode preferir realizar o contrato em país estrangeiro, e então se submeterá voluntariamente ao direito desse país. Mas, em qualquer destes exemplos, a pessoa não escolhe o direito; somente pratica o ato de que depende a aplicação do direito. Então é nesse sentido de submissão voluntária, segundo o autor mineiro, que se fala de autonomia da vontade na esfera do DIPr, na lição de Savigny.

³¹¹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Tradução Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico, 1896, v. 8, p. 207-208.

³¹² Tradução livre (SAVIGNY, *Sistema...*, p. 17-18): “[...] che la persona è senza dubbio l’oggetto prossimo e immediato, su cui impera la regola giuridica: e innanzi tutto la persona nella sua esistenza generale, come

Já Nádia de Araújo³¹³ traz uma importante distinção, no sentido de enquadrar a autonomia da vontade no DIPr como expressão de direitos de cunho subjetivo ou objetivo, de forma paralela à discussão subjetivista e objetivista de fundamentação do negócio. Ocorre que no período em que não se encontrava positivada nas legislações jusprivatistas internacionais, foi caracterizada como expressão dos direitos subjetivos, no sentido de que a escolha das partes da lei aplicável ao contrato internacional é parte integrante de seus direitos subjetivos. A vontade das partes confere força obrigatória às disposições legislativas. Vê-se, pois, que se trata exatamente da transposição da teoria da vontade na formação dos contratos para o plano internacional. Assim, enquanto para a teoria da vontade no plano da formação dos contratos é a vontade que dá força obrigatória aos contratos³¹⁴, no plano das relações internacionais é a força obrigatória da vontade que faz valer as disposições legislativas de determinado ordenamento.

Conforme se observou, contudo, o desenvolvimento da indústria, da urbanização, dentre outros fatores, permitiu observar que a desigualdade econômica entre as partes contratantes levava à opressão do mais forte sobre o mais fraco, acarretando a necessidade de intervenção do legislador para corrigir e regular essas diferenças. Acreditou-se na necessidade de diminuição da liberdade contratual. Surgem, então, as concepções objetivistas, que defendem a primazia da lei, cabendo-lhe delimitar o império da vontade, ao estabelecer os seus limites. Por isso, Batiffol, ao filiar-se aos objetivistas, refere que a aceitação da autonomia da vontade decorreu da escolha do direito positivo em valorizá-la³¹⁵. Verifica-se que a objetivação na fundamentação da autonomia da vontade nas relações privadas

soggetto di tutti i diritti; poi anche la persona in quanto nel maggior numero dei casi e nei più importanti con i suoi liberi atti produce o concorre a produrre i rapporti giuridici.”

³¹³ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 48/50.

³¹⁴ AZEVEDO, *Negócio...*, p. 12/3. No mesmo sentido, SILVA, *Revisão...*, p. 18; MARQUES, *Contratos...*, p. 62-63.

³¹⁵ BATIFFOL, *Traité...*, p. 663.

internacionais seguiu o mesmo caminho observado para as relações contratuais ocorridas nas fronteiras de um mesmo ordenamento jurídico.

A mesma autora carioca refere que, na atualidade, há igualmente duas posições quanto ao enquadramento da autonomia da vontade: para os partidários da tese subjetivista, a vontade tem por finalidade descartar certas disposições imperativas da lei normalmente aplicável; enquanto para os objetivistas, a vontade teria uma função de conexão, constituindo, na verdade, um indício da localização da lei eleita pelas partes para reger o contrato³¹⁶. De qualquer maneira, menciona que atualmente a discussão sobre a legitimação da autonomia da vontade perdeu muito de seu atrativo, na medida em que convenções internacionais permitiram expressamente essa faculdade às partes na escolha da lei contratual³¹⁷.

Relativamente ao caminho percorrido até a positivação do Princípio da Autonomia da Vontade, nos países de tradição Romano-Germânica, ressalta-se a importância da posição adotada pela jurisprudência para a afirmação do princípio como regra de conexão aos contratos internacionais. O marco encontra-se no caso julgado pela Corte de Cassação Francesa em 1910, *American Trading Co.*³¹⁸. Nesta decisão, finalmente a jurisprudência afirmou que a lei aplicável aos contratos seria aquela que as partes haviam adotado. Enquanto isso, o princípio começava a ser aceito por outros tribunais europeus, até, finalmente, ser positivado, com o inegável auxílio da doutrina, pela Convenção de Roma de 1980³¹⁹.

³¹⁶ POMMIER, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat em droit international privé conventionnel*. Paris: Econômica, 1992, p. 51 apud ARAÚJO, *Contratos...*, p. 48-50.

³¹⁷ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 50.

³¹⁸ ANCEL; LEQUETTE, *Les grands...*, p. 97-105.

³¹⁹ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 64.

A adoção da autonomia da vontade nas relações contratuais internacionais deu-se também nos países da *Common Law*, a exemplo do Estados Unidos. A partir do *Restatement Second*³²⁰, os americanos adotam o princípio. Assim, o sistema passou a ter duas regras: a primeira, a de que as partes podiam escolher a lei aplicável ao contrato, e a segunda, na falta de escolha, seria aplicável a lei do Estado com o qual o contrato e as partes possuísem a relação mais significativa. Contudo, essa escolha da lei aplicável não estava de todo privada de limites. O *Restatement Second* estabeleceu que as partes não poderiam escolher uma lei que não tivesse qualquer relação com o contrato³²¹.

Nas Américas³²², a adoção do Princípio da Autonomia da Vontade, em nível continental, deu-se através da mencionada CIDIP V³²³. No âmbito das Convenções internacionais, de maneira geral, a aceitação do princípio é ampla: Convenção de Roma, 1980; Viena, 1980; Convenções sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corporais, de 1955, e lei aplicável aos contratos de vendas de internacional de mercadorias, 1986, ambas realizadas sob os auspícios da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado; e CIDIP V³²⁴.

³²⁰ Definição de *restatement* segundo Black's Law Dictionary, Sixth Ed., 1991, p. 1.313: "a series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors (who are leading scholars in each field covered) think this change should take". Informação trazida por SOUZA JÚNIOR, Os princípios..., p. 428, nota de rodapé n. 3.

³²¹ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 69/75.

³²² Especificamente em relação aos países do Mercosul, a doutrina (SOUZA JÚNIOR, Os princípios..., p. 436-439) menciona a ausência do Princípio da Autonomia da Vontade em seus ordenamentos.

³²³ Nesse aspecto, vale referir a preocupação de Nádia de Araújo (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 8), no sentido de a codificação do DIPr constituir um dos fatores imprescindíveis para se atingir a integração econômica: sem uma uniformização jurídica não se pode fazer uma integração econômica ou política, sendo necessário garantir uma base normativa comum. Acerca da contribuição das organizações internacionais ao desenvolvimento progressivo do direito internacional, em especial da Organização dos Estados Americanos, veja-se TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 669-672.

³²⁴ ARAÚJO, *Contratos...*, p. 48-49. Com relação à CIDIP V, destaque-se, ainda, que, além do Brasil, ela também foi assinada pela Bolívia, Uruguai e Venezuela na data de sua conclusão, 17 de março de 1994. Já o México, país-sede da conferência, firmou-a em 27 de novembro de 1995. Até 12.07.03, a convenção

De fato, pois, ao permitir a segurança e a previsibilidade das relações jurídicas, a autonomia da vontade facilita a fluidez do tráfego negocial no comércio internacional³²⁵. Contudo, repisa-se, da mesma maneira como ocorre nas contratações em nível nacional, no momento de determinação do conteúdo das cláusulas contratuais, ao permitir-se a escolha da lei aplicável a um contrato internacional de consumo, pode-se patrocinar injustiças. Se houver um desequilíbrio de poder negocial dos contratantes, a autonomia da vontade na escolha da lei que deve regular o contrato nem sempre assegurará ao contratante mais fraco uma verdadeira liberdade de escolha³²⁶. Em geral, a doutrina aponta como necessária a limitação da autonomia da vontade em contratos internacionais que envolvam partes tipicamente fracas³²⁷.

Independentemente, porém, de sua aplicação nas relações de consumo internacional, não se pode deixar de reconhecer o papel transformador da autonomia da vontade no DIPr, permitindo a valorização do indivíduo e de suas diferenças³²⁸. Somente se passou a perceber a necessidade de o DIPr esquecer os formalismos da regra de conexão tradicional, através do reconhecimento do poder conferido aos indivíduos em determinarem a lei que lhes seja mais favorável. Se não tivesse sido aceito o Princípio da Autonomia das Partes, não se teria notado, igualmente, a necessidade de proteger, em situações excepcionais, o vulnerável. O método tradicional e mecânico³²⁹ é superado através do primado da vontade. De fato, o primado da

mencionada havia sido ratificada pela Venezuela (22.07.95) e pelo México (20.10.96), tendo entrado em vigor em 15.11.96, conforme previsto no art. 28 do estatuto. Nesse sentido, AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 126

³²⁵ MARQUES, *Some recent...*, p. 22/3. No mesmo sentido, OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 185.

³²⁶ OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 188-189.

³²⁷ BOGGIANO, *The contribution...*, p. 138. Nesse sentido vale também referir que a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, de 1986, ainda sem vigência, limita a aplicação da autonomia da vontade aos contratos envolvendo consumidores: “Article 2 “*The Convention does not apply to [...] c) Sales of goods bought for personal, family or household use; it does, however apply if the seller at the time of the conclusion of the contract neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use.*” Por outro lado, CIDIP V, ao estabelecer a autonomia da vontade como principal elemento de conexão da lei, não coloca qualquer limitação ao seu uso em contratos realizados com consumidores.

³²⁸ JAYME, *Visões...*, p. 25.

³²⁹ A respeito do tema, ver AUDIT, *Le droit...*, p. 423; DROZ, *Regards...*, p. 34.

vontade da parte mais forte oprime³³⁰, mas sem ter ocorrido essa experiência, não se permitiria excetuar o sistema de DIPr para a proteção do mais fraco.

Além disso, conforme Bernard Audit³³¹, quando a regra de conflito faz da vontade das partes a conexão, ela não realiza uma função unicamente localizadora: a adoção da autonomia procede da idéia de se mostrar mais conforme aos interesses das partes, em todas as matérias, inclusive no comércio internacional em matéria puramente contratual. Assim, embora não se trate de justiça material pura, se deixa aos indivíduos a tarefa de escolher qual a lei mais apropriada para reger a relação³³².

Portanto, pode-se afirmar que a autonomia da vontade no DIPr também representa a afirmação do indivíduo perante o Estado³³³. Seu reconhecimento foi o primeiro passo no sentido de valorizar o indivíduo no DIPr, e não simplesmente a lógica das nações. Se o individualismo não tivesse se desenvolvido na órbita internacional, não teria sido possível reconhecer que entre os indivíduos há conflitos e que as nações nada mais são do que um conjunto de pessoas, não podendo haver tanta diferença entre as nações e os indivíduos. As nações são um conjunto de pessoas agindo, por isso os valores pessoais, individuais, de dignidade de todos os indivíduos, devem ser reafirmados.

Da mesma maneira como no plano interno, os direitos fundamentais têm promovido uma aproximação do direito público e do direito privado – a exemplo da chamada constitucionalização do direito privado³³⁴ – no plano internacional, a proteção dos direitos

³³⁰ NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des IPR*, 1962, p. 172 apud MARQUES, *A insuficiente...*, p. 158.

³³¹ AUDIT, *Le droit...*, p. 424-425.

³³² AUDIT, *Le droit...*, p. 425.

³³³ JAYME, *Identité...*, p. 54.

³³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. Análisis crítica de la autonomía privada contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 5-19, abr./jun. 1995, p. 11. No mesmo sentido, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A

humanos tem promovido uma aproximação e a quebra de barreiras entre o direito internacional público e o direito internacional privado³³⁵: a pessoa humana constitui o centro do direito³³⁶. Veja-se que Savigny, no século XIX, já começava a perceber essa realidade³³⁷, porém certamente sem os matizes da diferença que somente são destacadas na pós-modernidade, com o advento do consumo³³⁸.

Em realidade, houve momentos absolutamente estranhos a considerações materiais na história da disciplina. As questões de conflitos encerravam problemas puramente jurídicos, ou melhor dito, técnicos, abandonando as decisões a um pequeno grupo de especialistas. Contudo, sobrevieram as contestações³³⁹. Sobreleva-se, então, a crise do modelo jurídico construído com base no liberalismo. Com efeito, embora com “características bem marcadas”³⁴⁰, o direito decorrente da Modernidade possui tendências contraditórias: longe de ser um direito desejado por indivíduos livres no seio de uma sociedade contratual, o direito moderno apresenta-se mais como um direito essencialmente hierárquico, gerado por um

constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, TEPEDINO, *Temas...*; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas, análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência do Direito*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

³³⁵ JAYME, Identité..., p. 37. Nesse sentido, o mesmo autor (JAYME, Identité..., p. 51-54), ao observar a tendência norte-americana em referir os direitos fundamentais como argumento para resolver os litígios internacionais, bem como ao analisar alguns casos da Corte Constitucional alemã, constata a importância dada à defesa dos direitos do homem na atualidade. Percebe que o valor centra-se, volta-se ao indivíduo. De fato, em perspectiva histórica, os regimes e mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos constituem fenômeno de evolução relativamente recente. Há cerca de quatro décadas era objeto de preocupação corrente dos internacionalistas da época a restauração do direito internacional em que viesse a se reconhecer a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. É certo que persiste em nossos dias uma brecha ou distância entre o progresso normativo e a realidade dos direitos humanos nos planos tanto global quanto regional, mas como já bem se ponderou (TRINDADE, Caçado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 90, p. 233-288, abr./jun. 1986, p. 283-284): “sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa”. A respeito do tema, especialmente na área contratual, veja-se, ainda, FRADERA, *O Direito...*, p. 556.

³³⁶ A respeito do tema, verifica-se, também PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 5 ed., São Paulo: Max Limonad, 2002; TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, v. I, 1997.

³³⁷ Essa percepção comprova-se, quando o autor ressalta (SAVIGNY, *Sistema*, p. 17-8) que o indivíduo é o objeto principal das relações jurídicas.

³³⁸ LYON, *Posmodernidad...*, p. 108.

³³⁹ RAMOS, *La protection...*, p. 197.

³⁴⁰ OPPETIT, *Droit...*, p. 7-8.

fenômeno de poder e elaborado por uma tecnocracia política, normativista e decisionista. Relativamente ao movimento da codificação, por exemplo, constata-se que foi somente parcial, alimentando uma decodificação nas suas próprias entranhas. Os códigos, ao buscarem a redução sistemática do direito à lei, impuseram-se apenas limitadamente³⁴¹.

Diante do exposto, pode-se entender pela dupla face da autonomia da vontade no DIPr. O caminho percorrido pelo princípio no âmbito do direito privado material não foi diferente do percorrido no direito internacional: ao mesmo tempo em que se dá ao indivíduo a capacidade de autodeterminação, também se percebe que os indivíduos não são todos iguais. Todos os seres humanos precisam ser respeitados enquanto tais. Exatamente por isso que, em determinadas situações, o direito precisa encontrar novas soluções e intervir de maneira a proteger os mais fracos: a diretriz passa a ser os indivíduos socialmente considerados. As causas da vulnerabilidade do consumidor, portanto, no plano das relações internacionais de consumo, advém da mecanicidade do método clássico do DIPr, incapaz de solucionar desigualdade material entre os sujeitos de direitos. Buscam-se, assim, as soluções.

³⁴¹ CLAVERO, Codificación..., p. 121.

II – OS REMÉDIOS PARA A SUPERAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSUMO

Ao direito clássico, característico da sociedade moderna³⁴², adveio um direito novo, reflexo da pós-modernidade³⁴³. Assim, considerando-se que a construção desse novo paradigma³⁴⁴ resulta da crise do seu antecessor, duas são as análises explicativas sobre o tema³⁴⁵. Para alguns, a crise da modernidade se traduz essencialmente em colocar em evidência alguns perigos que estavam no âmago da sociedade moderna. A pós-modernidade deve, assim, ter a ambição de corrigir esses desvios, abrindo os horizontes ao significado da coletividade e tentando reencontrar as duas dimensões originárias da modernidade: a racionalidade e a subjetividade. A partir dessa primeira perspectiva, a pós-modernidade torna-se uma modernidade mais autêntica ou uma “hiper-modernidade”³⁴⁶.

Para uma segunda linha, ao contrário, a pós-modernidade representa uma autêntica ruptura com modernidade, exatamente pela perda da crença na razão e na ciência. A pós-

³⁴² OPPETIT, *Droit...*, p. 3.

³⁴³ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 660. Na lição de Erik Jayme sobre o direito comparado (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999, p. 27-28), constata-se que o direito comparado moderno perseguia o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa nos diversos sistemas de direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, as diferenças. Igualmente, enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante das normas jurídicas, o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro: menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu, e sim, mais, para o atual, para o contemporâneo, cujo destino histórico e permanência ainda são incertos. Assim, na pós-modernidade, o comum e o igual não são negados, mas possuem papel subsidiário. Já a identidade cultural do indivíduo, como dos povos, encontra-se no foco. A pluralidade reaparece como um valor jurídico: as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes.

³⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

³⁴⁵ A construção do paradigma pós-moderno, com seus reflexos e símbolos, surgiu inicialmente da arte, da arquitetura, da coreografia, atingindo depois os campos filosófico, sociológico e jurídico. Assim, Chevallier (CHEVALLIER, *Vers...*, p. 660-661) destaca a dificuldade da análise sócio-histórica do tema, trazendo alguns problemas conceituais. Nesse sentido, então, a diferentes correntes doutrinárias acerca do direito pós-moderno.

³⁴⁶ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 662.

modernidade seria a antítese da sociedade moderna³⁴⁷. Acredita-se, contudo, na possibilidade de superação da crise sofrida pelo direito moderno e seus reflexos no âmbito do DIPr. De fato, o pluralismo pós-moderno trazido pela era do consumo³⁴⁸, trouxe conseqüências para as soluções oferecidas pelo DIPr³⁴⁹. E as respostas estão na proteção do sujeito vulnerável, força motriz dessa transformação. Ao contrário das formas tradicionais de proteção internacional do consumidor, as pós-modernas valorizam a diferença, o casuísmo e o reconhecimento de que o DIPr também está permeado de valores, os quais podem, e precisam, ser dirigidos ao elemento de grande importância na sociedade massificada, que é o sujeito vulnerável perante o mercado de consumo.

A) A informação ao consumidor como meio de mitigar a vulnerabilidade

Uma das formas de comprovação do paralelismo existente entre o direito privado e o direito internacional está no reconhecimento da autonomia da vontade nos contratos, enquanto genuíno fundamento de vinculatividade entre as partes contratantes, seja para dar origem a direitos e obrigações, seja para designar a lei que deve reger determinada relação privada. Porém, o desenvolvimento das teorias objetivas, resultado da crise do subjetivismo moderno, deixou certamente suas marcas³⁵⁰. As doutrinas objetivas que se desenvolveram na primeira metade do século XX vieram assim a contribuir, sem que ninguém percebesse, à descida do indivíduo da posição central que ocupava na cena jurídica: o direito é de agora em diante

³⁴⁷ CHEVALLIER, Vers..., p. 663-664.

³⁴⁸ LYON, *Postmodernidad*, 118.

³⁴⁹ Conforme demonstra Erik Jayme (JAYME, *Identité...*, p. 44-58), em seu curso de Haia ora em discussão.

³⁵⁰ CHEVALLIER, Vers..., p. 670.

enraizado no grupo social³⁵¹. E, sem dúvida, uma das grandes contribuições das teorias objetivas foi a tomada de consciência de que os indivíduos que compõem o grupo social são a verdadeira fonte de criação do direito: a tentativa de erradicação do indivíduo do fundamento do direito modificará a sua própria concepção³⁵².

Assim, abordam-se, ainda, as teorias de fundamentação do negócio³⁵³, no direito privado material, para que se possa perceber a busca por um novo fundamento de vinculatividade das relações privadas. Ao se perceber a massificação social, constata-se que a grande **linha divisória da condição de vulnerabilidade está na capacidade de compreensão do indivíduo**³⁵⁴. Quanto mais o indivíduo estiver informado, menos sujeito estará à opressão que a sociedade de consumo gera³⁵⁵. Conseqüentemente, a doutrina buscará institutos que garantam a tutela da legítima expectativa de todos aqueles que participam dos mecanismos de trocas econômicas de consumo na sociedade pós-moderna.

Pois bem, na linha das teorias objetivas, se desenvolveram idéias de que a própria confiança seria o fundamento da vinculatividade ou da força obrigatória dos contratos. Diz Fernando Noronha³⁵⁶ que o interesse principal da questão do fundamento da vinculatividade do contrato consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido querido ou porque fundamentalmente se deve dar relevância à vontade livre das partes – liberdade contratual, mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir a

³⁵¹ CHEVALLIER, Vers..., p. 670.

³⁵² CHEVALLIER, Vers..., p. 670.

³⁵³ Na visão do discutido autor francês (CHEVALLIER, Vers..., p. 678), o contrato se apresenta como um emblema da pós-modernidade jurídica.

³⁵⁴ Ressalta-se que na quinta edição de seu livro, a professora Cláudia Lima Marques (MARQUES, *Contratos...*, p. 329-334) destaca a importância da chamada “vulnerabilidade informacional”. No mesmo sentido, veja-se FONTAINE, *La protection...*, p. 616-617.

³⁵⁵ BAUMAN, *O mal-estar...*, p. 60-61.

³⁵⁶ NORONHA, *O direito...*, p. 82.

segurança ao negócio celebrado. Sua concepção, portanto, valoriza sobremaneira o caráter social do negócio jurídico, permitindo justificar teoricamente a razão do vínculo daquele que não tinha vontade consciente de se obrigar, mas é responsável pela aparência criada nesse sentido³⁵⁷. Na mesma linha, Antônio Jeová Santos³⁵⁸ afirma que a força obrigatória dos contratos, ou o *pacta sunt servanda* funda-se, na verdade, na necessidade de tutela da confiança, na proteção do tráfico jurídico, demonstrando igualmente o caráter social da proteção das legítimas expectativas.

Com efeito, somente com uma visão mais social do contrato é que foi possível a identificação da confiança: é trazida para o contrato quando há essa objetivação³⁵⁹. A confiança seria uma teoria da declaração mitigada³⁶⁰, ou uma teoria intermediária³⁶¹ entre a teoria da vontade e da declaração, no sentido de proteger a segurança e a necessidade de não enganar a confiança legítima dos terceiros que se guiam por manifestações externas, ou seja, desde que despertada a confiança, havendo ou não vontade, haverá o negócio³⁶².

Nesse momento, é preciso que se faça uma importante e fundamental distinção: há **teorias de fundamentação do negócio que são subjetivas** e outras que são **objetivas**, assim como há teorias **intermediárias**. As teorias da vontade e da declaração, por não negarem a vontade como fundamento do negócio, são consideradas teorias subjetivas. Porém, a teoria da declaração aproxima-se mais das teorias objetivas, sem deixar de ser subjetiva, embora a doutrina eventualmente possa referir-se à teoria da declaração como objetiva, de acordo com

³⁵⁷ NORONHA, *O direito...*, p. 87.

³⁵⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 69-70.

³⁵⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 169-225, out./dez. 2002, p. 172.

³⁶⁰ Expressão cunhada por Fernando Noronha (NORONHA, *O direito...*, p. 82).

³⁶¹ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1999, p. 387.

³⁶² RÁO, *Ata...*, p. 196.

o acima citado³⁶³, ao considerar a confiança como uma teoria da declaração mitigada. Não é essa, contudo, a posição aqui presente. **Entende-se pela subjetividade da teoria da declaração.** Objetivas são as teorias preceptivas, desenvolvidas, principalmente, a partir de Oskar Büllow, embora não se possa negar que a teoria da declaração foi um passo em direção a esse caminho.

É verdade, entretanto, que a solução deve vir através de uma síntese entre as teorias subjetivas e objetivas, na esteira do desenvolvido por juristas nacionais. Antônio Junqueira de Azevedo³⁶⁴, por exemplo, afirma que o negócio jurídico é um ato humano que determinada sociedade vê como destinado a produzir efeitos jurídicos, já que certos comportamentos possuem caráter jurídico. Não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, relativamente às teorias voluntaristas extremadas, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente.

Interessante e definitiva para o presente trabalho é a forma como Pontes de Miranda³⁶⁵ procura explicar a solução para o dilema entre as teorias subjetivas e objetivas: haveria uma primeira teoria, que atribui à vontade os efeitos não-legais do negócio jurídico. Seria apenas a vontade que os determinaria. Sem a vontade dirigida à eficácia, não haveria negócio jurídico. Em oposição – que Pontes denomina de antítese - há a teoria da não essencialidade da vontade, bastando o intuito empírico ou intuito econômico-social. Afirma, então, que a síntese é facilmente encontrável: a técnica legislativa pode deixar o mínimo à autonomia da vontade

³⁶³ REZZÓNICO, *Principios...*, p. 385.

³⁶⁴ AZEVEDO, *Negócio...*, p. 21.

³⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, v. 3, p. 39.

(a escolha dentre os negócios jurídicos A, B, C, etc); pode deixar a escolha em qualquer ponto entre o mínimo e o máximo; ou pode deixar o máximo (escolha do negócio jurídico com um só efeito legal que o distinga).

A teoria da vontade determinante viu somente a terceira hipótese ou a exagerou; já a teoria antitética reduziu a segunda e a terceira hipótese à primeira. Ora, segundo Pontes³⁶⁶, em certos negócios jurídicos, a vontade tem papel essencial quanto à determinação da eficácia do negócio jurídico; outras vezes, a lei como que lhe prepara caixas, ou repositórios, como nos negócios jurídicos formais; outras, ainda, a vontade exerce bem pouco, porém, **apresenta papel de relevo**. Quando a vontade desaparece, não há negócio jurídico, pode haver ato-fato jurídico, como a composição de uma obra de arte, ou a aquisição da posse. Para o autor³⁶⁷, só há efeitos jurídicos se a regra jurídica os determina, há o branco que a lei deixa, interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que estatui.

Independentemente, portanto, do nome que se atribua à teoria, se da vontade, da declaração, da declaração mitigada, da confiança, etc., acredita-se, com base em Pontes de Miranda, que o fundamento do negócio jurídico é a vontade dos indivíduos, não a vontade interna, psíquica, mas a vontade exteriorizada, a vontade socialmente compreendida. Tal concepção, pouco inovadora, apresenta sem dúvida lacunas, como a dificuldade de identificar determinadas manifestações de vontade, determinados momentos “cinza”, em que a parte não quis aquilo manifestar, ou a contra-parte compreendeu mais do que deveria, etc. A solução virá, entretanto, a partir da categoria dos atos-fatos, desenvolvida por Pontes de Miranda, e

³⁶⁶ MIRANDA, *Tratado...*, v. 3, p. 40.

³⁶⁷ MIRANDA, *Tratado...*, p. 46.

incrementada, no Brasil, por Clóvis do Couto e Silva, a partir dos chamados contatos sociais³⁶⁸.

Enfim, há, sem dúvida, uma síntese entre as teorias objetivas e subjetivas. Contudo não pode ser atribuído à confiança um papel que a ela não pertence: mesmo havendo extrema desconfiança pode haver, sim, contrato³⁶⁹. Segundo Frada³⁷⁰, os ataques à vontade humana enquanto critério e limite do negócio, e a procura alternativa de alicerçar uma eficácia jurídico-negocial na confiança possibilitam, no fundo, portas para que as tentações hegemônicas do negócio absorvam a doutrina da confiança. Assim, a determinação e a delimitação do âmbito desta última representam uma tarefa dogmática imprescindível.

Seguindo essa linha, afirma-se que, mesmo sem vontade e sem culpa, pode haver responsabilização com fundamento na confiança. Portanto, na relação contratual fica clara a necessidade de busca por soluções que não necessariamente estão positivadas no ordenamento, mas que podem ser descortinadas, sem a presença de segurança jurídica. Pelo contrário, exatamente buscando maior solução. É necessário livrar-se dos males positivistas para atingir melhores resultados.

Nesse sentido, acresce o papel dos princípios também nas relações internacionais. No desenvolvimento mais atual do Direito Privado Material, a doutrina encontrou no princípio da proteção da confiança, a partir de uma percepção social do direito, um novo fundamento de proteção e tutela dos indivíduos coletivamente considerados e os reflexos daí decorrentes³⁷¹.

³⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. [s.l.]: [s.n.], 1964, p. 92-93.

³⁶⁹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 73.

³⁷⁰ FRADA, *Teoria...*, p. 70.

³⁷¹ Nesse sentido, posiciona-se a doutrina de Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, *A obrigação...*, p. 234). Também se destaca o artigo de Daniela Jacques (JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança

Não se deixou, por outro lado, de considerar a vontade como fundamento da obrigatoriedade dos contratos. Apenas agregou-se um elemento para a tutela de situações antes desconsideradas pelo modelo liberal-moderno de sociedade.

Destaca-se o papel dos princípios, pois, principalmente nos momentos de transição, ou de crise, eles são capazes de fornecer as diretrizes necessárias para a construção de soluções que não se encontram positivas. Em artigo sobre a divisão de tarefas entre o Estado e os indivíduos, Almiro do Couto e Silva³⁷² refere que os princípios passaram a desenvolver importante papel na solução dos problemas jurídicos, a partir da crise enfrentada pelo positivismo e pelo normativismo jurídico no período pós-guerra. Num primeiro momento, passou-se a buscar a solução dos problemas em princípios fora do ordenamento, o que trouxe bastante insegurança, em virtude da arbitrariedade que isso poderia carregar. Num segundo momento, porém, passou-se a perceber que as soluções estariam dentro do sistema, de maneira implícita ou explícita. Essa corrente de pensamento alastrou-se pelo mundo, revigorando princípios constitucionais já identificados, descobrindo-lhes novos aspectos. Adquiriram os princípios, desse modo, um vigor que nunca antes tinham possuído, notadamente na configuração da coerência e consistência do sistema.

no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, p. 100-128, jan./mar. 2003, p. 106), no sentido de que tutela da confiança implica, assim, uma revisão das fontes e dos planos jurídicos.

³⁷² COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o estado na realização das tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997. Também a respeito do tema, no capítulo referente ao princípio da proporcionalidade, a contribuição de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 356-397. Essa idéia de coerência encontrada no sistema apresenta-se defendida por Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998, p. 127-128), exatamente ao criticar os conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, ainda, a doutrina de Nádya de Araújo (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 15), segundo a qual a utilização dos princípios e procedimentos arbitrais realizados no Brasil, a partir da permissão da nova lei de arbitragem, poderia trazer importante contribuição para a consolidação da *lex mercatoria*, não só no plano internacional, como no interno, demonstrando que os princípios, nascidos a partir de uma concepção universal, estariam deitando raízes em situações de cunho eminentemente interno.

A crise do modelo moderno trouxe a crise dos atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade que caracterizavam o direito no período. O ordenamento jurídico foi submetido ao risco em razão da proliferação anárquica de normas jurídicas³⁷³, perdendo a ordem jurídica sua estrutura e coesão. A produção jurídica passou a ser menos lógico-dedutiva. As normas passam a ter mais e mais a característica de normas-quadro, ou de princípios³⁷⁴, exatamente pela necessidade do direito de se ajustar às constantes mudanças sociais: a estabilidade da regra jurídica está ligada agora à sua generalidade. Caso se torne precisa e detalhista, torna-se rapidamente obsoleta³⁷⁵.

Agrega-se, ainda, outra informação. Em estudos sobre o papel histórico do princípio contratual da boa-fé, Guido Alpa refere um renascimento da boa-fé no seu papel integrativo das relações contratuais. Cita inclusive a figura de uma parábola³⁷⁶ para ressaltar esse período de ascensão, depois de queda e novamente de retorno da importância do instituto, demonstrando, por um lado, que, no período de auge do liberalismo, os institutos de caráter mais social e menos individualista perderam terreno, voltando a ganhá-lo a partir do século XIX e, por outro, que tais institutos sempre estiveram presentes na vida jurídica dos povos, sendo (re)descobertos quando necessário. O próprio princípio da proteção da confiança também é exemplo disso, sendo apontado como bastante antigo no direito³⁷⁷.

³⁷³ OPPETIT, *Droit...*, p. 7-8.

³⁷⁴ Sobre o tema dos princípios jurídicos e de seu papel no estabelecimento de condutas, veja-se obra de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁷⁵ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 668-669.

³⁷⁶ ALPA, Guido. La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali. In: *IL RUOLO della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*. Padova: Cedam, 2003, v. 1, p. 155-172, p. 157-158.

³⁷⁷ Em obra sobre a *fides* romana, Amélia Castresana (CASTRESANA, Amélia. *Fides, bona fides: um conceito para la creación del derecho*. Madri: Tecnos, 1991, p. 57) mostra que a confiança esteve presente no direito romano desde os seus primórdios, não alterando seu núcleo semântico, apesar de toda evolução jurídica desse direito.

Relativamente à defesa do consumidor, é interessante observar a importância do princípio da vulnerabilidade, também bastante antigo no direito, podendo assumir um aspecto importante no plano internacional na defesa do consumidor. O grande civilista Ricardo Lorenzetti³⁷⁸ afirma que a existência de princípio de interpretação em favor do devedor evoluiu até chegar ao *favor debilis*, em benefício do consumidor, e, a seguir, contemplou o cidadão privado. Esta idéia refere-se à evolução da figura do devedor em Roma. Nos primórdios, o crédito era principalmente um senhorio sobre determinados atos da conduta do obrigado. Ocorreu, posteriormente, uma evolução, em que o devedor deixou progressivamente de ser uma coisa para ser tratado ou considerado como pessoa.

De fato, é conhecida a transformação do Direito Romano através da Lei *Poetelia papiria*, e conhecido o critério da *benignitas*, próprio da ética cristã posterior. Foram-se, então, conformando um núcleo de princípios, tais como *favor libertatis*, *favor debitoris*, *contra stipulatorem*. O princípio do *favor debitoris* tem origem protecionista e remonta à época medieval, onde se protegia o devedor de créditos abusivos. Considerava-se que a parte débil era o devedor³⁷⁹. Houve, posteriormente, uma adaptação desse princípio do *favor debitoris* para o *favor debilis*.

Para Luis Moisset Espanés e Guillermo P. Tinti³⁸⁰, a vulnerabilidade jurídica também está vinculada à regra romana do *favor debitoris*. Igualmente demonstram que não é novo esse caráter de vulnerabilidade, no sentido de que se refere à forma como devem ser interpretados os contratos envolvendo o consumidor. A noção de vulnerabilidade, dessa forma, não

³⁷⁸ LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 137. Este tema é por nós desenvolvido no seguinte artigo: ZANCHET, Marília. A vulnerabilidade e a proteção dos mais fracos no Mercosul. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, n. 3, p. 75-101, mar. 2005.

³⁷⁹ LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 138/9.

³⁸⁰ ESPANÉS, Luis Moisset. TINTI, Guillermo P. Consideraciones sobre el Consumo e el Derecho del Consumidor. *Rev. Facultad de Derecho y Ciencias*, Córdoba, v. 2, p. 85-100, 1999, p. 97-98. No mesmo

representa uma revolução, mas a evolução de um aspecto que já preocupava os juristas da Antiguidade. E por esse motivo, também, referem que o juiz, ao interpretar a lei de defesa do consumidor, deve fazê-lo em favor do consumidor, ou *favor debitoris*, ou *favor debilis*. Ao analisar a legislação dos países do Mercosul, Leonir Batisti³⁸¹ refere que a proteção do vulnerável deu-se através do artigo 3º da Lei do Consumidor Argentina, a qual prevê, na hipótese de dúvida, a interpretação mais favorável ao consumidor. Dessa forma, embora somente a lei brasileira refira expressamente o termo vulnerabilidade, ela está presente em todas as leis dos países do Mercosul³⁸².

Portanto, dependendo da relação que se analisa, deve-se valorizar determinado aspecto presente no ordenamento, para obter a solução mais justa. E são, sem dúvida, os princípios que conseguem, ao menos na atualidade, resolver esses problemas, ainda mais considerando, por um lado, a dificuldade de enfrentar os problemas decorrentes da circulação dos modelos jurídicos³⁸³ e, por outro, o excesso de normas e o pluralismo de culturas³⁸⁴.

sentido, ALTERINI, *Os contratos...*, p. 12; LOPEZ CABANA, Roberto M. Defesa jurídica de los más débiles. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 7-21, out./dez. 1998, p. 7.

³⁸¹ BATISTI, *Direito...*, p. 440-443.

³⁸² Em interessante artigo sobre o direito comparado, a professora Véra Fradera (FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, edição especial, p. 125-138, set. 2002, p. 127-128) analisa o instituto da boa-fé objetiva nos ordenamentos brasileiro, alemão e japonês, vinculando o instituto dos três diferentes países a partir da influência que todos receberam do direito romano. Demonstra-se, assim, que as similitudes entre os ordenamentos estão no princípio comum que os orienta, embora possam até mesmo adquirir contornos diversos, como no caso do instituto da boa-fé analisado.

³⁸³ Em artigo específico sobre o tema, Véra Fradera, a partir dos ensinamentos comparatistas de Guarniere (V.A. Guarnieri, “La circulation des modeles ou cours des deux derniers siècles”, in *Rapports nationaux italien au XIIème*. Congrès International de Droit Compare. Montreal, 1990, Giuffrè, Milano, p. 1 et seq. apud FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um entrave à integração Econômica no Cone Sul? *RT*, a. 86, v. 736, p. 20-39, fev. 1997, nota 6, p. 22) traz informações acerca das três fases referentes à circulação dos modelos jurídicos europeus: a primeira fase, do século XVI ao século XIX, na qual a circulação ou comunicação de modelos, métodos e atitudes foi ampla e profunda, sendo contínua a pesquisa das concordâncias e convergências de regras e princípios. A segunda, abrangendo os dois últimos decênios do século passado e as quatro ou cinco primeiras décadas do século XX, demonstra uma concepção científica e sistemática que levou à ruptura da tradição transnacional do período anterior, à passagem de sistemas do tipo aberto a sistemas fechados às influências externas, com a progressiva redução das fontes do Direito à lei, conforme o princípio positivista do monopólio estatal das fontes do Direito. Por fim, a terceira fase, dos últimos quarenta anos, é caracterizada por um retorno ao estudo do Direito estrangeiro e à circulação ou comunicação dos modelos. O interesse pelos estudos de Direito Comparado e a recepção de modelos e conceitos estrangeiros pelas ordens jurídicas nacionais foram determinados pelas conseqüências advindas da constituição da Comunidade Européia, cujo objetivo maior, o Mercado Comum,

Em pesquisa realizada na doutrina e legislação dos países do Mercosul³⁸⁵, percebeu-se que, embora as leis de proteção ao consumidor não apresentem o mesmo caráter protetivo, a noção de vulnerabilidade apresenta-se coesa nos diferentes países. Ademais, a doutrina especializada³⁸⁶ ratifica a possibilidade da operacionalidade da utilização de princípios no âmbito do Mercosul, já que, dadas as condições favoráveis existentes nos sistemas dos Estados signatários do Tratado de Assunção, dentre elas, a presença de um substrato comum nos sistemas latino-americanos de Direito. Há identidade cultural e de fontes do Direito entre os países, além de todos os ordenamentos serem membros da família romano-germânica.

A doutrina argentina apresenta as seguintes formas de caracterização da vulnerabilidade do consumidor: pode decorrer da forma de contratação³⁸⁷, pois há mais possibilidade de se estipularem **cláusulas abusivas nos contratos de adesão**. Outra forma de vulnerabilizar o sujeito na relação de consumo são as **técnicas de venda**, tais como as ofertas fora do estabelecimento comercial, as possibilidades de venda a crédito, os consórcios, as vendas com prêmios ou brindes. Embora ainda não seja membro efetivo do Mercosul, o Chile também nos traz doutrina que refere os **contratos à distância** como forma de vulnerabilidade do consumidor, já que ele não tem a possibilidade de verificar o bem³⁸⁸. Também refere que a vulnerabilidade do consumidor é jurídica, por não apresentar efetiva capacidade de negociação, problema típico dos contratos *standard* e das condições gerais de contratação³⁸⁹.

tem a liberdade de circulação de bens, pessoas, capitais e serviços como fundamental para a sua consecução. Ora, sendo os sistemas jurídicos europeus bastante distintos entre si, ainda integrando a mesma família romano-germânica, uma abertura a um conhecimento mais profundo de cada sistema acabou se impondo a todos os cultores do Direito. Tudo isso operou um verdadeiro renascimento dos estudos de Direito Comparado.

³⁸⁴ OPPETIT, *Droit...*, p. 75-76.

³⁸⁵ ZANCHET, A vulnerabilidade..., p. 76-83 e 87-93.

³⁸⁶ OS PRINCÍPIOS gerais do direito comunitário. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, edição especial, p. 17-30, nov. 1998, p. 29-30.

³⁸⁷ STIGLITZ, *O direito...*, p. 187.

³⁸⁸ CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio. Sugerencias para un derecho de consumo unitario. *Revista Chilena de Derecho*, v. 29, n. 1, p. 127-133, ene./abr. 2002, p. 132.

Contudo, o principal fator, como também ressalta Stiglitz³⁹⁰, além da possibilidade de cláusulas abusivas e da forma de venda, são **as irregularidades e deficiências da publicidade e da informação sobre produtos e serviços**. A informação deformada ao consumidor (que por si só, muitas vezes, já apresenta dificuldade em compreender a informação) impede uma escolha racional do produto ou serviço. De fato, nada mais vulnerável do que o indivíduo submetido a uma seção de publicidade subliminar, por exemplo. Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, Antônio Hermann Benjamin³⁹¹, descrevendo a publicidade subliminar, refere à experiência feita nos Estados Unidos, em 1957, em que uma platéia de cinema foi induzida ao consumo de Coca-cola e de pipoca, mediante a inserção de mensagens de estímulo na fita de exibição. No mesmo sentido, posiciona-se a doutrina uruguaia. Para Gustavo Ordoqui Castilla³⁹², na **fase pré-contratual**, o consumidor aparece com uma primeira grande deficiência que é a **falta da informação** devida ou adequada. Refere, também, que o dever de informação começou a ser descoberto pela jurisprudência em vários contratos, na medida em que os consumidores ingressavam na relação de consumo, a partir da legítima confiança no fornecedor, que os dispensava de realizar investigações, averiguações, ou tratativas³⁹³. Chega o mesmo autor a afirmar³⁹⁴ ser a desigualdade entre as parte contratantes o fundamento do dever de informar.

³⁸⁹ CARVAJAL RAMIREZ, Sugerencias..., p. 135.

³⁹⁰ STIGLITZ, *O direito...*, p. 191.

³⁹¹ BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 77-139, p. 90.

³⁹² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Deber de información en la Ley 17.189, de 20 de Setiembre de 1999. *Revista de Derecho Civil*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 45-77, abr./jun. 2000, p. 47.

³⁹³ ORDOQUI CASTILLA, Deber..., p. 48.

³⁹⁴ ORDOQUI CASTILLA, Deber..., p. 64-65.

Sem dúvida, portanto, **a questão da informação é fundamental para definir a vulnerabilidade do consumidor**. Nesse sentido, vale mencionar que, segundo Lorenzetti, para que se considere o indivíduo como centro do direito privado, ele deve apresentar o direito a estar informado, juntamente com o direito a informar. Sabe-se que a atividade econômica mobiliza-se em virtude de uma aliança cada vez mais sólida com o conhecimento: isso já acontece há tempos, porém, é na atualidade que se vislumbra o real protagonismo do saber. Os mercados criam-se pelo surgimento de novos inventos, os produtos são melhores ou piores fundamentalmente pelo avanço científico que levam incorporados. Na sociedade atual, pois, há uma diferenciação entre quem provê profissionalmente produtos e serviços e quem os consome, e o Direito Privado dispõe de normas delimitadoras desse poderio na relação bilateral³⁹⁵. Importante referir que estes campos não coincidem totalmente ao do poderio econômico. Em geral há coincidência da superioridade econômica com a superioridade técnica, mas também há o profissional individual que não contrata em grandes quantidades, nem tem poder econômico e apresenta superioridade técnica. Daí as palavras do autor argentino: “É a fenda informativa entre um e outro contratante, e que opera como desequilibrante do igual emprazamento prestatório”³⁹⁶.

Retomando-se, então, a doutrina hispânica analisada, são características da vulnerabilidade dos consumidores: **forma ou técnica de contratação**, por permitir mais facilmente a inserção de cláusulas abusivas, também as **técnicas de venda, o marketing, a publicidade** são formas de vulnerabilizar o consumidor, bem como a falta de informação técnica. Deve-se mencionar, ainda, conforme expressa Mosset Iturraspe, que uma das formas de proteção dos vulneráveis constitui a inversão do ônus da prova em favor do consumidor³⁹⁷.

³⁹⁵ LOREZENTTI, *Fundamentos...*, p. 512-513.

³⁹⁶ LOREZENTTI, *Fundamentos...*, p. 514.

³⁹⁷ MOSSET ITURRASPE, *Las cláusulas...*, p. 62.

No Brasil, Cláudia Lima Marques³⁹⁸ conceitua a vulnerabilidade como um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos. Discordando de Benjamin³⁹⁹, a professora gaúcha refere que a vulnerabilidade não é fundamento das regras de proteção do sujeito fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador. Essa vulnerabilidade, pois, pode ser **técnica**, quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilização, o mesmo em matéria de serviços; também pode ser **jurídica ou científica**, quando há falta de conhecimentos de contabilidade, de economia. Já a vulnerabilidade **fática ou sócio-econômica**, considera-se a partir da perspectiva da contraparte, deve-se em razão do seu grande poder econômico ou da essencialidade dos serviços oferecidos⁴⁰⁰.

Na classificação referida, percebe-se que **as vulnerabilidades técnica e jurídica ou científica** vão influenciar mais **no momento da contratação**, já a **vulnerabilidade fática ou sócio-econômica** vai atingir mais a **execução do contrato**. Utilizando-se, então, a doutrina do Mercosul, pode-se afirmar que **as técnicas de venda, o marketing, a publicidade enquadram-se mais na vulnerabilidade técnica**, enquanto a vulnerabilidade decorrente dos **contratos de adesão, da possibilidade de cláusulas abusivas apresenta-se mais relacionada à vulnerabilidade fática ou sócio-econômica**.

³⁹⁸ MARQUES, *Contratos...*, p. 320.

³⁹⁹ BENJAMIN, *Comentários...*, p. 78.

⁴⁰⁰ MARQUES, *Contratos...*, p. 325/6.

Analisando-se os contratos de adesão, que é o método próprio da contratação consumeirista, verifica-se que nem todo contrato de adesão se dá entre consumidores⁴⁰¹. Por exemplo, a maioria dos contratos internacionais, principalmente entre empresas nacionais e transnacionais, é padronizada, em que uma das partes estipula as cláusulas e as envia à outra parte, que, de acordo com suas necessidades, adere. A discussão que se costuma travar é que, muitas vezes, senão na maioria, o grau de vulnerabilidade (técnica, jurídica ou econômica) vai variar entre as empresas. Aparecerão, portanto, cláusulas abusivas também nas relações entre empresários. Ora, há muitos casos de pequenas empresas que, ao ingressarem numa relação de consumo, não dispõem do mesmo poder econômico da parte adversa com quem se contrata. Assim, deve-se mencionar que certamente todo consumidor é vulnerável, mas nem todo vulnerável é consumidor.

Do exposto, verifica-se que a vulnerabilidade de caráter econômico, porque própria de relações contratuais – os negócios jurídicos servem, em sua maioria, para regular relações econômicas – sempre foi tutelada pelo Direito: a regra do *favor debitoris* demonstra bem isso. Contudo, houve uma evolução nessa tutela, de acordo com as alterações experimentadas pela sociedade. Na sociedade massificada, o vulnerável pode não ser apenas o devedor, mas igualmente o credor, e não apenas um membro da relação contratual atingindo também terceiros, hoje conhecidos por *bystanders*. Todas as leis de defesa do consumidor dos países do Mercosul reconhecem essa debilidade⁴⁰², mesmo que de forma não expressa, como o fez a lei brasileira: todas apresentam alguma regra no sentido de que a interpretação das regras

⁴⁰¹ MOSSET ITURRASPE, Las cláusulas..., p. 55.

⁴⁰² A respeito da identidade cultural dos países do Mercosul e seus efeitos jurídicos, veja-se FRADERA, Véra Jacob de. Langue et droit, In: CONGRES DE DROIT COMPARÉ, 14. Bruxelles: Bruilant, 1999, p. 123-136, p. 134-136.

contratuais (ou das disposições da oferta, como na uruguaia⁴⁰³) deve ser mais favorável ao consumidor⁴⁰⁴, exprimindo a *ratio* do sistema.

Quanto à caracterização da vulnerabilidade, embora apresente graduação (tais como os subconsumidores⁴⁰⁵), a doutrina analisada informa várias formas de identificá-la. É no Brasil, porém, através da doutrina de Cláudia Lima Marques, que seus caracteres serão trabalhados de forma mais sistemática: vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional. Agregando-se, então, a doutrina hispânica à brasileira, percebe-se que, mesmo permeando toda a relação contratual⁴⁰⁶, desde a fase pré até a fase pós-contratual, as vulnerabilidades técnica e jurídica se farão mais presentes na fase da formação do vínculo contratual, enquanto a vulnerabilidade econômica se constata mais na fase de execução do contrato. Ademais, na vulnerabilidade técnica podem ser enquadradas as técnicas de venda, marketing, publicidade, já que se referem à ausência de informações específicas sobre o objeto que está sendo adquirido.

Na vulnerabilidade jurídica ou científica, enquadram-se os deveres de transparência do fornecedor, já que o consumidor apresenta um déficit de conhecimentos específicos sobre as ciências envolvidas na contratação. Na vulnerabilidade fática ou econômica, enquadram-se as hipóteses de cláusulas abusivas, que decorrem, em sua maioria, do método de contratação: condições gerais e contratos de adesão.

⁴⁰³ “Artículo 13. Toda información referente a una relación de consumo deberá expresarse en idioma español, sin perjuicio que además puedan usarse otros idiomas. Cuando en la oferta se dieran dos o más informaciones contradictorias, prevalecerá **la más favorable al consumidor**” (grifo nosso).

⁴⁰⁴ Lopez Cabana (LOPEZ CABANA, Defesa..., p. 14) refere que a interpretação mais favorável ao consumidor, admitida no art. 3º da lei Argentina, relaciona-se também com outras normas que se reservam à parte mais fraca, como a Lei 20.744 sobre contratos de trabalho.

⁴⁰⁵ A doutrina europeia de Marcel Fontaine (FONTAINE, La protection..., p. 616) também reconhece os diferentes níveis de consumidores, a partir do grau de informação que dispõem.

⁴⁰⁶ STIGLITZ, *O direito...*, p. 194.

Observando-se, porém, esses caracteres apontados pela doutrina do Mercosul como referentes à vulnerabilidade, percebe-se que todos apontam para a **informação como definidor dela**⁴⁰⁷. Será o déficit ou a ausência de informação que definirá significativamente a vulnerabilidade⁴⁰⁸, por isso são tão definitivas as palavras de Lorenzetti, já referidas: para que o indivíduo torne-se a figura central do Direito Privado, o direito à informação deve ser privilegiado.

A análise da concepção de vulnerabilidade na doutrina do Mercosul permitiu constatar a importância dada à informação, por interferir diretamente no grau de racionalidade do consumidor. Quanto mais informado estiver, mais capaz de escolhas conscientes e livres. Essa predominância da informação é percebida ao longo de todo o processo de contratação, desdobrando-se a vulnerabilidade em técnica, jurídica e econômica.

Destaque-se, por fim, que a doutrina européia, através de Marcel Fontaine, percebe a vulnerabilidade da mesma maneira: quanto menos informado, mais fraco. Porém destaca os casos, que aqui são assemelhados à vulnerabilidade fática ou econômica desenvolvida por Cláudia Lima Marques⁴⁰⁹, de o contratante mais fraco estar perfeitamente consciente das causas do vínculo, mas deve aceitar as condições leoninas que a outra parte impõe, porque não tem escolha. As situações de necessidade que tornam o indivíduo vulnerável são, por exemplo, a necessidade do trabalho, de moradia, ou de assistência médica⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Ressalta-se que na quinta edição de seu livro, a jurista Cláudia Lima Marques (MARQUES, *Contratos...*, p. 329-334) agrega às três outras espécies de vulnerabilidades mencionadas, a chamada “vulnerabilidade informacional”.

⁴⁰⁸ Nesse mesmo sentido, FRADERA, Véra Jacob de. Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFGRS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 243-245, jun. 2004, p. 245.

⁴⁰⁹ MARQUES, *Contratos...*, p. 325-328.

⁴¹⁰ FONTAINE, La protection..., p. 616-617.

Outro ponto importante a ser destacado está no fato de a vulnerabilidade poder existir em determinado momento, mas não existir em outro. Por exemplo, pode a parte estar em situação de vulnerabilidade quando da contratação, mas no momento seguinte despir-se dela. Por exemplo, um negociante contrata uma técnica estrangeira que absolutamente desconhece, mostrando-se vulnerável por desconhecê-la. Pode, porém, estar em pé de igualdade econômica com a outra parte. Caso venha a dominar a técnica, perde sua característica de vulnerável⁴¹¹. Portanto, ratificando o entendimento de Lorenzetti⁴¹², as qualidades de credor e devedor não correspondem mais à posição de força e fraqueza, respectivamente. De maneira geral, cada uma das situações comporta elementos tanto de força como de vulnerabilidade. Por isso, o direito deve prever situações de tutela tanto de um como de outro⁴¹³.

Diante do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor, destaca-se a doutrina de Véra Fradera⁴¹⁴, reforçando a importância dos princípios. Com efeito, a única maneira de enfrentar os novos desafios do mercado, numa sociedade dominada pela Economia, apresenta-se através da adoção de uma concepção metanacional de contrato, na qual os **princípios são responsáveis pela comunicação entre juristas das diferentes ordens jurídicas**. Nesse sentido, também, será facilitada a superação das divergências entre as normas e sistemas das distintas codificações nacionais.

Enquanto, no direito privado brasileiro, está-se desenvolvendo doutrina no sentido de reconhecer que todos os contatos sociais⁴¹⁵ devem ser tutelados, independentemente, muitas vezes, da consciência dos indivíduos de estarem se obrigando, no plano internacional, deve haver o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade nas relações privadas internacionais.

⁴¹¹ FONTAINE, La protection..., p. 617-618.

⁴¹² LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 137-139.

⁴¹³ FONTAINE, La protection..., p. 622.

⁴¹⁴ FRADERA, O direito..., p. 568.

⁴¹⁵ COUTO E SILVA, *A obrigação...*, p. 92-93.

Sempre que se constatar a presença de consumidores, deve a Ordem Jurídica Internacional fazer com que o princípio seja destacado, já que a pesquisa realizada nos **países do Mercosul** permitiu observar um **conceito bastante uniforme de consumidor**.

Vale, ainda, mais outra referência à importância dos princípios em âmbito internacional. Na lição de Lauro Gama e Souza Júnior⁴¹⁶, ao analisar a aplicação dos princípios do UNIDROIT no Mercosul, a utilização de princípios é possível em cinco diferentes contextos: (a) quando, por escolha das partes, suas normas são incorporadas ao contrato internacional; (b) quando as partes convencionaram submeter o contrato a “princípios gerais do direito”, à *lex mercatoria* ou a outra fórmula semelhante; (c) quando se mostra impossível a determinação da norma pertinente, segundo a lei aplicável ao contrato; (d) quando um instrumento de direito internacional uniforme precisa ser interpretado ou suprimido e, por fim, (f) quando suas normas possam servir de modelo ao legislador nacional ou internacional.

De fato, os princípios refletem a tendência atual de formação de um direito transnacional próprio das relações comerciais internacionais, cada vez mais desterritorializadas e, portanto, desnacionalizadas. Objetivam principalmente prover os agentes do comércio internacional com um conjunto de regras uniformes que disciplinam os vários aspectos da relação contratual, desde a fase pré até pós-contratual⁴¹⁷. Especificamente com relação aos países do Mercosul, a herança jurídica ibérica que floresceu nas colônias sul-americanas, impregnadas de preocupações ligadas à soberania estatal, bem assim a ausência de regras nos direitos nacionais sobre a autonomia da vontade em matéria conflitual e a pouca tradição de nossos países na utilização de arbitragens como meio alternativo de solução de

⁴¹⁶ SOUZA JÚNIOR, Os princípios..., p. 429-431.

⁴¹⁷ Nesse sentido, COUTO E SILVA, *A obrigação*, p. 92-93 e p. 115-116.

controvérsias erigem, aqui e ali, obstáculos para a efetiva aplicação de princípios na região⁴¹⁸. No presente trabalho, o princípio da vulnerabilidade é proposto enquanto forma de auxiliar na aplicação do direito nacional, no sentido de servir enquanto guia, suprimindo eventuais lacunas⁴¹⁹ que casos difíceis como a proteção internacional do consumidor podem trazer.

Ora, confirmando o substrato comum dos países latino-americanos, em especial dos países do Mercosul, percebe-se que o conceito de vulnerabilidade apresenta sinais semelhantes entre os países⁴²⁰. Assim, retomando a concepção de que o conceito do *favor debilis* já se encontrava presente em Roma, releva-se seu valor nos momentos em que o ordenamento jurídico constata a importância de proteger alguns dos agentes jurídicos. Na atualidade pós-moderna, inclusive em âmbito internacional, será ele o consumidor. Mesmo em diferentes países, mas decorrentes da mesma raiz, as características apontadas pelos juristas, inclusive, apresentam-se semelhantes. Deve servir ele como modelo fundante das relações consumeiristas internacionais.

Assim, constata-se que claramente não se conseguirá um conceito uniforme de consumidor, mesmo em ordenamentos de características mais próximas, em virtude da diversidade cultural, acirrada pelos elementos pós-modernos. Entretanto, não se pode esquecer que o consumo é fenômeno mundial e o reconhecimento da vulnerabilidade e da

⁴¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Os princípios..., p. 428. De qualquer maneira, a redação do art. 2º, §2º, da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem) demonstra o reconhecimento da utilização de princípios pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴¹⁹ SOUZA JÚNIOR, Os princípios..., p. 454.

⁴²⁰ Refere Erik Jayme (JAYME, Visões..., p. 33-34) que, quando se escolhe a pessoa, o ser humano, como ponto de referência, abre-se um fascinante campo para a comparação. A partir da figura jurídica do homem médio e suas expectativas e visões de mundo, permite-se interpretar e concretizar os conceitos de direito, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais. É esta construção humana a projeção das valorações e visões nacionais, que podem ser bastante diferentes de nação para nação. Um exemplo dessa diversidade são as várias e divergentes concepções ou visões de consumidor. No direito francês aparece, em matéria de publicidade enganosa, o consumidor mediamente informado, mediamente atento. No direito alemão a visão é outra. No Brasil, a visão também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades que usam ou abusam da pobreza das crianças. (artigos 36 a 38 do CDC). A concepção de consumidor no Brasil fica assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não pode ser esquecido.

necessidade de sua tutela, permite a proteção, ao mesmo tempo que garante uma circulação sadia de modelos jurídicos.

É interessante a constatação de Erik Jayme⁴²¹ de que no passado a figura do estrangeiro era uma das mais vulneráveis e, realmente, toda a construção do DIPr tradicional buscava exatamente superar essa diferença e proteger o estrangeiro. De fato, Savigny buscava em sua teoria demonstrar que os indivíduos, enquanto tais, eram o objeto do Direito, independentemente da nação de onde provinham. Agora esse aspecto formal foi de alguma maneira superado, ou ao menos se tem trabalhado nesse sentido. A preocupação do direito mudou o sentido, em função de o sujeito vulnerável pressupor uma diferença mais dificilmente aferível, decorrente da posição em face do mercado de consumo. Em última análise, conforme a doutrina do Mercosul indicou, o consumidor apresenta um déficit informacional imanente.

Nesse sentido, citam-se os resultados da pesquisa de Norberto Bobbio⁴²² acerca da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁴²³. Segundo o renomado autor italiano, a proteção dos direitos do homem constitui meio para realizar a união entre os Estados europeus da região, chegando a afirmar que a constituição de tal objetivo comum é uma condição preliminar, uma *condicio sine qua non* para sua união. Ressalta o autor⁴²⁴ que a União torna-se tanto mais realizável quanto mais reflita uma comunhão de princípios ideais. Certamente

⁴²¹ JAYME, Visões..., p. 135.

⁴²² BOBBIO, Norberto. Il preambulo della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v 58, n. 3, p. 437-445, 1974, p. 440.

⁴²³ Acerca da evolução na América Latina, através da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos ver curso de Cançado Trindade, do início da década de 1980. Na obra, o autor (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Evolução, balanço e perspectivas do sistema interamericano ao início da década de oitenta. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (Org.). *Curso de derecho internacional*, 9. Washington, 1983, v. 2, p. 1-45, p. 18-19) expõe a maior aceitação, por parte dos países americanos, da influência do Direito Internacional, através da crescente ratificação de acordos multilaterais, bem como a crescente importância assumida pela referida comissão na estrutura da OEA.

⁴²⁴ BOBBIO, Il preabulo..., p. 441.

essa unidade conceitual demonstra haver já uma harmonização mínima, de caráter talvez mais sociológico do que jurídico, porém, de fato existente. Na Europa da atualidade, a doutrina aponta a “legítima expectativa” como princípio uniforme, sugerindo através dele construir o elo necessário entre os ramos jurídicos, sem levar à unificação⁴²⁵.

Na verdade, o recurso aos princípios é apontado como uma das formas de superar a crise jurídica na Europa⁴²⁶. Aponta-se que as soluções normativas em geral não resultam de proposições advindas do direito e dos juristas, mas de relações de força e de grupos de pressão, exprimindo o direito europeu o positivismo jurídico de forma mais exacerbada. O direito é reduzido à emanção da autoridade estatal, inter-estatal ou supra-estatal. Dessa forma, a doutrina não realiza nenhum papel em sua elaboração, apenas age na tentativa criar uma linha de união entre as diferentes normas dos vários Estados.

Diferentemente do *jus commune*, o direito europeu da atualidade apresenta-se não como um modo de pensar, mas como um conjunto de normas, que traduzem um espírito pouco democrático e essencialmente preocupado em atingir os objetivos do mercado, de caráter puramente quantitativo. Assim, a vocação à universalidade do direito comum é totalmente estranha ao direito europeu, exclusivamente concebido como um instrumento de mudança social e econômica⁴²⁷. Nesse sentido, destaca-se que, durante o desenvolvimento do Direito Comum na Europa, os intelectuais europeus partilhavam, desde a Idade Média, da convicção de que o Direito Romano era a ordem jurídica original do império ocidental, sem referência à sua nacionalidade; acreditavam ser ele o direito natural por força da sua

⁴²⁵ WILHELMSSON, Thomas. Existiria um direito europeu do consumidor? E deveria existir? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, p. 180-198, jan./mar. 2005, p. 197-198.

⁴²⁶ OPPETIT, *Droit...*, p. 75.

⁴²⁷ OPPETIT, *Droit...*, p. 75-76.

autoridade espiritual⁴²⁸. Assim, esse predomínio da ciência sobre a vida foi decerto possibilitado pelas reservas disponíveis e inesgotáveis da razão jurídica e moral jurídica historicamente vivida e armazenada nos textos da grande jurisprudência romana e que foram efetivamente apropriadas pela cultura jurídica européia⁴²⁹.

Não há mais a possibilidade de recurso às fontes romanas enquanto tais, restando o recurso aos princípios, que talvez possam exercer a fonte da racionalidade nos dias de hoje. Observa-se que, de maneira geral, a utilização de princípios jurídicos como modo de elaboração do direito tem sido estranho ao direito privado por muito tempo, ao menos se considerando essa noção com um significado preciso e uma eficiência técnica particular e não evidentemente como um meio de representação do direito positivo. Até bem recentemente, com efeito, os princípios gerais não saberiam existir enquanto categoria jurídica, nem sequer enquanto fonte autônoma de direito, e não deveriam ser confundidos com outra fonte, as leis. Negava-se qualquer caráter normativo aos princípios, preferindo-se deixar a eles apenas um papel conceitual, no sentido de apenas descrever as normas. Ressalta Bruno Oppetit⁴³⁰, dessa forma, que a situação do direito privado contrasta com a do direito público, no qual, há tempos, os princípios gerais do direito realizam um papel importante e autônomo na formação do direito positivo⁴³¹.

E, o mais interessante, os princípios já não são mais apenas utilizados pelo direito público e privado em âmbito nacional, mas passam a ser fonte mesmo de direito internacional privado:

⁴²⁸ WIEACKER, *História...*, p. 153.

⁴²⁹ WIEACKER, *História...*, p. 160.

⁴³⁰ OPPETIT, *Droit...*, p. 83-85.

⁴³¹ Nesse sentido, as já referidas posições de Almiro do Couto e Silva e Paulo Bonavides acerca da importância dos princípios: COUTO E SILVA, Almiro do. *Os indivíduos...*, p. 43-70 e BONAVIDES, *Curso...*, p. 356-397.

Ao considerar-se o DIPr, observa-se que a referência aos princípios gerais ocorre, num primeiro momento, na jurisprudência arbitral, impondo-se, mais recentemente, em tribunais judiciais, em decisões particularmente significativas.⁴³²

Defende-se, assim, uma expansão tal dos princípios no âmbito do DIPr, que podem em alguns momentos assumir um papel, através da jurisprudência, superior ao recebido pela lei⁴³³. Contudo a questão que sempre se coloca é o poder dado ao juiz na utilização dos princípios, e as possíveis arbitrariedades daí decorrentes⁴³⁴. Por isso, deve-se ter muito claro: o que se sugere é a utilização do princípio da vulnerabilidade enquanto base do sistema de proteção internacional do consumidor, constituindo o guia de uma situação que já é especial, porém que, em virtude dos valores que defende, não pode ser desconsiderada.

a) O problema do risco lingüístico e o novo conceito de ordem pública

Ao constatar-se a importância da informação enquanto forma de tutela do consumidor, a ponto de se defender o princípio da vulnerabilidade como instrumento dessa defesa, já que, em última análise, a vulnerabilidade é determinada pela ausência de informação, outro tema correlato ganha relevo. Em realidade, a contratação internacional, na doutrina de Erik Jayme⁴³⁵, envolve o fato de as partes não falarem a mesma língua, podendo levar a problemas de correta comunicação e compreensão, conseqüentemente. As declarações, os atos jurídicos

⁴³² Tradução livre (OPPETIT, *Droit...*, p. 87): “A considérer le droit international privé, on remarquera que la référence aux principes généraux est d’abord apparue dans la jurisprudence arbitrale, avant de s’imposer dans la période la plus récente auprès des tribunaux judiciaires à la faveur de décisions particulièrement marquantes.”

⁴³³ OPPETIT, *Droit...*, p. 87.

⁴³⁴ OPPETIT, *Droit...*, p. 87-88.

⁴³⁵ JAYME, Erik. O risco da diversidade lingüística e o direito internacional privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 54, p. 1-23, 1978, p. 1-2.

e os outros comportamentos juridicamente relevantes tornam-se assim freqüentemente equívocos. Nesse sentido originou-se no direito alemão o conceito de “risco da diversidade lingüística”, ou, mais simplesmente, “risco lingüístico” – *Sprachrisiko*.

O objetivo do conceito é saber quem deve suportar o risco do equívoco, quando pessoas que falam línguas diferentes estabelecem entre si determinada relação. Há, em princípio, duas soluções possíveis: ou se exige ao declarante (ou ofertante) que apresente um intérprete ou, pelo contrário, se onera o declaratório (ou aceitante) com o encargo da tradução⁴³⁶. De qualquer maneira, recorde-se que dentre as características do consumo internacional, descritas por Cláudia Lima Marques⁴³⁷, constata-se o desequilíbrio intrínseco informativo entre os parceiros contratuais internacionais, incrementando a vulnerabilidade no plano internacional. E sem dúvida o chamado risco da diversidade lingüística constitui um dos aspectos desse “desequilíbrio intrínseco informativo”.

Erik Jayme destaca três casos jurisprudenciais sobre o tema⁴³⁸. No primeiro caso, por ele denominado “caso do engenheiro americano no Brasil”, o risco lingüístico é percebido pelo Tribunal, embora não seja ainda conscientemente assumido como problema jurídico. O Tribunal não verifica se as condições gerais do contrato postas pela contratante companhia aérea, em português, tinham sido eficazmente acordadas segundo o disposto no direito brasileiro, independentemente de o contratante americano entendê-las ou não. No segundo, o “caso da citação do réu alemão pelo autor português”, o Tribunal deu grande importância ao problema lingüístico. O risco lingüístico não é suportado por aquele a quem o documento é dirigido, e o réu alemão restou protegido, na medida em que a citação somente seria eficaz quando o documento estivesse redigido na língua alemã. O réu teve, assim, oportunidade de

⁴³⁶ JAYME, O risco..., p. 2.

⁴³⁷ MARQUES, A insuficiente..., p. 141-194.

⁴³⁸ JAYME, O risco..., p. 4-7.

tomar conhecimento do seu conteúdo sem a ajuda de um tradutor. O tribunal colocou em primeiro plano, no direito processual civil internacional, o interesse daquele que desconhece a língua; os interesses dos Estados, como tais, não são relevantes nesse caso.

No terceiro caso, o “caso da língua do contrato”, por fim, foram elaboradas determinadas regras específicas sobre o tema. O seu ponto de partida é freqüentemente a chamada língua do contrato, ou seja, a língua utilizada nas negociações antes da conclusão do contrato. Portanto, a solução apresentada pelo tribunal deduz-se da existência de um acordo entre as partes, no sentido de que a língua inglesa era entendida como sendo a do contrato, de tal modo que as condições redigidas em alemão não seriam consideradas conteúdo deste. Haverá tempos, na crença do autor, em que se considerará absurdo não averiguar se a parte conhece ou não a língua utilizada⁴³⁹.

O mais interessante do risco lingüístico para o presente trabalho está nas conclusões a que chegou o jurista, ao analisar os três casos de DIPr, e sua relação com o problema da informação na relação contratual. Constata que, para alguns aspectos do contrato – que a era do consumo deixou mais visíveis, embora também digam respeito a relações entre sujeitos de igual poder econômico, por exemplo⁴⁴⁰ –, está na impossibilidade do método conflitual-formal resolver tais questões suficientemente.

De fato, toda uma teoria pode ser construída com base no risco lingüístico, especialmente no que tange à possibilidade de anulação da declaração negocial com fundamento na ignorância da língua. Ressalte-se que a jurisprudência alemã excluiu a

⁴³⁹ JAYME, O risco..., p. 8.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, Erik Jayme destaca (JAYME, O risco..., p. 10-11) que a doutrina do risco lingüístico foi inicialmente desenvolvida no âmbito do direito do trabalho, depois vindo a se incorporar na prática jurídica internacional.

hipótese de erro nos casos em que o declarante não fez qualquer idéia do conteúdo do documento porque não o leu⁴⁴¹. Deve-se, por exemplo, distinguir entre os negócios em que ambas as partes produzem as suas declarações no interior do país e aqueles em que elas o fazem em locais diferentes, eventualmente fora do território nacional. Nos negócios internos, prevalece o interesse do comércio, isto é, aquele que desconhece a língua deve adaptar-se à *lex loci actus*. Nos contratos entre ausentes⁴⁴² importa, sobretudo, saber se as condições gerais do negócio, redigidas em língua estrangeira, foram ou não validamente incluídas no contrato. Nesses casos, deve-se levar em conta o direito vigente no país do domicílio comercial daquele que desconhece a língua em que se encontram redigidas as condições gerais⁴⁴³.

De qualquer maneira, fica claro que o consumidor não deve jamais suportar o risco lingüístico. Especificamente com relação ao DIPr, fala-se também de uma conexão especial (*Sonderanknüpfung*), que aponta para a proteção daquele a quem um determinado comportamento deve ser imputado como declaração negocial. Daí decorrem modificações nas técnicas de aplicação do direito estrangeiro⁴⁴⁴.

São duas as soluções principais: ou o interesse do Estado passa para primeiro plano, ou a proteção da parte mais fraca está no centro das preocupações. A primeira solução foi adotada pela França na legislação de 1975 sobre o tema⁴⁴⁵. Esta legislação destina-se a proteger a língua francesa e torna o seu emprego imperativo. A aplicação obrigatória da língua francesa está limitada, todavia, ao território francês e destina-se, sobretudo, a proteger

⁴⁴¹ Veja a redação do CDC brasileiro: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

⁴⁴² Destaca-se com relação aos contratos entre ausentes, a doutrina de Cláudia Lima Marques (MARQUES, A Proteção..., p. 44-46) sobre o comércio eletrônico.

⁴⁴³ JAYME, O risco..., p. 20.

⁴⁴⁴ JAYME, O risco..., p. 16.

o consumidor francês. É ainda incerto o âmbito de aplicação desta legislação no comércio internacional, mas pode afirmar-se que sempre que ela seja aplicável se devem excluir as normas gerais de direito internacional privado. O uso da língua nacional torna-se objeto da ordem pública. A vontade das partes tem que passar para segundo plano. Já a segunda solução para o risco lingüístico protege a parte desconhecadora da língua do contrato. O exemplo está nos Estados Unidos, no estado da Califórnia, onde vivem milhões de habitantes que falam espanhol. Assim, encontra-se muita jurisprudência existente sobre a proteção especial do consumidor nos casos em que as partes discutem acerca de cláusulas de condições gerais formuladas em inglês⁴⁴⁶.

Diante do exposto, algumas ponderações devem ser feitas quanto ao Direito Brasileiro. Não se encontram na LICC regras sobre a defesa do consumidor, nem mesmo sobre o risco lingüístico. Encontra-se, contudo, no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, no artigo 31⁴⁴⁷, a necessidade da oferta estar em língua portuguesa. Considerando-se, ainda, o conceito homogêneo de vulnerabilidade no âmbito dos países do Mercosul, conforme já ressaltado, verifica-se, também, que todos apresentam em suas leis de defesa do consumidor⁴⁴⁸ o respeito

⁴⁴⁵ LOI 75-1349, 31/12/1975, relative a l'emploi de la langue francaise: Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeResultatSimpleTextePlusImp.jsp?ligneDeb=41&laPage=3>> Acesso em: 01 fev. 2006.

⁴⁴⁶ JAYME, O risco..., p. 17-18.

⁴⁴⁷ “Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e **em língua portuguesa** sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” (grifo nosso)

⁴⁴⁸ Veja a redação da lei argentina de defesa do consumidor, “Ley 24.240 – Defensa del Consumidor. Art. 6º – [Cosas y servicios riesgosos] [...] En tales casos debe **entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trata y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4º responsables del contenido de la traducción.**” (grifo nosso). A lei paraguaia apresenta a seguinte redação, quanto ao tema: “Ley 1.334/98 de Defensa del Consumidor y sel Usuario: “Artículo 8º. [...] La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas y visibles, **escritas en idioma oficial, sobre su características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso.**” (grifo nosso). A lei uruguaia também prevê referida obrigação: “Ley 17.189 – Dictanse normas relativas a las relaciones de consumo. Artículo 6º Son derechos básicos del consumidor: [...] C) **La información suficiente, clara, veraz, en idioma español y sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas.**” (grifo nosso) Destaca-se, ainda,

à língua nacional. De fato, conforme afirma Erik Jayme, ao analisar a legislação francesa sobre o risco lingüístico⁴⁴⁹, o uso da língua torna-se objeto da Ordem Pública.

A lei brasileira de defesa do consumidor apresenta-se como lei de ordem pública⁴⁵⁰, contudo, nem toda matéria de defesa do consumidor é matéria de ordem pública internacional. Relativamente aos países do Mercosul, por outro lado, constata-se que todos defendem a proteção da vulnerabilidade do consumidor e a todos a questão da informação é crucial. Além disso, a doutrina européia⁴⁵¹ demonstra a importância da informação enquanto elemento de vulnerabilidade também no Continente Ocidental Europeu. Dessa forma, sabendo-se que a Ordem Pública em DIPr refere-se a valores essenciais, de ampla aceitação, sustenta-se que a questão da informação pode definir a Ordem Pública Brasileira de Defesa do Consumidor. Todo lei, ato ou sentença estrangeira que atentar contra à busca pela informação do consumidor agride a ordem pública do país.

Dessa forma, o presente trabalho sugere a possibilidade da redação de um artigo sobre a ordem pública de DIPr Brasileira, nos seguintes termos:

Artigo – Ordem Pública

Ofende a ordem pública brasileira todo ato do fornecedor estrangeiro que veicule oferta de produto ou serviço sabendo ou devendo saber o alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e segurança do consumidor.

Ofende a ordem pública toda publicidade enganosa ou abusiva de fornecedor estrangeiro, nos termos do Código do Consumidor Brasileiro.

decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul sobre um contratos de *time-sharing*, envolvendo nacionais do Brasil, Argentina e Uruguai, no qual a Desembargadora Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza determinou que não obriga promessa de contrato multipropriedade celebrado em língua estrangeira e do qual não teve ciência a parte das cláusulas relativas ao uso do imóvel a ser adquirido, ressaltando a importância do ora discutido. Apelação Civil n.º 196182760, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgamento em 19.11.1996, 9ª Câmara Civil, TJRS.

⁴⁴⁹ JAYME, O risco..., p. 17-18.

⁴⁵⁰ “Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, nos termos do artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

⁴⁵¹ FONTAINE, La protection..., p. 616-618.

Ofende a ordem pública o fornecedor estrangeiro que se prevalece da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir-lhe seus produtos e serviços.

Ofende a ordem pública todo o ato do fornecedor estrangeiro que importe tentativa de diminuir a informação do consumidor, quanto aos produtos e serviços nocivos, potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança do consumidor.

Ofende a ordem pública o oferecimento de produtos e serviços no país sem a devida observância da língua portuguesa e castelhana sobre todas as informações necessárias à saúde e segurança dos consumidores.

É de destacar que se optou por colocar as línguas portuguesa e castelhana, a fim de favorecer os consumidores de todo o Mercosul, na linha da teoria defendida pelo jurista Erik Jayme, já exposta. A respeito do tema, ainda, refere-se que, na pós-modernidade, a força da norma jurídica não provém mais do que enuncia a regra como ordem obrigatória, à qual todos devem se submeter, mas depende do consenso que reveste. Esse consenso supõe que os destinatários a ela adiram: o direito deve ser negociado, deve ser fruto da deliberação coletiva⁴⁵². A análise do direito comparado permitiu observar haver um consenso quanto ao fundamento da vulnerabilidade nos países do Mercosul. O direito de informação, assim, assume a característica de ordem pública internacional no bloco.

B) A proteção do consumidor independentemente da diversidade: o critério mais favorável ao consumidor

Dentro do contexto de mudança do DIPr, considera-se que a transposição de uma política de defesa do contratante mais fraco para uma dimensão jusprivatista internacional nem sempre encontrou apoio unânime da doutrina, por se acreditar que a função do DIPr se

⁴⁵² CHEVALLIER, Vers..., p. 675.

deveria manter distinta daquela desempenhada pelo direito material⁴⁵³. Referem os doutrinadores do Mercosul que, após a década de 1960, caminhou-se no sentido de repensar o método e a idéia de justiça no DIPr⁴⁵⁴.

O mestre francês Bernard Audit⁴⁵⁵ refere que uma tendência “de fundo” passou a ser verificada no âmbito do DIPr. Dessa forma, duas importantes observações devem ser feitas. A primeira coloca-se no sentido de que as relações privadas internacionais não são unicamente reguladas pela atribuição de uma lei nacional, designada segundo o procedimento tradicional da regra de conflito. Realmente, o direito positivo tem adotado dois outros métodos: o **unilateralismo**, que revela ainda forte vínculo com o método de conflito de leis tradicional, e em menor grau, o que o autor francês chama de “**substancialismo** ou **materialização**”, o qual se afasta do método tradicional. Assim, embora se deva admitir que o método conflitual bilateral permanece hegemônico, ele não é mais exclusivo.

A segunda observação concerne ao método clássico em si. Constata-se um recuo da abstração que caracterizava a regra de conflito. Inicia-se um movimento que busca um meio termo ou uma alternativa entre a justiça dos conflitos e a justiça do direito material, entre a certeza e a flexibilidade, numa coexistência entre as regras e a abordagem material⁴⁵⁶. Assim, as normas conflituais passam a ser orientadas a perseguir determinados objetivos materiais. E sem dúvida a proteção do consumidor baseia-se nessa linha. Vê-se, portanto, que a regra de conflito apresenta-se na atualidade como um instrumento que permite atingir uma regulamentação determinada das relações privadas internacionais. O que se busca é a satisfação de interesses materiais ou governamentais, além de prover as necessidades do

⁴⁵³ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 179.

⁴⁵⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, *Aspectos...*, p. 300.

⁴⁵⁵ AUDIT, *Le droit...*, p. 422.

⁴⁵⁶ AUDIT, *Le droit...*, p. 423.

comércio e da própria justiça nas relações internacionais. Frisa Audit⁴⁵⁷, porém, que essa preocupação com a justiça aparece mais claramente na doutrina do que na análise das decisões da Corte de Cassação francesa, por exemplo. Atribui essa atitude ao apego do juiz à lei, mas acredita na mudança dessa realidade nos próximos anos.

Assim, é importante analisar as chamadas **cláusulas de exceção**, a fim de verificar sua possibilidade no atendimento dos interesses dos consumidores no plano internacional. Em geral, as, também chamadas, **normas de conexões abertas** têm sido usadas como corretivo das normas de conexão clássicas. Também são indiretas, mas exigem um caráter material e tópico para concretização. Repisa-se, representam a tendência de tentar encontrar uma ligação entre um critério rígido e a solução flexível, isto é, aquela que toma em consideração as particularidades do caso e que, segundo Pocar⁴⁵⁸, representa uma novidade nos sistemas continentais.

São referidos dois tipos de relação que privilegiam esse tipo de norma de caráter corretivo: os contratos com consumidores e os contratos de trabalho. Ambos são baseados em relações especiais, que em regra necessitam da proteção a uma parte considerada mais fraca na relação contratual. Através da utilização de conexões abertas, busca-se contornar a dificuldade de criar normas sobre a proteção da parte mais fraca. Da mesma forma como a exceção de ordem pública, as cláusulas corretivas requerem uma concretização. Ao contrário da ordem pública, contudo, as cláusulas corretivas buscam corrigir a conexão, não o resultado material⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ AUDIT, *Le droit...*, p. 438.

⁴⁵⁸ POCAR, *La protection...*, p. 365-366.

⁴⁵⁹ JAYME, *Métodos...*, p. 263.

Cita-se de exemplo de norma de conexão aberta o artigo 4, 1⁴⁶⁰ da Convenção de Roma. O artigo determina que a relação contratual deverá ser regulada pela lei do país com o qual apresenta conexão mais estreita, admitindo, muito excepcionalmente, o *dépeçage*⁴⁶¹ do contrato, nos casos em que as partes de um mesmo contrato apresentem conexões mais estreitas com leis de países diferentes. Conforme Fabiane Azevedo⁴⁶², a Convenção de Roma, ao adotar a regra dos vínculos mais estreitos, descartou a antiga solução alemã no sentido de que, na situação em que a vontade hipotética das partes – isto é, o centro de gravidade do contrato – não puder ser definida, procede-se a um *dépeçage* do contrato e submete-se cada uma das obrigações à lei do país onde deva ser executada, cumprida. Assim, a Convenção visivelmente adere ao princípio da proximidade, mediante o qual uma relação jurídica deve ser regida pela lei do Estado com que ela mantém os vínculos mais estreitos.

⁴⁶⁰ “Art. 4. **Lei aplicável na falta de escolha** 1. Quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma **conexão mais estreita**. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país. 2. Sem prejuízo do disposto no n. 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa ou seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do outro, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento. 3. Quando o contrato tiver por objecto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no n° 2, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa. 4. A presunção do n° 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadoria. Presume-se que este contrato apresente uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa. 5. A presunção do n° 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresente uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente número, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objecto principal o transporte de mercadorias. 6. O disposto no n° 2 não se aplica se a prestação característica não puder ser determinada. As presunções dos n°s 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto de circunstâncias, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.”

⁴⁶¹ Nádía de Araújo informa (ARAÚJO, *Contratos...*, p. 207-208) que *Dépeçage* ou fracionamento é o mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição são divididos em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diversas. Os contratos internacionais são operações que, por sua complexidade, podem estar ligadas a mais de um ordenamento jurídico ao mesmo tempo. Conseqüentemente, pode ser utilizada mais de uma regra de conexão para cuidar de cada um de seus diversos aspectos, o que implica a utilização do *dépeçage*.

⁴⁶² AZEVEDO, *Autonomia...*, p. 49-50.

O conceito de “**conexão mais estreita**” é, por si só, muito amplo e passível de diversas concretizações, o que dificilmente se adapta às necessidades de certeza, previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais. Assim, procurando estabelecer um critério orientador, sem, no entanto, restringir a flexibilidade da norma, o legislador da Convenção de Roma estabeleceu, nos números 2, 3 e 4 do artigo 4, presunções sobre a conexão mais estreita, sendo aquela prevista no número 2 a regra geral e as previstas nos números 3 e 4 as presunções aplicáveis a contratos específicos, referentes a imóveis e transportes de mercadorias⁴⁶³. E, apesar de o legislador comunitário se socorrer com uma frequência cada vez maior da noção de “**relação estreita**” ou de outras noções sinônimas, ainda não existe consenso, nem nos ordenamentos jurídicos nacionais quando procedem à transposição das diretivas para o direito interno, nem na doutrina, de qual seja a verdadeira concretização que deva ser dada a este conceito, por enquanto ainda muito vago⁴⁶⁴.

Com relação à proteção do consumidor, igualmente, será no momento de concretização de tal tipo de conexão que se poderá estabelecer um resultado mais ou menos favorável ao contratante mais fraco. Apenas no caso concreto e a despeito de critérios de maior segurança e previsibilidade, será percebido se a conexão resultante privilegiou ou não a parte mais fraca. Não se pode, portanto, afirmar com certeza que será favorável.

Outra regra de conexão de caráter aberto é a da “**prestação característica**”. Afirma-se que a prestação característica foi a solução que se impôs, quer em razão da sua simplicidade, quer por motivos sócio-econômicos, já que, na economia monetária, uma das prestações contratuais consiste no pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, que em nada se distingue de outras prestações monetárias similares cumpridas em outros contratos, ainda que

⁴⁶³ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 192-194.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 253.

sejam de tipo diferente⁴⁶⁵. Ora, sendo a outra prestação não-monetária a que permite distinguir os contratos entre si e a que exprime a sua função econômica, entende-se que será esta prestação – a que caracteriza o contrato – que determinará qual a lei que lhe será aplicável⁴⁶⁶. Contudo, certamente esse critério de conexão não deixa de sofrer críticas, tais como de ausência de segurança jurídica, já que em alguns casos torna-se extremamente difícil determinar a prestação característica de um contrato⁴⁶⁷.

Ressalta Pocar⁴⁶⁸ que a cláusula da prestação característica não consegue satisfatoriamente proteger a parte mais fraca no contrato. Como os contratos realizados com consumidores consistem normalmente no pagamento de soma pecuniária, não será jamais utilizada a prestação característica para determinar a lei aplicável e, se for, será sempre a prestação da outra parte, a parte mais forte. Já Elsa Dias Oliveira refere⁴⁶⁹ que há orientações que procuram determinar qual seja a prestação característica não apenas analisando o tipo contratual, mas também atendendo a elementos como o desequilíbrio de poder contratual entre as partes contraentes. Considera-se, então, que, nos contratos de consumo, a prestação característica é aquela devida pelo contratante hipossuficiente, por ser essa a prestação que justifica sua intervenção. Embora interessante essa sugestão da autora portuguesa, entende-se não ser a mais adequada, por ser dificilmente implementada. Exige uma compreensão muito específica do magistrado, carecendo, assim, de segurança jurídica.

⁴⁶⁵ Novamente destaca-se uma decisão da Corte Federal Suíça, datada de 10 de junho de 1952, R. 1953.390 (Batiffol cita (BATIFFOL, *Traité...*, p. 638-639), na qual foi estabelecida como lei aplicável ao contrato aquela do local de execução da prestação característica da obrigação, a fim de solucionar a diversidade de leis passíveis de aplicação, em virtude do *lex loci executionis*.

⁴⁶⁶ POCAR, *La protection...*, p. 388-389.

⁴⁶⁷ D'OLIVEIRA, Jessurun. Characteristic obligation in the draft EEC obligation convention. *American Journal of Comparative Law*, 1977, p. 313 apud POCAR, *La protection...*, p. 390.

⁴⁶⁸ POCAR, *La protection...*, p. 390-391.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, *A protecção...*, nota 588, p. 199.

Destaca-se que tais conexões abertas são também denominadas de “cláusulas escapatórias” ou “de exceção”⁴⁷⁰, no sentido de que funcionam para corrigir eventuais falhas dos resultados práticos. Assim, deve ser salientado o caráter excepcional de tal solução, revelando a existência de conexões muito fracas com o ordenamento jurídico designado pela norma de conflito clássica. Dessa forma, a atuação da cláusula de exceção somente ocorre ao verificar-se, em concreto, as circunstâncias da causa, o que implica ao intérprete tomar em consideração todas as particularidades de cada caso⁴⁷¹.

Com relação ao desenvolvimento das cláusulas de conexão abertas nos países de tradição *Common Law*, deve-se referir que os tribunais ingleses, a partir do século XIX, e em decorrência do desenvolvimento do comércio internacional, passaram a permitir a utilização do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. Assim, passaram a desenvolver um princípio que ficou conhecido como *Proper Law*, no sentido de que, na ausência de definição da vontade das partes para indicar a lei aplicável, deveria o juiz presumi-la. Para a doutrina inglesa, as partes contratavam sempre com uma lei em mente, cabendo aos tribunais, diante do caso concreto, descobri-la⁴⁷². Nesse sentido, valem os questionamentos trazidos por Vischer⁴⁷³, os quais denotam exatamente o conflito que passou a se colocar no âmbito do DIPr dos contratos. Deve o contrato ser localizado como um todo e, assim, questionar-se qual lei (ou qual Estado) governa esse contrato? Ou se deve questionar apenas qual a lei mais relevante, ou mais apropriada para reger o contrato?

Destaca-se, portanto, essa tendência recente de admitir como último remédio, em caso de iniquidade flagrante, que provocaria a aplicação da regra de conflito ordinária, a

⁴⁷⁰ JAYME, Identité..., p. 44-47.

⁴⁷¹ Nesse sentido, a discussão da doutrina europeia acerca da prevalência das cláusulas abertas sobre as normas imperativas e vice-versa, trazida por Cláudia Lima Marques (MARQUES, A insuficiente..., p. 184-185).

⁴⁷² ARAÚJO, *Contratos...*, p. 64-65.

⁴⁷³ VISCHER, *The Antagonism...*, p. 16.

intervenção de uma cláusula de exceção permitindo ao juiz retificar a falha (artigo 4, 5, da Convenção de Roma). Essa rigidez do método bilateral demonstra que se tem partido de uma concepção classificada como automática e mecânica das leis a uma concepção regulatória das relações jurídicas internacionais⁴⁷⁴.

Com relação aos consumidores, especificamente, cita-se Pocar⁴⁷⁵, o qual pergunta se o mais eficiente não seria simplesmente determinar ao juiz que aplique a **lei mais favorável**⁴⁷⁶ ao consumidor. Confirma sua suspeita no sentido de que deve o juiz aplicar a lei que seja mais favorável ao consumidor dentre as leis de alguma maneira conectadas à questão. Ressalta como vantagens do *favor consumidor* simplificar e esclarecer as respostas, enviando sempre à legislação que garanta o maior grau de proteção.

Destaca-se a contribuição de Haroldo Valladão⁴⁷⁷ quanto à aplicação da lei mais favorável. Refere o autor brasileiro que o princípio da lei mais favorável apresenta-se muito antigo e restrito no âmbito do DIPr, mas tem tomado vulto e amplitude na atualidade.

⁴⁷⁴ DROZ, Regards..., p. 39.

⁴⁷⁵ POCAR, La protection..., p. 405-406.

⁴⁷⁶ Ancel e Lequette (ANCEL; LEQUETTE, *Les grands*, n. 21 – Verdier c.Tasoniero, p. 189) referem uma decisão da Corte de Cassação Francesa, de 5.12.1949, sobre a aplicação da lei favorável. Trata-se do caso de uma mulher italiana que deu à luz, em 9.10.1940, a uma filha a quem reconheceu como tal. A criança, de mesma nacionalidade que a mãe, adquiriu a nacionalidade francesa em 20.05.1943. Antes disso, em 6.10.1942, uma ação de investigação de paternidade foi intentada perante autoridade judiciária francesa. Em sua defesa, o suposto pai alegou que a ação deveria ser submetida à lei nacional da criança. Essa apreciação, conforme as regras processuais, deveria ser feita no dia da interposição da demanda. Assim, a lei italiana, que proíbe a investigação de paternidade, exceto nos casos de rapto ou estupro, seria a aplicável à questão. Quando da apelação, os argumentos foram repisados. A Corte acabou decidindo pela **lei mais favorável** à criança, isto é, pela lei francesa, porque possibilitou o reconhecimento da paternidade e os direitos da criança, conseqüentemente.

⁴⁷⁷ VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Curso de derecho internacional*. Washington, 1981, p. 522-560, p. 523. Destaca-se que o autor incluiu tal princípio em sua proposta de lei sobre a matéria, na década de 1960, incluindo-o no “Capítulo III, Disposições de DIPr”. Interessante também destacar que o autor, na página 524, defende ter o princípio origem muito remota, já sendo referido na obra de Hugo Grotius. Nas Américas, refere que Teixeira de Freitas já o mencionava, o que deu origem ao art. 14 Código Civil Argentino: “*Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1ro.) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; 2do.) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3ro.) Cuando*

Constitui um elemento de conexão bastante original, pois parte de uma comparação substancial entre a lei do país onde se levantar a questão, habitualmente a lei do foro, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram. E conclui-se pela aplicação da lei que for mais favorável, seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz, ao filho, ao pupilo, ao alimentado, ao devedor, ao herdeiro legítimo. Refere, ainda, ter tido o princípio ampla aceitação no Direito Internacional Privado de Família⁴⁷⁸.

O autor italiano⁴⁷⁹ quer sempre chamar a atenção de que, para que haja uma efetiva proteção do sujeito mais fraco da relação contratual, deve-se ter presente que muitas vezes uma só regra de conexão não se apresenta como única solução. Deve haver uma aplicação conjunta. Deve-se aplicar, conjuntamente com o método conflitual, um exame material do conteúdo do direito designado pela norma de conflito. Daí a importância do *favor consumidor*.

Refere-se, assim, que o presente trabalho opta por buscar conexões que assegurem aplicar a lei, dentre uma pluralidade de opções, que se apresente como a mais favorável ao consumidor⁴⁸⁰. Sabe-se, por outro lado, constituir a escolha da lei mais favorável uma difícil tarefa para o magistrado. Com efeito, não se consegue, *in abstracto*, definir qual a lei mais favorável. Apenas o caso concreto é capaz de fazê-lo⁴⁸¹.

Elsa Dias Oliveira⁴⁸² reforça o argumento da complexidade de estabelecer qual seja a solução mais favorável, em virtude do método de comparação que deve ser seguido: se deve

fuere de mero privilegio; 4to.) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.” (grifo nosso).

⁴⁷⁸ VALLADÃO, O princípio..., p. 522-526.

⁴⁷⁹ POCAR, La protection..., p. 360.

⁴⁸⁰ OVERBECK, Les questions..., p. 86.

⁴⁸¹ OVERBECK, Les questions..., p. 87.

ser feita uma comparação entre normas isoladas e relacionadas com a situação ou se deve tal comparação assumir um caráter mais global. O método global apresenta o risco de ser compreendido como uma desnecessária comparação da totalidade dos dois ordenamentos jurídicos e, mesmo pela renúncia, na prática, a uma comparação abstrata de normas. Já uma comparação regra a regra pode levar o intérprete a perder o enquadramento da estrutura global em que essas normas se inserem, podendo inclusive chegar-se a conclusões distintas da realidade jurídica em causa⁴⁸³.

Nesse sentido, Alfred Overbeck⁴⁸⁴ refere que as soluções inspiradas em preocupações materiais são de três ordens: as regras de conflito podem ser formuladas de maneira a aplicar a (a) **lei mais familiar** à pessoa que querem proteger; (b) a lei que determine o resultado almejado, como a **manutenção de um contrato**, o **estabelecimento de uma filiação** ou a **validade de um testamento**, ou, enfim, (c) podem deixar uma maior amplitude para as **próprias partes envolvidas determinarem elas mesmas** a lei aplicável⁴⁸⁵.

Sem dúvida, a classificação do referido autor mostra-se extremamente interessante para o tema da proteção do consumidor. Conforme visto quando da análise das formas de proteção baseadas nas regras clássicas de DIPr, tem-se defendido a lei da residência do consumidor como solução. Diante da classificação ora exposta, tal conexão também

⁴⁸² OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 251.

⁴⁸³ OLIVEIRA, *A protecção*, p. 252.

⁴⁸⁴ OVERBECK, *Les questions...*, p. 75.

⁴⁸⁵ Ancel e Lequette (ANCEL; LEQUETTE, *Les grands...*, p. 195) apresentam uma outra classificação tripartite sobre normas conflituais de caráter material: a) a partir da opção do legislador, a exemplo do art. 311-16, al. 2 do Código Civil Francês (“*la légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l’enfant*”); b) a partir da atuação do magistrado perante uma pluralidade de leis, a exemplo do art. 5 da Convenção de Roma, a respeito dos consumidores, já referido; c) a partir de uma regra que leva em consideração outras regras, a exemplo do art. 311-17 do Código Civil Francês (“*la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l’enfant*”). Assim, os resultados materiais buscados pela regra – a validade e o reconhecimento da paternidade ou maternidade – são obtidas se uma das duas leis os consagrar.

demonstra um caráter material (**lei mais familiar**). É de observar, contudo, que a solução é criticada porque não necessariamente a lei mais familiar ao consumidor será a mais protetiva. Além disso, também se alega que o consumidor não conhece em regra sua lei, nem qualquer outra lei, tornando tal critério sem efetiva função. A outra maneira materialmente orientada de elaborar uma norma protetiva seria estabelecer um **resultado almejado**. Sem dúvida, o critério da conexão mais favorável ao consumidor enquadra-se nessa hipótese.

Questiona-se, então, a possibilidade de enquadrar uma norma de proteção do consumidor também na terceira hipótese, isto é, unir todas as possibilidades de proteção material apresentadas pelo autor Overbeck em seu curso de Haia. Conforme já referido, defende-se a presença da autonomia da vontade, mesmo nas relações de consumo: certamente, porém, de forma limitada, orientada. Independentemente da diversidade de leis ou de critérios de conexão, é possível atingir a lei que mais favoreça o consumidor. Daí a importância das conexões alternativas.

a) As conexões alternativas

Conforme, então, já ressaltado, enquanto a regra de conflito tradicional se apresenta indiferentemente ao conteúdo das leis em análise, há numerosas regras de DIPr que têm se afastado desse princípio. Destaque-se que esse afastamento resulta da estrutura desse novo tipo de regras, nas quais prevalecem as conexões alternativas, subsidiárias ou cumulativas⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Vale referir uma classificação das normas de DIPr, elaborada por Werner Godtschmidt (GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, p. 189-192), a partir do ponto de conexão que apresentam. Podem ter conexão **não-cumulativa simples**, tais como aquelas que aplicam uma lei a um determinado aspecto, tais como a conexão sobre propriedade ou posse, que determina a lei do lugar onde está situado o imóvel, por exemplo (art. 8º da LICC.).

Nos dois primeiros casos, **a regra tende a favorecer um resultado**. Constatamos que elas são de natureza mista porque compostas de um elemento de conexão e de um elemento substancial. Por isso também denominadas regras de “conflito com coloração material”⁴⁸⁷.

Enfim, as pedras angulares do direito interno passaram a ter uma influência sobre a concepção das regras de DIPr, ampliando ao interior desse ramo uma idéia de proteção que se encontrava no seio do direito material. Advém daí o desenvolvimento do princípio do *favor leasi*⁴⁸⁸ bem como certas opções legislativa e convencional em matéria de alimentos⁴⁸⁹.

Portanto, a regra é diretamente substancial quando visa a proteção de uma categoria de pessoas reputadas em situação de vulnerabilidade. Assim é o artigo 311-18⁴⁹⁰ do Código Civil Francês sobre alimentos, sendo que a lei que rege a obrigação de prestá-los pode ser tanto a da residência do alimentando, como a da residência do devedor, **à escolha do primeiro**. Também os trabalhadores e os consumidores são beneficiados por essa técnica subsidiária⁴⁹¹.

A conexão pode ser **não-cumulativa condicional**, subdividida em subsidiária ou condicional. A **não-cumulativa condicional subsidiária**, ocorre quando a norma indireta apresenta apenas um ponto de contato, mas refere-se também a um segundo (ou subsequente) caso a conexão não se perfectibilize. Já na conexão **não-cumulativa condicional alternativa** a norma indireta oferece vários pontos de contato, dentre os quais a eleição vai decorrer da livre vontade das partes (autonomia da vontade) ou em virtude de um fato determinado pela regra geral a favor do direito mais favorável em determinado aspecto (*favor legis*). Podem, por outro lado, as normas terem conexões **cumulativas**, quando a uma só questão, se aplicam várias leis. Subdividem-se em iguais e desiguais. As **cumulativas iguais** ocorrem quando uma mesma questão é submetida a diferentes leis, de forma independente uma da outra; assim, apenas uma coincidência entre as leis aplicáveis permite chegar a uma solução positiva. (art. 2 da Convenção de Haia sobre Separação e Divórcio). Já as **cumulativas desiguais** consistem em aplicar a uma questão apenas um direito que, inobstante, está submetido à comparação de um outro direito, que serve de guia. Por exemplo, o autor cita o artigo 2º da lei de 14 de julho de 1891, na qual um co-herdeiro francês deve herdar no estrangeiro, pelo menos, o que herdaria se o direito francês fosse aplicável.

⁴⁸⁷ AUDIT, Le droit..., p. 427.

⁴⁸⁸ Cláudia Lima Marques (MARQUES, Novos rumos..., p. 79) refere que, na Alemanha, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram a chamada teoria da ubiqüidade, através da qual, seguindo o princípio da “lei mais favorável à vítima”, podem ser aplicáveis tanto a “lei do lugar onde o fato ocorreu” como a “lei do lugar onde seus efeitos se fizeram sentir”, em matéria de delitos.

⁴⁸⁹ RAMOS, La protection..., p. 205.

⁴⁹⁰ “Article 311-18 L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur.”

⁴⁹¹ A redação do art. 5 da referida Convenção de Roma também apresenta-se nesse sentido. Repita-se, assim, de forma adaptada, parte sua redação: “Art. 5 **Contratos celebrados com consumidores** [...] 2. Não obstante o disposto no artigo 3 (liberdade de escolha), **a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual**. [...]”. (grifo nosso)

Na Convenção de Roma, por exemplo, isso é feito através da combinação de uma conexão imperativa – residência habitual do consumidor – e de uma possibilidade de derrogação, pela autonomia da vontade, em favor da pessoa a ser protegida⁴⁹².

Dessa forma, uma possibilidade mostra-se através de um elenco de critérios objetivos de conexão alternativamente dispostos. Segundo Overbeck⁴⁹³, a conexão alternativa mais difundida apresenta-se com relação à forma dos atos jurídicos⁴⁹⁴. O princípio *locus regit actum*⁴⁹⁵ encontra-se geralmente admitido de forma facultativa, isto é, pode-se observar a lei local ou a lei que rege a substância do ato. Assim, pode ser aplicável, por exemplo, a lei do lugar de conclusão do ato, ou, ainda, em matéria contratual, pelo critério subjetivo da vontade

⁴⁹² AUDIT, *Le droit...*, p. 429-430.

⁴⁹³ OVERBECK, *Les questions...*, p. 82.

⁴⁹⁴ Relativamente aos consumidores, observe-se a redação da Convenção de Roma: “Art. 9. Requisitos de forma. 1. Um contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país é formalmente válido desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável por força da presente convenção ou da lei do país em que foi celebrado. 2. Um contrato celebrado entre pessoas que se encontram em países diferentes é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável pro força da presente convenção ou da lei de um desses países. 3. Quando o contrato é celebrado por um representante, o país a tomar em consideração para efeito de aplicação dos n.ºs 1 e 2, é o país em que os poderes representativos são exercidos. 4. Um acto jurídico unilateral relativo a um contrato celebrado ou a celebrar é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei que regular a substância do contrato, aplicável pro força da presente convenção ou da lei do país em que esse acto é praticado. 4. Um acto jurídico unilateral relativo a um contrato celebrado ou a celebrar é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma que prescrito pela lei que regular a substância do contrato, aplicável por força da presente convenção ou da lei do país em que esse acto é praticado. 5. O disposto nos números anteriores não se aplica nos contratos que caem no âmbito de aplicação do artigo 5, celebrados nas circunstâncias enunciadas no n.º 2 desse artigo. A **forma** desses contratos é regulada pela lei do país em que o **consumidor tem a sua residência habitual**. [...]” (grifo nosso).

⁴⁹⁵ Interessante observar os apontamentos de Beviláqua (BEVILÁQUA, *Princípios...*, p. 170-172) sobre as origens históricas do princípio *locus regit actum*: “A sua origem, está definitivamente averiguado, não remonta ao direito romano, apesar do argumento que se tem querido tirar do fr. 34, D. 50, 17 e de outras passagens do *Corpus Juris*. Formulou-a muito mais tarde BARTHOLO e consagraram-na os seus discípulos. Os estatutários reconheceram a sua necessidade e os modernos, divergem quanto à sua extensão, acham-se de acordo quanto à importância que ela tem nas relações internacionais de ordem privada. Bem se compreende que o direito feudal começasse opondo obstáculos a que a forma de um ato, estabelecida de acordo com a lei de um lugar, fosse respeitada além dos limites territoriais da soberania da qual emanava essa mesma lei, mas a necessidade venceu aqui as prevenções e se admitiu que as leis referentes à forma dos atos tivessem efeito extraterritorial. [...]. Mais tarde prevaleceu a idéia de que os estatutos referentes à forma eram reais, porém, continuou-se a dar-lhes por fundamento a necessidade do comércio e o interesse prático. Esta necessidade prática parece ter exclusivamente impressionado autores modernos [...], em virtude do direito de soberania a lei do lugar se impõe a quem nele se acha, portanto a forma dos atos não pode ser outra senão a do lugar onde se realizam.” Também Werner Goldschmidt (GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, p. 189-190) refere que a conexão do *locus regit actum* enquadra-se na situação de alternativa, com possibilidade de escolha pelas partes.

das partes. Outro exemplo trazido pela doutrina refere-se à Convenção de Haia⁴⁹⁶, de 1961, sobre o conflito de lei em matéria da forma das disposições testamentárias, prevendo numerosas alternativas no espaço e no tempo.

Por fim, refere-se a técnica das conexões alternativas, nas quais é indicada mais do que uma lei na norma de conflito, sendo dada preferência àquela que assegura um determinado resultado material que se pretende obter⁴⁹⁷, sem dúvida de especial interesse na defesa do consumidor. Nesse sentido, defendendo as conexões alternativas para o caso, posiciona-se o autor argentino Toniollo⁴⁹⁸, segundo o qual é preciso partir sempre da residência habitual do consumidor. Também deve ser oferecida ao consumidor a possibilidade de optar pela lei do estabelecimento principal ou residência do fornecedor⁴⁹⁹.

Quanto ao lugar de celebração do contrato (*lex loci celebrationis*), o autor crê que essa conexão perde espaço para a do lugar de aquisição do produto, a não ser que se criasse uma regra que unisse as duas conexões: o lugar de aquisição do produto, quando coincida com o lugar de celebração, e seja possível identificar-se este último. Assim, também o direito do lugar de celebração, interpretado como o lugar de aquisição, deveria constituir uma faculdade do consumidor. Ressalte-se, porém, que o lugar do efetivo cumprimento se sobressai ao lugar de celebração, por favorecer mais o consumidor⁵⁰⁰. Com relação à autonomia da vontade, conforme se viu, a proposta de Toniollo é mantê-la também com relação ao consumidor, porém a partir de determinados limites, isto é, o consumidor opta, dentre as soluções

⁴⁹⁶ Dispõe o art. 1º: “*Article 1 A testamentary disposition shall be valid as regard form if its form complies with the internal law: a) of the place where the testator made it, or; b) of a nationality possessed by the testator, either at the time when he made the disposition, or at the time of his death, or c) of a place in which the testator had his habitual residence either at the time when he made the disposition, or at the time of his death, or e) so far as immovable are concerned, of the place where they are situated [...]*”

⁴⁹⁷ OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 295.

⁴⁹⁸ TONIOLLO, *La protección...*, p. 102.

⁴⁹⁹ TONIOLLO, *La protección...*, p. 100.

⁵⁰⁰ TONIOLLO, *La protección...*, p. 102.

propostas, por aquela que lhe seja mais favorável. A doutrina mais recente de Cláudia Lima Marques⁵⁰¹ também defende conexões flexíveis, indicando a lei do domicílio do consumidor como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei limitadamente escolhida pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor.

Do ponto de vista simplesmente metodológico, afirma a doutrina⁵⁰² que as regras alternativas são suscetíveis de superar as dificuldades quanto à determinação da lei mais favorável. A questão, porém, está em saber se o juiz pode invocar ele mesmo uma lei que estima a mais favorável ou discutir a escolha expressa pelo interessado, ou ainda, determinar a lei que lhe convém para aplicar às conseqüências de uma nulidade até que alguma daquelas designadas não validem a situação. Realmente, a eficácia das conexões alternativas dependerá notadamente da questão de saber se o juiz deve ou não aplicar de ofício a regra de conflito que julgar indicada⁵⁰³. Nesse sentido, destaque-se a discussão jurisprudencial suíça e alemã, em matéria de atos ilícitos, questionando-se da possibilidade da parte lesada poder escolher a lei mais favorável ou se deve o juiz, de ofício, determiná-la⁵⁰⁴.

Vê-se, pois, que aqui se retoma uma discussão que permeia o DIPr contratual desde seus primórdios. Ocorre que, conforme abordado por Henri Battifol, os defeitos da aplicação da *lex loci executionis* fizeram com que a jurisprudência desenvolvesse a idéia da “prestação característica” para corrigir a possibilidade de *dépeçage*⁵⁰⁵. Assim, um dos argumentos favoráveis à adoção da autonomia da vontade em DIPr, segundo já ressaltado, foi exatamente que as partes determinassem qual a prestação característica, em outras palavras, que as partes determinassem a lei que estivesse mais conectada a seus interesses. Daí o surgimento das

⁵⁰¹ MARQUES, *Confiança...*, p. 445.

⁵⁰² AUDIT, *Le droit...*, p. 430.

⁵⁰³ OVERBECK, *Les questions...*, p. 82.

⁵⁰⁴ OVERBECK, *Les questions...*, p. 89-90. Também a respeito do tema, MARQUES, *Novos rumos...*, p. 79.

⁵⁰⁵ BATIFFOL, *Traité...*, p. 638-639.

conexões alternativas, tais como a dos vínculos mais estreitos, a fim de determinar a lei aplicável na falta de escolha.

No momento, discute-se a questão da lei aplicável ao contrato pelo ângulo determinado a partir de critérios advindos do direito material. Isso significa que a presença de vulneráveis desloca um pouco o eixo da discussão, mas não totalmente. A doutrina, ao exaltar as conexões alternativas como facilitadoras na definição da lei mais favorável, posicionam-se no sentido de que a possibilidade de o juiz declarar aplicável uma lei que não é aquela dos vínculos mais estreitos vai ao encontro daquela que parece ser a diretiva fundamental da solução de conflito de leis⁵⁰⁶. Portanto, a dificuldade está em definir quantos critérios devem conjuntamente estar agindo para determinar a lei mais favorável ao consumidor. A resposta parece estar realmente na junção do critério objetivo (determinado através da lei), do subjetivo (possibilidade das partes escolherem) e do aqui denominado imperativo (atuação do magistrado).

Entende-se, portanto, que esse papel deve ser exercido em última análise pelo magistrado. Podem, sim, as partes determinarem, a partir dos limites estabelecidos pelas conexões alternativas dadas pelo legislador, qual a lei aplicável. Contudo, o magistrado sempre deve coordenar essa escolha. Daí advém a importância das chamadas regras ou normas de aplicação imediata, última *ratio* do sistema, adiante analisadas⁵⁰⁷.

Antes, porém, destaca-se o aspecto pós-moderno da norma de conexões alternativas. Diz-se que o direito pós-moderno se opõe em relação ao direito moderno através de dois

⁵⁰⁶ AUDIT, *Le droit...*, p. 430.

⁵⁰⁷ Destaca-se, nesse sentido, discussão trazida por Cláudia Lima Marques (MARQUES, *A insuficiente...*, p. 184-185) acerca da prevalência ou não do art. 5 da Convenção de Roma (*favor consumidor*) sobre o art. 7

importantes aspectos: o pluralismo que se opõe à unidade e a diversidade, à hierarquia; mas também a regulação que se opõe à coação, e a adaptabilidade que se opõe à estabilidade⁵⁰⁸. E, sem dúvida, as normas de conexões alternativas representam muito bem essa pluralidade e essa busca pela adaptação própria do direito pós-moderno (ou hiper-moderno, num sentido da possibilidade de soluções).

O direito moderno esteve, como se viu, fundado em uma concepção monista: o Estado atuava enquanto única fonte da normatividade jurídica, e, por consequência, havia uma só ordem jurídica. Assim, as normas jurídicas formavam um conjunto coerente, integrado, monolítico, cujos elementos se encaixam harmoniosamente. Esse fenômeno tomou uma dimensão nova nas sociedades contemporâneas. De início, fontes jurídicas se multiplicaram. Isso não significa o fim de todo princípio de ordem, mas essa ordem é agora fundada sobre a diversidade mais do que sobre a uniformidade, a hierarquia cede passo à coordenação. Essa interpretação do pluralismo mostra-se, sem dúvida, muito simples: o Estado conserva uma posição central nas relações com outras ordens jurídicas, às quais impõe sua tutela ou mediação⁵⁰⁹.

(normas imperativas). Refere que a Corte Federal Civil alemã tem preferido aplicar primeiramente o art. 5 e somente depois o art. 7. A jurista, por sua vez, considera essa solução também mais acertada.

⁵⁰⁸ CHEVALLIER, Vers..., p. 671-672.

⁵⁰⁹ CHEVALLIER, Vers..., p. 673-675.

b) As normas imperativas

A tendência à materialização do DIPr também se mostra, através de uma série de técnicas de regulamentação direta e pela elevação do número de vezes em que a lei do juiz nacional é utilizada, inclusive diretamente. Assim, ao invés de soluções indiretas, o DIPr passa a utilizar-se, dentre outras, de soluções diretas⁵¹⁰. Depois de um longo caminhar da regra de conflito, as considerações substanciais assumem um papel crescente e cada vez mais reconhecido⁵¹¹.

O surgimento das normas de aplicação imediata deu-se a partir da Primeira Guerra Mundial, quando a situação de crise econômica fez com que os Estados passassem a editar regras restritivas à autonomia dos indivíduos. Nesse sentido, destaca-se a discussão acerca do conceito de negócio jurídico, relativamente às mudanças sociais trazidas, especialmente, pelo fenômeno da industrialização, aumentando a intervenção do Estado nas relações privadas. Assim, os juízes começaram a utilizar normas intervencionistas em suas decisões⁵¹².

Ressalta-se, então, o papel de importância dado ao poder discricionário do juiz, sobre o qual é difícil estabelecer um padrão de previsibilidade de grande alcance para as partes envolvidas no comércio internacional. Realmente, as regras de conexão tradicionais permitem verificar o ponto de contato previamente. Já com as normas de aplicação imediata, nem

⁵¹⁰ JAYME, Identité..., p. 44-45.

⁵¹¹ AUDIT, Le droit..., p. 423-424.

⁵¹² RAMOS, La proteccion..., p. 211-212..

sempre é possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato⁵¹³.

O chamado “substancialismo ou materialização”, portanto, é entendido como a possibilidade de o juiz confrontar a solução advinda da regra de conflito com uma regra *ad hoc*, a partir das leis e seus resultados para o caso. Aplicam-se regras materiais, que fornecem diretamente a regulamentação de uma determinada relação, independentemente das leis internas com as quais essa relação também apresente contato. Desse ponto de vista, essas regras podem ter origem estatal ou origem na prática internacional. Assim, as regras materiais são formuladas pelo legislador ou por uma convenção internacional, tal como a Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁵¹⁴.

São, então, denominadas **normas de aplicação imediata**, porque fixam seu próprio campo de aplicação em razão dos valores jurídicos a que visam proteger. Equiparando a relação internacional a uma relação interna, na medida em que correspondem a normas materiais, muitas vezes são formuladas para reger determinadas situações no âmbito do foro⁵¹⁵. Pode-se, assim, estabelecer uma distinção entre o DIPr Material, que apresenta diretamente soluções para reger uma situação jurídica internacional, e o DIPr Conflitual, que

⁵¹³ BELANDRO, Rubem. *Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 8, 1995, p. 47-48 apud ARAÚJO, *Contratos...*, p. 38-39

⁵¹⁴ AUDIT, *Le droit...*, p. 445. A respeito da Convenção de Viena, veja-se FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 55-66, 1996; MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 40-54, 1996; VICENTE, Dário Moura. Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a airectiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 9-30, out./dez. 2003; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Caveat venditor?* a Diretiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 21-56, jul./set. 2002.

⁵¹⁵ JACQUES, *Direito...*, p. 96.

resolve a questão apenas de forma indireta, pois somente a lei interna indicada poderá dar a solução⁵¹⁶.

A respeito dos métodos de uniformização de normas materiais de DIPr, vale citar a tentativa da ONU, na década de 1960, de unificação do direito – forma que se acreditava capaz de trazer resultados⁵¹⁷. Segundo o autor italiano Antonio Malintoppi⁵¹⁸, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas preocupava-se também com o DIPr, no sentido da unificação desse ramo do direito, e mais especialmente, com a elaboração de normas materiais uniformes para a regulação do comércio internacional. Não havia interesse na unificação das normas de conflito, mas sim a elaboração de normas materiais uniformes. Mesmo assim, já se constata a relação existente, em termos técnicos e estruturais, entre a unificação do DIPr no sentido tradicional-conflitual e o DIPr material, a qual originaria um novo DIPr, que ora se analisa.

Por outro lado, há referência no sentido de que o desenvolvimento de um DIPr com regras materiais pode levar a um antagonismo entre o direito conflitual e o direito uniforme. A solução, porém, vem através de uma **combinação entre os dois processos**, inclusive com a combinação destes com outros⁵¹⁹. De fato, o núcleo essencial da relação entre o DIPr indireto e o material está no mútuo objetivo de regular os fatos sociais interligados, mas pertencentes a

⁵¹⁶ RAMOS, La protection..., p. 198.

⁵¹⁷ Quanto à crença de que a unificação das normas de DIPr resolveriam a insuficiência do método clássico, refere-se que, como consequência das tendências internacionais, também encontrou apoio nos países latino-americanos. De fato, já em 1875 um Chanceler peruano organizava um “Congresso de Plenipotenciarios Jurisconsultos”, a fim de discutir a possibilidade da unificação do direito americano. Nesse sentido, PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Curso de Derecho Internacional 1992*, 19. Washington, 1996, p. 183-218, p. 206-207.

⁵¹⁸ MALINTOPPI, Antonio. Le Nazioni Unite e la unificazione internazionale del diritto interno. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 48, n. 2, p. 242-251, 1965, p. 243-244.

⁵¹⁹ OVERBECK, Les questions..., p. 70.

diversos ordenamentos jurídicos⁵²⁰. Citam-se, a título de exemplo dessa preocupação das Nações Unidas, os convênios estabelecidos com o UNIDROIT⁵²¹ e a Conferência de Haia⁵²².

Pois bem, as normas materiais de aplicação imediata, por sua importância e íntimo contato com os interesses governamentais ou de ordem pública de um país, devem ser seguidas por todos e em todas as relações privadas que apresentem forte relação com o país. Não importa se são nacionais ou estrangeiras: tais leis devem ser aplicadas, sem precisar passar pelo método localizador do DIPr, pois as também chamadas *lois de police* devem ser aplicadas de forma genérica e extraterritorial⁵²³.

A teoria e a prática das leis de polícia constituem um dos desenvolvimentos mais importantes no DIPr europeu, no curso da segunda metade do século. Do ponto de vista comparativo, esse desenvolvimento representa o interesse de constituir um ponto de encontro entre o DIPr continental e a teoria americana do *governmental interest analysis*⁵²⁴. A lei de polícia constitui uma disposição interna aplicada a uma situação internacional sem consideração da lei que seria “normalmente aplicável”, segundo uma regra de conflito. Trata-se, portanto, de um **sacrifício em âmbito internacional às necessidades de ordem**

⁵²⁰ MALINTOPPI, Le Nazioni..., p. 244.

⁵²¹ Com relação ao Instituto para Unificação do DIPr – UNIDROIT – não se pode deixar de mencionar seus últimos trabalhos, no sentido de organizar um conjunto de princípios relativos aos contratos internacionais, pois decididamente foram excluídos os consumidores de tal regulamentação. Tal decisão deveu-se à regulamentação especial dada aos consumidores, em virtude de sua vinculação à ordem pública dos países, conforme lição de PARRA-ARANGUREN, La importancia..., p. 183-218.

⁵²² MALINTOPPI, Le Nazioni..., p. 249/50.

⁵²³ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Aspectos generales del sector del derecho aplicable. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Coord.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR*: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 257-314, p. 302.

⁵²⁴ AUDIT, Le droit..., p. 440-441. O autor Godschmidt (GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, p. 190) refere que nos países continentais, tais como Alemanha e Suíça, manifestou-se a “teoria do interesse nacional”. Também a importante contribuição de Vischer (VISCHER, *The Antagonism...*, p. 16-17), no sentido de que as primeiras críticas suscitadas pelos autores americanos ao método clássico de Savigny decorreram da dificuldade de realizar os interesses dos estados. Somente num segundo momento a preocupação voltou-se para os indivíduos, enquanto tais: “[...] *Their prime concern is not so much the position of the individual, facing confliction rules of different States, but the interest of the States involved and the question whether those interests will be furthered by application of their rules. This may be the result of the more constitutional approach of conflicts-solving in the United States.*” (grifo nosso).

interna⁵²⁵. Nesse sentido, ressalta-se que o caráter intervencionista do Estado nas relações privadas, a fim de tutelar determinadas situações, fez por proliferar, conseqüentemente, em âmbito internacional, as normas de aplicação imediata⁵²⁶.

De maneira geral, as leis de polícia tendem à proteção de pessoas consideradas vulneráveis, tais como os mineiros, no passado, ou, hoje em dia, uma vasta categoria de contratantes: assalariados, segurados, locatários, consumidores. E a pergunta mais freqüentemente está em estabelecer se determinada disposição imperativa no direito interno constitui ou não uma lei de polícia em matéria internacional⁵²⁷. Convém, ainda, questionar, no caso, se a aplicação da disposição em detrimento de uma lei de outro modo aplicável se justifica para seu objetivo e para as conexões com a espécie, ou seja, se ela responde a um interesse estatal efetivo no caso concreto⁵²⁸.

Conseqüentemente, se poderia crer na desnecessidade, por exemplo, de um ordenamento comunitário, como o da União Européia ou do Mercosul, disciplinar sobre o tema, bastando cada país determinar sua lei de proteção ao consumidor como norma de aplicação imediata. Os inconvenientes, entretanto, são vários. A possibilidade de cada Estado-membro estabelecer sua lei de defesa do consumidor como norma de aplicação imediata deixaria sem proteção o consumidor turista – ou consumidor ativo⁵²⁹.

⁵²⁵ AUDIT, *Le droit...*, p. 440-441.

⁵²⁶ Refere-se (DROZ, *Regards...*, p. 40) que o desenvolvimento das *lois de police* advieram da teoria do *governmental interests analyses* desenvolvida nos Estados Unidos da América. Também aborda o tema, JACQUES, *Direito...*, p. 75.

⁵²⁷ Verifica-se que esta é a preocupação trazida por Cláudia Lima Marques e Daniela Jacques (MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado do consumidor no Brasil. In: ESTUDOS em memória do Professor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1, p. 95-133, p. 101), no sentido de estabelecer o que no CDC se apresenta como ordem pública interna e o que se apresenta como ordem pública internacional.

⁵²⁸ AUDIT, *Le droit...*, p. 441.

⁵²⁹ Cláudia Lima Marques (MARQUES, *Some recent...*, p. 20) estabelece distinção entre consumidor ativo e passivo.

Realmente, o consumidor turista nacional apenas estaria protegido, quando o juiz nacional fosse aplicar a *lex fori* para solução do caso. Não teria como recorrer à lei de seu país, já que sua tutela pressuporia a extraterritorialidade de sua lei, cuja característica é justamente a territorialidade. Como é o fornecedor estrangeiro quem, em geral, redige os contratos concluídos com os consumidores, provavelmente incluiria a cláusula de eleição da sua lei, quando a conexão fosse a autonomia da vontade, por exemplo. Na situação da lei de execução do contrato perderia igualmente o consumidor ativo. E, com relação à conexão do lugar de celebração do contrato, ainda assim sairia prejudicado, pois em geral é o fornecedor que faz suas propostas, sendo normalmente considerado o lugar de celebração o do domicílio do ofertante.

Também deixaria o consumidor sem proteção, quando o foro provável de sua demanda fosse em país estrangeiro, nos contratos à distância ou por comércio eletrônico – consumidor passivo. Não haveria certeza de que as normas imperativas ou de ordem pública do país de domicílio do consumidor seriam aplicadas pelo juiz ou pelo júízo arbitral de outro país, excetuando-se, é claro, a possibilidade de convenção internacional específica⁵³⁰. Assim, as normas de aplicação imediata possuem uma eficácia relativa na proteção do consumidor, já que não há uma obrigação internacional que recaia sobre os Estados de reconhecer, atender ou aplicar *lois de police* de outros países.

Assim, é de se destacar que quando existir um dado, um fundamento como “de polícia”, em razão da regra imperativa que se encontra, o direito convencional europeu, por exemplo, é submetido ao método bilateral para assegurar a aplicação global de suas disposições, e formulando uma conexão especial: a Convenção de Roma submete assim a

⁵³⁰ As referidas insuficiências são trazidas por Cláudia Lima Marque: MARQUES, *Confiança...*, p. 330-331.

relação de consumo à residência habitual do consumidor (artigo 5, sob determinadas condições). Não se quer deixar de lado, totalmente, o método bilateral, já que restabelece a harmonia internacional na matéria onde as leis de polícia são particularmente difundidas⁵³¹.

Vale, ainda, esclarecer a diferença entre a lei resultante da aplicação da exceção de ordem pública e uma norma de aplicação imediata. Como resultado da exceção de ordem pública, a aplicação da lei estrangeira determinada pela regra de conexão é bloqueada por ser contrária à ordem pública do foro. Quando se trata de impedimento determinado pelas normas imperativas, estas impedem até a utilização do método conflitual para se chegar à lei aplicável, pois, em face de sua obrigatoriedade, não há que mencionar qualquer escolha⁵³². Vê-se, pois, que as normas imperativas devem ser usadas somente nas situações em que a disposição é imprescindível à coerência do sistema, devendo intervir pontualmente.

As chamadas *lois de police*, contudo, podem assumir abertamente uma função que antes cabia exclusivamente à exceção de ordem pública. As leis de aplicação imediata substituem à lei estrangeira aplicável a uma regulamentação construída a partir de objetivos nacionais, embora essa regulamentação não seja mais identificada com aquela usada no foro⁵³³, adquirindo um *status* internacional. De fato, esses novos métodos têm se manifestado nas relações internacionais de objetivos essenciais do foro, e a exceção de ordem pública tem podido ser menos interventiva do que já foi em outros tempos⁵³⁴.

⁵³¹ AUDIT, *Le droit...*, p. 443.

⁵³² ARAÚJO, Nádía de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 195-229, nota 22, p. 209.

⁵³³ LIBCHABER, *L'exception...*, p. 70.

⁵³⁴ LIBCHABER, *L'exception...*, p. 72.

No Brasil, por exemplo, não há leis de DIPr referindo a defesa do consumidor. A regra sobre contratos é a lei de sua constituição. Contudo, há no Brasil um importante caso sobre a defesa do consumidor que retrata de forma bastante ampla, não só especificamente a proteção do consumidor através do DIPr no Brasil, mas o DIPr brasileiro como um todo na atualidade. Refere-se o “caso Panasonic” (Resp 63.981-SP), no qual os magistrados do Superior Tribunal de Justiça consideraram o CDC uma norma de aplicação imediata, aplicando-a para proteger um consumidor brasileiro que havia comprado uma câmara filmadora com defeito em Miami, nos Estados Unidos, e não estava conseguindo a reposição com a empresa da marca fabricante aqui no Brasil. Segundo a doutrina que estudou particularmente o considerado *leading case*⁵³⁵, ele retrata a tendência dos ordenamentos jurídicos ao chamado *lexforismo*. Embora a decisão faça menção expressa ao contrato ter sido realizado no exterior, isso não é considerado relevante a ensejar a aplicação da norma de conflito da LICC⁵³⁶.

Vê-se que o método conflitual foi irrelevante para a solução dada pelos julgadores, mais especificamente à norma de conexão prevista no artigo 9º da LICC. Com efeito, a aplicação dessa norma levaria ao exame do que dispõe a lei de Miami, local em que o consumidor firmou o contrato de compra e venda da mercadoria. A aplicação do CDC ocorreria, a título de exceção de ordem pública, caso em que o direito estrangeiro seria afastado ante a sua incompatibilidade com as concepções de justiça vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, no caso em comento, foi aplicado imediatamente o CDC, o que faria supor tratar-se do uso do método das normas de aplicação imediata⁵³⁷.

⁵³⁵ A dissertação de mestrado de Daniela Jacques analisa os meandros e a extensão dos efeitos da referida decisão no ordenamento brasileiro.

⁵³⁶ JACQUES, *Direito...*, p. 55-56.

⁵³⁷ JACQUES, *Direito...*, p. 81-82.

Representou, pela primeira vez, de maneira incisiva, um questionamento do método conflitual, demonstrando as razões pelas quais esse se tornava inadequado para reger determinadas relações internacionais⁵³⁸. Além do mais, entendeu-se que, a partir da propositura dessas teorias, o DIPr abriu as portas para novas tendências e a consagração do método das normas de aplicação imediata. Essa solução, adotada no caso, poderia defender uma aplicação irrestrita das normas de proteção do consumidor para todas as relações internacionais como normas de aplicação imediata, cujo entendimento é fortemente criticado pela doutrina por perder de vista o objetivo da harmonia jurídica internacional⁵³⁹, deixando de lado a proteção do consumidor turista e do consumidor que vive em país pobre.

Relativamente às normas de aplicação imediata, cita-se, ainda, os ensinamentos de Pocar⁵⁴⁰, no sentido de que, assim como a exceção de ordem pública, as normas de aplicação imediata, ao constituírem um limite ao funcionamento ou à aplicação da regra de conflito, confirmam uma função protetora do DIPr, que se encontra no próprio conteúdo de suas normas. A doutrina destaca o **papel de última ratio das soluções**, nos casos nos quais não se encontra uma conexão convincente⁵⁴¹.

Também se deve mencionar que o fenômeno das leis de aplicação imediata é distinto das normas materiais especiais para uso internacional, tais como a Convenção de Viena, por exemplo, embora todas de caráter material. As leis e normas de aplicação imediata são exatamente as mesmas de aplicação interna, que têm seu campo de aplicação estendido internacionalmente⁵⁴², enquanto a referida convenção tem fonte internacional.

⁵³⁸ JACQUES, *Direito...*, p. 69.

⁵³⁹ MARQUES, *A insuficiente...*, p. 188-190.

⁵⁴⁰ POCAR, *La protection...*, p. 358.

⁵⁴¹ OVERBECK, *Les questions...*, p. 73.

⁵⁴² FRESNEDO DE AGUIRRE, *Aspectos...*, p. 303.

Deve-se estabelecer uma distinção entre as normas de aplicação imediata e outro método também de caráter material, específico da Europa, que são as **diretivas**. A União Européia deu preferência ao uso de regulamentos e diretivas para impor ou sugerir normas materiais⁵⁴³. Utilizou mais frequentemente as convenções para tratar da lei aplicável às relações de consumo e seu foro. As últimas diretivas editadas, porém, contêm normas de DIPr⁵⁴⁴. Destaque-se que o caráter pós-moderno das diretivas é bastante presente, já que demonstra bem o monismo do direito internacional na atualidade, isto é, a aproximação entre o direito internacional público e o direito internacional privado⁵⁴⁵.

Com o desenvolvimento do direito pós-moderno, assiste-se à emergência de uma concepção marcada por um refluxo dos elementos de coação e unilateralidade. Os comandos jurídicos tradicionais tendem a dar lugar às técnicas mais ágeis: os textos indicam os objetivos que são desejáveis atender, fixam as diretivas que são oportunas seguir, formulam recomendações que se devem respeitar, mas sem lhes dar força obrigatória. A norma não tem mais a característica imperativa e sua aplicação depende não mais da submissão, mas da adesão dos destinatários⁵⁴⁶.

Nesse sentido, as diretivas estabelecem normas que devem ser incorporadas pelos sistemas nacionais. De fato, elas expressam uma partilha de atribuições e uma colaboração entre o nível comunitário e o nacional, respeitando as peculiaridades de cada sistema, porquanto vinculam os Estados-membros destinatários apenas quanto ao resultado a ser atingido, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Cabe, assim, aos Estados-membros a escolha do ato jurídico de transposição da Diretiva: lei,

⁵⁴³ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006, p. 63-55.

⁵⁴⁴ MARQUES, *Confiança...*, p. 371.

⁵⁴⁵ JAYME, *Identité...*, p. 37. No mesmo sentido, BOGGIANO, *The contribution...*, p. 195.

⁵⁴⁶ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 677-678.

decreto, circular etc⁵⁴⁷, ficando livres para determinar que medidas serão tomadas para atender à diretiva.

Trata-se de uma legislação pós-moderna, havendo três textos que assumem simultânea importância para resolver os casos⁵⁴⁸: há a lei nacional, que transpõe a diretiva; há a diretiva em si e suas normas – porque o juiz é livre para interpretar a lei nacional à luz do direito europeu, logo, da Diretiva; e existem os considerandos – preâmbulos semelhantes aos dos Tratados Internacionais, os quais fixam sua finalidade e são importantes porque motivam a norma internacional.

Erik Jayme traz o exemplo da Diretiva sobre *time-sharing* ou multipropriedade, a qual contém uma regra de DIPr. Segundo o artigo 9 dessa normas, os Estados devem tomar as medidas necessárias para estabelecer a lei aplicável ao caso, independente de qual seja, não deixando, porém, quem adquire a multipropriedade desprovido da proteção mínimo, advinda da norma europeia. Determina, portanto, um *standard* de proteção europeu, quando o imóvel estiver situado no território de outro Estado da Comunidade⁵⁴⁹.

Por isso se diz que, para harmonizar os direitos dos Estados europeus, as diretivas “saltam por cima”⁵⁵⁰ das diferentes legislações nacionais, impondo um regime de harmonização mínimo, juntamente com as regras do país de origem. De acordo com a *lex originis*, quando um serviço é prestado em um Estado-membro a um destinatário de outro, este último se absterá de intervir na referida relação, que será regida em todos seus aspectos

⁵⁴⁷ FRADERA, A circulação..., p. 31.

⁵⁴⁸ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos da Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-69, mar. 2003, p. 64-67.

⁵⁴⁹ JAYME, Direito..., p. 64/7

⁵⁵⁰ Expressão cunhada por GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas. *Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio eletrônico*. In: ORTIZ, Rafael. *Comercio eletrônico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001, p. 656

pela lei do país em que esteja estabelecido o prestador de serviço, cujo controle corresponde em exclusividade ao país de origem⁵⁵¹. Assim, apesar das diferenças com a própria legislação, há o reconhecimento da legislação interna dos demais países⁵⁵².

Vê-se, pois, que, através dessas diretrizes, é possível determinar o escopo de dada legislação, sem que se produzam leis idênticas nos diferentes países-membros. O caráter geral de tais normas, porém, tem suscitado críticas, no sentido de que tais instrumentos auxiliam na ausência de sistematização do ordenamento europeu. De fato, essa harmonia mínima leva parte da doutrina a negar a existência de um direito europeu do consumidor, ao mesmo tempo em que afirma a desnecessidade de um verdadeiro sistema de proteção para o desenvolvimento do mercado comum daquele continente⁵⁵³.

A autora espanhola Gómez-Urrutia⁵⁵⁴ refere que as deficiências do artigo 5 da Convenção de Roma são resolvidas por essas normas, que começam a impor padrões mínimos aos países⁵⁵⁵. E como há um sistema de supranacionalidade na União Européia, isso se faz possível⁵⁵⁶. Refere como exemplo a Lei sobre Condições Gerais de Contratação da Espanha

⁵⁵¹ GÓMEZ-URRUTIA, Protección..., p. 656.

⁵⁵² Denomina-se princípio do reconhecimento mútuo, conforme GÓMEZ-URRUTIA, Protección..., p. 656.

⁵⁵³ WILHELMSSON, Existiria..., p. 188-191.

⁵⁵⁴ GÓMEZ-URRUTIA, Protección..., p. 681

⁵⁵⁵ Guido Alpa traz a experiência italiana, informando que em 1993, por exemplo, foi instituída uma comissão para a proteção dos consumidores, constituída de uma sub-comissão especialmente para tratar das cláusulas abusivas. Constituída por professores universitários e funcionários do governo, tanto do Ministério da Relações Sociais, como da Justiça e da Indústria, a fim de estudar e adotar os documentos normativos. Como resultado, foi elaborado um texto que apresenta não apenas as opções da Itália frente à diretiva, como também, na lição do renomado autor italiano, as soluções do país para eliminar as fórmulas às vezes obscuras ou aproximativas do texto comunitário, em relação aos problemas de tradução para o italiano das versões originais em francês e inglês e de diferenças conceituais. Nesse sentido, ALPA, Guido. *La protection de la partie faible en droit italien*. In: GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges*. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 583-590, p. 587-588.

⁵⁵⁶ Conforme informações trazidas por Menezes Leitão, “desde o Tratado de Maastrich foi transferida para a União Européia a competência para legislar em matéria de direitos dos consumidores (artigos 100, c), 129º, a) e art. 3º, B e S), assistindo-se simultaneamente a uma europeização do Direito do Consumo, havendo igualmente ambições de europeização do próprio Direito dos Contratos, através da elaboração de princípios similares aos “*Restatements*” norte-americanos ou mesmo da criação de um Código Civil Europeu”: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Caveat venditor? a Diretiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento*

(lei 7/13.04.1998), que incorporou a Diretiva 93/3/CE sobre cláusulas abusivas, impondo novos deveres aos fornecedores espanhóis⁵⁵⁷.

Embora o caráter material e o caráter finalístico seja comum às diretivas e às normas de aplicação imediata, a forma de atuação, como se viu, é bastante diversa. As diretivas servem para harmonizar, para colmatar lacunas, enquanto as *lois de police* representam a salvaguarda dos valores principais de determinado sistema⁵⁵⁸. Dessa forma, se apresentam essencialmente diversas, e as normas de aplicação imediata mostram-se estar na contramão da tendência de harmonização e consenso jurídico⁵⁵⁹, já referida.

Para que se caracterize uma norma como de aplicação imediata, devem-se analisar os objetivos buscados pelas leis materiais do foro e pesquisar a política legislativa do mesmo, considerando-se os **interesses do Estado** e os **interesses privados que o Estado busca proteger** em especial⁵⁶⁰. Diante dessa realidade, a adoção das leis de polícia como solução para conflitos em DIPr recebeu críticas por significar um retorno ao unilateralismo⁵⁶¹.

Porém deve ser afastada essa relação, já que as normas de aplicação imediata **convivem com o método conflitual**⁵⁶². Relativamente à análise do Caso Panasonic, no qual o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro foi compreendido enquanto norma de aplicação

Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 21-56, jul./set. 2002, p. 22.

⁵⁵⁷ Veja interessante solução alemã (MARQUES; JACQUES, *Normas*, p. 102), através do art. 29a EGBGB, dispondo que, mesmo se as normas materiais européias não forem as indicadas pelas normas de conflitos de leis, as diretivas protetivas se aplicam de qualquer forma.

⁵⁵⁸ RAMOS, *La proteccion...*, p. 222-223.

⁵⁵⁹ CHEVALLIER, *Vers...*, p. 677-678.

⁵⁶⁰ DROZ, *Regards...*, p. 41.

⁵⁶¹ Tais críticas são apresentadas e discutidas por Daniela Jacques (JACQUES, *Direito...*, p. 148) em sua dissertação de mestrado.

⁵⁶² DROZ, *Regards...*, p. 40.

imediate, destacam-se as conclusões de Daniela Jacques⁵⁶³, no sentido que, para ordenamentos jurídicos com poucas normas de caráter bilateral, com conexões rígidas e antigas, como o Brasileiro, o reconhecimento das normas de aplicação imediata significa já um avanço importante para a proteção do consumidor. O uso das normas de aplicação imediata representa uma orientação no sentido de seguir a denominada tendência materialista no direito internacional privado.

De fato, a superação desse materialismo pode se dar através da adoção de normas mais flexíveis, como o *favor consumidor*. E aqui se refere que cabe ao juiz caracterizar ou não uma norma como norma de aplicação imediata. Porém é possível destacar um possível rol de matérias que podem assumir o papel de norma de aplicação imediata, tais como as normas de proteção do consumidor, relativas à proteção do patrimônio cultural, em matéria de direito do trabalho, proteção de menores no direito de família, entre outras⁵⁶⁴.

Entende-se, assim, pela utilização das normas de aplicação imediata enquanto último recurso do sistema internacional de defesa do consumidor. Embora deva haver previsão legal da possibilidade de recurso à norma, é o juiz quem decide o momento de utilizá-la, caso todos os demais recursos do DIPr da atualidade não se mostrarem aptos a proteger o consumidor.

⁵⁶³ JACQUES, *Direito...*, p. 148-150.

⁵⁶⁴ JACQUES, *Direito...*, p. 109.

CONCLUSÃO

A partir do objetivo de contribuir na construção de um DIPr de defesa do consumidor, analisou o presente trabalho as causas da vulnerabilidade e os remédios para a proteção do consumidor nas relações internacionais de consumo. A perspectiva através da qual se buscaram as causas da vulnerabilidade foi exatamente observando as soluções oferecidas pelo método clássico do DIPr. Então constatou-se inicialmente que o sistema de DIPr parte de uma concepção liberal, própria da sociedade individualista moderna, cujo valor essencial está na igualdade racional-formal entre os indivíduos.

O artigo 310 do Código Civil francês, de caráter unilateral, demonstra as origens da disciplina, quando o legislador preocupava-se apenas com as hipóteses nas quais deveria aplicar a sua lei. Fruto desse modelo social, o autor alemão Savigny, com base na comunidade de direito entre as nações, sistematizou a disciplina. Através da teoria da sede da relação jurídica, estabeleceu os critérios de conexões das normas de conflito bilaterais, as quais não resolvem a questão jurídica subjacente, mas indicam a lei aplicável à relação. Destaque-se que já no século XIX, Savigny⁵⁶⁵ ressaltava ser o indivíduo o objeto da disciplina. Os efeitos práticos da aplicação do DIPr clássico, porém, não se mostraram sempre nesse sentido.

⁵⁶⁵ SAVIGNY, *Sistema...*, p. 207-208.

A teoria do método conflitual, embora lógica e eficiente, nunca deixou de demonstrar a insuficiência do paradigma unicamente formal. O desenvolvimento jurisprudencial da noção de prestação característica apresenta-se um exemplo do esforço em corrigir a mecanicidade da aplicação da regra de conflito bilateral. De fato, a complexidade de enquadrar situações fáticas tão ricas em um sistema lógico unívoco acaba trazendo efeitos não previstos, tais como o *dépeçage* do contrato, dificultando a solução jurídica ao juiz e às partes envolvidas no caso. O caráter formal do DIPr privilegia, em muitos casos, soluções injustas, tais como o referido caso do reconhecimento de paternidade da criança de nacionalidades italiana e francesa. Caso a Corte de Cassação francesa não tivesse desenvolvido um argumento em favor da criança, seu direito teria sido afastado pelo método conflitual.

A proteção do consumidor, por sua vez, exigiu no mundo inteiro uma adequação do direito privado para que conseguisse efetivar a tutela, já que também o direito material, cuja sistematização ocorreu principalmente através dos Códigos Civis, desenvolveu-se com base na igualdade formal entre as partes. Assim, através das soluções oferecidas pelo DIPr tradicional para a proteção do consumidor, foi possível mais claramente perceber as insuficiências da disciplina diante de situações que exigem especial tutela. A lei da residência habitual ou o foro do domicílio do consumidor são as soluções trazidas pelas normas indiretas. Percebeu-se, ainda, que também a exceção de ordem pública pode atuar em benefício do consumidor. As críticas, porém, quanto a essas soluções são no sentido de que as conexões objetivas podem, nem sempre, trazer a maior proteção ao consumidor. Já o recurso à ordem pública pode deixar sem proteção o consumidor nas circunstâncias nas quais o juiz da causa dela não se valha, ou o direito do foro não seja o mais favorável. Além disso, a territorialidade dessa solução acabaria obscurecendo a principal virtude do método clássico: o respeito à legislação estrangeira.

Nesse sentido, ganha relevância o duplo papel ou a dupla face da autonomia da vontade. No âmbito das relações privadas em geral, especialmente as de caráter comercial, é possível constatar a eficiência dessa solução, já que as partes podem escolher a lei que melhor atenda a seus interesses. Não se faz necessário todo um esforço teórico em se definir a sede da relação jurídica, já que as próprias partes podem defini-la. Privilegia-se a segurança e a previsibilidade nas relações internacionais, pois a solução dos conflitos acaba se afastando da possibilidade de intervenção do magistrado. Através do princípio da autonomia da vontade, foi possível definitivamente erigir o sujeito de direito a objeto principal da disciplina. E, por outro lado, a autonomia da vontade permitiu demonstrar de forma muito clara a insuficiência do DIPr de caráter racional formal, por permitir a opressão do fraco pelo forte: não há mecanismos que impeçam que o fornecedor estabeleça a lei a ele mais favorável. Percebe-se, então, que, embora a preocupação jurídica continue centrada no indivíduo, não se considera mais ele sozinho, mas em relação social.

A partir da doutrina de Fausto Pocar⁵⁶⁶, então, estabeleceu-se um paralelo entre o direito material e o DIPr. A evolução da discussão acerca da fundamentação do negócio jurídico, cujo principal exemplo está no contrato, demonstra não ser distante daquela realizadas no plano internacional. Num primeiro momento houve o reconhecimento do indivíduo no plano internacional, já na atualidade se percebe a presença de um sujeito de direitos inserido numa comunidade, na qual todas as relações necessitam de tutela. A autonomia da vontade, então, veio a significar, em última análise, a transição entre DIPr de caráter moderno e o DIPr pós-modernidade ou hipermoderno, permitindo aos juristas perceber

⁵⁶⁶ POCAR, La protection..., p. 357-358.

a importância de valorizar a vontade das partes, de favorecer os indivíduos, suas diferenças e especificidades na determinação do direito que deve reger suas relações privadas.

Num segundo momento, então, passou-se a buscar os remédios para superar a vulnerabilidade do consumidor na relação internacional de consumo. A primeira solução apresentada baseou-se no direito à informação do consumidor, já que uma pesquisa na doutrina dos países do Mercosul permitiu observar que a vulnerabilidade do consumidor está vinculada essencialmente à falta de informação sobre o fenômeno do consumo. Nesse sentido, dois importantes aspectos foram ressaltados. Em primeiro lugar, o reconhecimento da vulnerabilidade enquanto princípio, bastante antigo, presente desde a Antigüidade Romana, agora vinculado ao fenômeno da massificação social, que produziu o sujeito hipossuficiente em aspectos técnicos, econômicos, jurídicos, mas essencialmente informacionais. Nesse sentido, diante da hipernormatização advinda do positivismo extremado, propugnou-se a adoção do princípio como uma fonte flexível, mas igualmente técnica na tutela internacional do consumidor.

Além disso, a percepção da importância da informação na superação da vulnerabilidade trouxe a discussão do risco lingüístico, a partir da doutrina de Erik Jayme⁵⁶⁷. De fato, a importância da informação para caracterizar a hipossuficiência ficou definitivamente demonstrada, quando o problema da língua do contrato se apresentou. O DIPr precisa sensibilizar-se, portanto, de que algumas especificidades das relações privadas, que num primeiro momento aparecem como questões secundárias, podem constituir fator determinante no momento de decidir a lei aplicável.

⁵⁶⁷ JAYME, O risco..., p. 1-2.

Assim, diante da constatação da essencialidade da informação enquanto remédio para o sistema, não apenas para o direito do consumidor brasileiro, mas igualmente para o direito do consumidor do Mercosul, elaborou-se uma proposta de lei de ordem pública brasileira em matéria de relação internacional de consumo. Na linha da doutrina de Cláudia Lima Marques⁵⁶⁸, percebeu-se que nem todas as regras de defesa do consumidor são de Ordem Pública Internacional, isto é, podem assumir o caráter imperativo além dos limites do território. Contudo, a questão da informação é tão essencial na solução do problema que os atos, leis e sentenças estrangeiras que violarem esse direito estarão violando a Ordem Pública do país, elaborando-se, enfim, uma proposta de artigo de lei quanto ao tema.

O segundo remédio apresentado foi através de técnicas desenvolvidas nos últimos tempos na disciplina, que privilegiam a materialização, segundo a doutrina de Bernard Audit⁵⁶⁹. Com efeito, tentativas de solucionar o excessivo formalismo do DIPr clássico são buscadas, pela jurisprudência e pela doutrina desde a metade do século XX, na tentativa de privilegiar todos os sujeitos de direitos excluídos da lógica formalista, tais como as crianças, os trabalhadores, os lesados. Portanto, como ressaltou Haroldo Valladão⁵⁷⁰, a busca pela “lei mais favorável” já é bastante antiga. E um dos documentos legislativos com maior repercussão no âmbito da proteção internacional dos consumidores é a Convenção de Roma, de 1980. Apresenta artigos específicos com relação à defesa do consumidor, agregando desde soluções mais tradicionais, como a “lei da residência habitual do consumidor”, até soluções mais inovadoras, através do recurso às conexões alternativas e às chamadas normas imperativas.

⁵⁶⁸ MARQUES, Por um Direito..., p. 134-135.

⁵⁶⁹ AUDIT, Le droit..., p. 422.

⁵⁷⁰ VALLADÃO, O princípio..., p. 523.

Nessa linha, então, analisaram-se as soluções baseadas na busca pela lei mais favorável ao consumidor, seja através das conexões alternativas, seja através do recurso às normas de aplicação imediata. Ressalta-se, portanto, que a unidade da solução clássica encontra-se superada no âmbito desse DIPr pós-moderno de defesa do consumidor. Independentemente da diversidade de normas, é possível adotar a solução mais justa. Além disso, destaca-se que o presente trabalho entende que o recurso às normas imperativas, assim como o recurso à ordem pública apresenta caráter de exceção ou de última *ratio* na salvaguarda do sistema. O DIPr Brasileiro já apresenta um *leading case* na proteção internacional do consumidor, em que o CDC foi aplicado independentemente do recurso ao método clássico. Essa situação, porém, não pode ocorrer com frequência, sob pena de um excessivo territorialismo por parte do direito brasileiro. Outras soluções podem ser propostas.

Nesse sentido, então, com base na doutrina e na proposta de Cláudia Lima Marques, que realizou um exaustivo estudo sobre uma sugestão de Convenção Interamericana para a Proteção dos Consumidores nas Américas⁵⁷¹, a qual “certamente construiria um ambiente de maior segurança nas relações de consumo”⁵⁷², defende-se que uma nova lei de DIPr brasileiro seja adotada. Os principais pontos da proposta estão apoiados no estudo ora realizado, que defende, no terreno processual, a adoção do Protocolo de Santa Maria; no âmbito das relações

⁵⁷¹ “Art. 2 – Proteção contratual geral. 1. Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratados à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se for a lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços. 2. Aos contratos celebrados pelo consumidor, estando ele fora de seu país de domicílio, será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução ou a lei do domicílio do consumidor.” “Art. 3 – Normas imperativas 1. Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-á necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor. 2. Tendo sido a contratação precedida de qualquer atividade comercial, de *marketing*, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspondência, *e-mails*, prêmios, convite, manutenção de filial ou representantes de demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços, a atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente às normas imperativas do foro e à lei aplicável ao contrato ou à relação de consumo.” MARQUES, A insuficiente..., p. 80.

⁵⁷² JACQUES, *Direito...*, p. 147.

contratuais, a CIDIP V, bem como uma norma específica sobre a proteção do consumidor, com base em normas de caráter alternativo, cuja regra básica seja a lei do domicílio do consumidor, com a possibilidade de escolha de outra lei que seja a ele mais favorável. Esse controle é dado ao juiz, o qual pode, em última análise recorrer à aplicação de normas imperativas, tais como o CDC. Deve o magistrado guiar-se pela norma de ordem pública em relação à defesa do consumidor, a qual valoriza essencialmente a defesa do direito de informação do consumidor, principal fator de vulnerabilidade.

Enfim, destacando os principais pontos da lição de Bernard Audit⁵⁷³, propugna-se, sob a reserva feita à imperatividade das normas de tutela do vulnerável, um DIPr sobre as relações internacionais de consumo que permaneça fundamentalmente fiel ao método de conflito bilateral. Não se busca uma rejeição total do método desenvolvido por Savigny ou uma extrema valorização do papel dado ao juiz na análise do caso concreto. Busca-se, de fato, minimizar os casos de insatisfação quanto ao resultado obtido, isto é, da designação de lei tida como inadequada. A utilização dos diferentes mecanismos inerentes ao método da regra de conflito permite orientar o resultado da lei mais apropriada. Assim como ocorre na maioria dos países europeus, busca-se um meio termo, ou um meio caminho entre as regras simplificadas, bem como uma pesquisa das soluções em função do caso particular. De fato, no passado se aplicava ao indivíduo uma lei única para o conjunto de matérias descritas como constituintes do estatuto da pessoa. Hoje é possível que se aplique uma pluralidade de leis segundo as relações em causa. De qualquer maneira, a questão de saber se determinada lei é ou não a mais apropriada e como determiná-la continuará sendo a preocupação e a divisão entre os internacionalistas.

⁵⁷³ AUDIT, *Le Droit...*, p. 447-448.

Conforme destaca Jacques Chevallier⁵⁷⁴, portanto, o direito da atualidade tem como sua principal marca a adaptabilidade, isto é, a busca permanente da eficácia das normas editadas, da pertinência de seu conteúdo, não hesitando em criticá-la. E esse objetivo representa, sob certo ângulo, a garantia de uma norma bem estruturada. A evolução jurídica pós-moderna (ou hipermoderna) não significa somente o índice de declínio da racionalidade jurídica, mas também o “fecho da abóboda do movimento de racionalização”, na medida em que ela combina a racionalidade técnica com a racionalidade social.

⁵⁷⁴ CHEVALLIER, Vers..., p. 686.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: ESTUDOS sobre a proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. A Convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 10, p. 7-21, jul. 1994.

_____. Projeto de Código Civil – as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67/79, jul./set. 1999.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático – Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. Trad. Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro. In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 296-316.

ALPA, Guido. La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali. In: IL RUOLO della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del convegno internazionali di studi in onore di Alberto Burdese. Padova: Cedam, 2003. v. 1. p. 155-172.

_____. Il Controllo dei Contratti per Adesione. *Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. 87, p. 531-565, sett./ott. 1989, p. 533-534

_____. La protection de la partie faible en droit italien. In: GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges*. Paris: L.G.D.J, 1996. p. 583-590.

_____. Princípios gerais e direitos dos contractos: um inventário de *dicta* e de questões. In: MONTEIRO, Antonio Pinto (Org.) *Contratos: actualidade e evolução*. Porto, Portugal: Lael, 1997.

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 5-19, jul./set. 1995.

_____. Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza. *Revista de Direito Civil*, n. 73, p. 5-16, jul./set. 1995.

_____. Tendencias en la Contratación Moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 104-114, jul./set. 1999.

AMARAL JÚNIOR, Alberto de. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun 1989.

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 4 ed. Paris: Dalloz, 2001.

ARAÚJO, Nádia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195-229.

_____. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A internacionalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e o caso do TRIPS. *Revista da ABPI*, n. 62, p. 3-14, jan./fev 2003.

ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina. Disponível em <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm> Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Ley 24.240 – Defensa del Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 292-308, abr./jun. 1998.

_____. Ley 24.999, modificándose los artículos 11, 13 y 14 del capítulo IV y 40 del capítulo X de la Ley 24.240. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 239-240, jul./set. 1998.

ARIETTI, Marina. Responsabilità Precontratuale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, p. 2, p. 729-743, 1991.

ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 124-136, mar. 1992.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XXe siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 421-448, avril/juin. 1998,

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Fabiane Verçosa Figueiredo. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais: eleição da lei aplicável no direito convencional e no direito internacional privado brasileiro*. 2003. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 33-45, jun. 1999.

BARTOLI, Luigi Cannada. Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 78, n. 2, p. 324-344, 1995.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 198-211, 1996.

_____. As cartas de intenção ou contratos de negociação *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 769, p. 28-47, nov. 1999.

_____. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 13-23, 1996.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. v. 1.

BATIFFOL, Henri. *Traité élémentaire de droit international privé*. 2 ed., Paris: LGDJ, 1955.

BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração*. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luis Carlos Fridman Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. O Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 670, p. 49-51, ago. 1991.

_____. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 77-139.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado* – Edição histórica. Campinas: RED, 2002.

BOBBIO, Norberto. Il preambulo della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v 58, n. 3, p. 437-445, 1974.

BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1995.

_____. The contribution of the Hague conference to the development of private international law in Latin America: universality and *genus loci*. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Hague, n. 233, p. 103-266, 1993.

BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

BRASIL. Constituição, 1988. In: CÓDIGO Universitário Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. In: CÓDIGO Universitário Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. In: CÓDIGO Universitário Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Decreto n.º 2.067/96, de 12 de novembro de 1996, Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Las Lenãs, 1992. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 494-500.

_____. Decreto n.º 2.095, de 17 de dezembro de 1996, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, 1994. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO,

Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 505-509.

BRAVO, Luigi Ferrari. Prospettive del Diritto Internazionale alla Fine del Secolo XX. *Rivista de Diritto Internazionale*. V. LXXXIV, fasc. 3, p. 525-533, 1991.

BROCHER, Charles. *Nouveau Traité de Droit International Privé*. Paris : E. Thorin, 1876.

CALIXTO, Negi. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Universidade do Paraná, 1987.

CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Carvajal. Sugerencias para un derecho de consumo unitario. *Revista Chilena de Derecho*, v. 29, n., 1, p. 127-133, ene./abr. 2002.

CARBONNIER, Jean. Exorde. In: REVET, Thierry (Org.) *L'ordre public à la fin du Xxe siècle*. Paris: Dalloz, 1996. p. 1-2.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Deber de Información em la Ley 17.189, de 20 de Setiembre de 1999. *RDC*, n. 34, a. 9, p. 45-77, abr./jun. 2000.

CIRNE LIMA, Ruy. *Introdução ao estudo do direito internacional privado: tese de concurso*, Porto Alegre: Tipografia do Centro da Boa Imprensa, 1929.

COMISSÃO DE COMÉRCIO DO MERCOSUL. Ata. n. 08/97 do Comitê Técnico n. 7, Anexo, Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor (em espanhol), de 29 de novembro de 1997. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 519-531, jul./dez. 1997.

COMISSÃO DE COMÉRCIO DO MERCOSUL. Ata. n. 07/97 da Reunião de Montevideú, recusando o Projeto de Protocolo, de 10 de dezembro de 1997. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 532-535, jul./dez. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social do Jurista no Brasil Contemporâneo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 670, p. 7-13, ago. 1991.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em 19 de junho de 1980 e em vigor em 1º de abril de 1991. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 474-483.

_____. Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, de 16 de setembro de 1988. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 556-589..

_____. *Regulamento 44/2001/CE*. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/gpr/2001/com2001_0531pt01.pdf> Acesso em: 02 dez. 2005.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos

Contratos Internacionais, 1994. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266-269.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 1955. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 279-280.

_____. Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, 1986. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 384-397.

CONVENÇÃO DO MERCOSUL. Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo. Disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/legis/psmjimcm.htm>> Acesso em: 27 jan. 2005.

CANARIS, Claus-Wilhem. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, António Pinto (Org.) *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Lael, 1997.

CASTRESANA, Amélia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madri: Tecnos, 1991.

CASTRO, Amílcar. *Direito internacional privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue de Droit Public*, n. 3, 659-690, maio/juin. 1998.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constituição: paradigmas de um binomio, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 18, 1989, p. 79-145.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o estado na realização das tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 97, p. 163-178, jan./mar. 1988

_____. *A obrigação como processo*. [s.l.]: [s.n.], 1964.

_____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 3-64, 1983.

DALL'ÁGNOL JR, Antônio Janyr. Cláusulas Abusivas: a opção brasileira. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 60, p. 129-142, mar. 1994.

DEL'OMO, Florisbal de Souza. *Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DESTAYETE, María Cristina. Armonización de normas en el MERCOSUR. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, v. 3, n. 1, p. 69-80, feb. 1999.

DOLINGER, Jacob et al. O DIP no Brasil no século XXI. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, p. 79-95, 2000.

_____. *Direito internacional privado: parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. 1979. Tese (Concurso da Cátedra de Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1979.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; NOOD TAQUELA, María Blanca. Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay*. Buenos Aires: Zavalía, 2003. p. 169-254.

DROZ, G.A. L. Regards sur le droit international privé comparé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Hague, v. 4, n. 229, p. 13-423, 1991.

ELHOUEISS, Jean-Luc. L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Journal du Droit International*, n. 1, p. 39-85, jan./mars 2003.

_____. Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé. *Journal de Droit International*, n. 2, p. 281-313, avr./juin. 2005.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 2 ed. Lisboa: Calouste, 1964.

ESPANÉS, Luis Moisset. TINTI, Guillermo P. Consideraciones sobre el Consumo e el Derecho del Consumidor. *Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Católica de Córdoba*, tomo II, p. 85-100, 1999.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: CONSTITUIÇÃO, direitos fundamentais e o direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FEKETE, Elisabeth Kaszner. A proteção do consumidor como instrumento de aperfeiçoamento da integração econômica no Mercosul: com especial relevo para o relacionamento com o direito das marcas e da concorrência desleal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 20, p. 112-126, out./dez. 1996.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

_____. El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.) *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecília; NOODT TAQUELA, María Blanca; ALBORNOZ, Jorge R. Modalidades Contractuales específicas. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay* Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 1027-1121.

FINATTI, Mauro André Mendes. A difícil implementação do Direito do Consumidor no Mercosul: balanço e perspectivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 20, p. 127-141, out./dez. 1996.

FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: rapport de synthèse. In: LA PROTECTION de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges. Paris: L.G.D.J, 1996. p. 615-653.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, edição especial, p. 125-138, set. 2002.

_____. A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um entrave à integração Econômica no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, v. 736, p. 20-39, fev. 1997.

_____. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 55-66, 1996.

_____. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, n. 656, p. 53-71, jun. 1990.

_____. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Langue et droit, In: CONGRES DE DROIT COMPARE, 14. Bruxelles: Bruilant, 1999. p. 123-136.

_____. Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 243-245, jun. 2004.

_____. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ASPECTOS Controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582.

FRANÇA. Code Civil. 1804. In: TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-Mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129-133

_____. Loi 75-1349, 31/12/1975, relative a l'emploi de la langue francaise: Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeResultatSimpleTextePlusImp.jsp?ligneDeb=41&laPage=3>> Acesso em: 1 fev. 2006

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Aspectos generales del sector del derecho aplicable. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR*: Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay Buenos Aires: Zavalía, 2003, p. 257-314.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.

GHERSI, Carlos A. La Paradoja de la Igualdad del Consumidor en la Dogmática Contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, out./dez. 2000, p. 38-44.

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Editorial Española, 1904.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

GRANDO, Giorgio. Il programma delle Nazioni Unite per l'insegnamento e lo studio del diritto internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 50, n. 3-4, p. 678-680, 1967.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Barcelona: Bosch, 1948, v. 1.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. *Revista da Ajuris*, n. 9, p. 6-48, mar. 1977.

_____. *Transformações no direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas. Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico. In: ORTIZ, Rafael. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Madrid: Ariel, 2000.

HONDIUS, Ewoud. La directive sur les clauses abusives et les etats membres de l'Union Européenne. In: GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges*. Paris: L.G.D.J, 1996. p. 591-602.

JACQUES, Daniela Corrêa. *Direito internacional privado e direito do consumidor: adequação dos métodos de direito internacional privado para a proteção do consumidor*. 2004.

173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

_____. A proteção da confiança no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 100-128, jan./mar. 2003.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos da Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-69, mar. 2003.

_____. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003.

_____. Identité cultural et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 251, p. 9-268, 1996.

_____. Introdução da tradução para o português. In: SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 8.

_____. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. Traducción Eugenio Hernández Bretón. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 217-270, 1991.

_____. O risco da diversidade lingüística e o direito internacional privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 54, p. 1-23, 1978.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

JOURNÉES, Maximilien-Caron. Les Principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux: aspects pratiques. *Revue Juridique Thémis*, Montréal, v. 36, n 2, p. 331-636, 2002 .

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Roma: Giuffré, 1979.

ITÁLIA. Codice Civile – disposizioni sulla legge in generale, 1942. In: In: TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*. 2 ed., Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 133-142.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul: sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 54, p. 116-142, abr./jun. 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1983.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Caveat venditor? a Diretiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas

e suas implicações no regime jurídico da compra e venda. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 21-56, jul./set. 2002.

LIBCHABER, Rémy. L'exception d'ordre public en droit international privé. In: REVET, Thierry (Org.) *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996. p. 65-81.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPEZ CABANA, Roberto M. Defensa jurídica de los más débiles. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 7-21, out./dez. 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Analisis crítica de la autonomía privada contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 5-19, abr./jun. 1995.

_____. *Comercio Electrónico* – documento, firma digital, contratos, daños, defensa del consumidor. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

Fundamentos do direito privado. Tradução Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Mercosur – una introducción. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, p. 235-266.

_____. La Oferta como Apariencia y la Aceptación basada en la Confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 9-98, jul./set. 2000.

LOUIS-LUCAS, P. La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois. In: MELANGES Maury, 1960. v. 1. p. 175-205.

LOVECE, Graciela; GHERSI, Carlos A. *Contrato de tiempo compartido: timesharing*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

LUCCA, Newton de. O Mercosul e a defesa dos consumidores brasileiros. *Revista de Direito do Mercosul*. v. 2, n.5, p. 15-27, out. 1998.

LYON, David. *Postmodernidad*. 2 ed. Madrid: Alianza, 1999.

MALINTOPPI, Antonio. Le Nazioni Unite e la unificazione internazionale del diritto interno. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 48, n. 2, p. 242-251, 1965.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo. Direito à Informação nos Contratos Relacionais de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 113-122, jul./set. 2000.

_____. Privacidade, Mercado e Informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jul./set. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o CDC: informação, cooperação e renegociação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 22, p. 47-83, set. 2002.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 40-57, out./dez. 1993.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, p. 64-86, abr./jun. 1997.

_____. O Diálogo entre o CDC e o Novo Código Civil: o diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 71-95, jan./mar. 2003.

Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 16-44, out./dez. 1999.

_____. O direito do Mercosul: direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração. *Derecho Del Mercosur y la Integración*, n. 1, p. 61-89, feb. 2003.

_____. Los derechos del consumidor: una visión comparativa entre el Brasil y la Argentina. In: GHERSI, Carlos A. (Org.). *MERCOSUR: perspectivas desde el derecho privado*, parte segunda. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.

_____. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre lei aplicável a alguns contratos relações de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141-194.

_____. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 629, p. 72-92, mar. 1988.

_____. O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 40-57, out./dez. 1993.

_____. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro, no que se refere a lei aplicável a alguns contratos e acidentes de Consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 24, p. 89-137, dez. 2004.

_____. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 39-80, jan./mar. 2002.

_____. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço: antinomia entre a norma do CDC e leis especiais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 11, p. 277-294, jul./set 1991.

_____. Some recent development in private international law. *Japanese Yearbook of Private International Law*, n. 4, p. 13-49, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado do consumidor no Brasil. In: ESTUDOS em memória do Professor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 95-133.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 221-240, out./dez. 2000

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, p. 39-55, jul./1994

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 24-48, jul. 1988.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. In: HOMENAGEM a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 498-513.

_____. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 40-54, 1996.

MAYER, Pierre. La protection de la partie faible en droit international privé. In: GHESTIN, Jacques; FONTAINE, Marcel (Org.) *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaison franco-belges*. Paris: L.G.D.J, 1996. v. 261. p. 513-552.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas, análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência do Direito*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

MESTRE, Jacques. L’ordre public dans les relations économiques. In: REVET, Thierry (Org.). *L’ordre public à la fin du XXe siècle*. Paris: Dalloz, 1996. p. 33-41.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954. 3 v.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A Proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 153, p. 131-149, jan./mar. 2002.

MORAES, Paulo Valério. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Las cláusulas abusivas en la contratación: informe del derecho argentino. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 49-67, out./dez. 2002.

NARDI, Marcelo de. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122-194.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR., Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

NOODT TAQUELA, María Blanca. Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 181-191, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul – seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros*. 2 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-101.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*. Coimbra: Almedina, 2002.

OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. 4 ed., Paris: PUF, 1998.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Deber de información en la Ley 17.189, de 20 de Setiembre de 1999. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 45-77, abr./jun. 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 1980. In: DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmen. *Vade-mécum de direito internacional privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 491-493.

OVERBECK, Alfred E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications récents. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 3, n. 176, p. 13-258, 1983.

PARAGUAI. Ley 1.334 de Defensa del Consumidor y del Usuario. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 247-255, abr./jun. 1999.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. The fifth inter-american specialized conference on private international law. Mexico City, 14-18 mars 1994. In: LIBER amicorum Georges A.L.Droz. sur l'unification progressive du droit international privé. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996. p. 299-320.

_____. La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Curso de Derecho Internacional 1992*, 19. Washington, 1996, p. 183-218. p. 206-207.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *O regime obrigacional da publicidade nas relações de consumo*. 1995. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995.

_____. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

POCAR, Fausto. La protection de la partie faible em droit international privé. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 188, p. 339-417, 1986.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada, 6 ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979.

RAMÍREZ, Patricio Carvajal. Sugerencias para un derecho de consumo unitario. *Revista Chilena de Derecho*, v. 29, n., 1, p. 127-133, ene./abr. 2002.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. La Protection de la Partie Contractuelle la Plus Faible en DIPr Portugais. In: *Das Relações Privadas Internacionais – Estudos de Direito Internacional Privado*. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 197-241.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1999.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. p. 19-65.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Estrutura Clássica e moderna da obrigação. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.) *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século – edição comemorativa do cinquentenário*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 285-314.

- SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004.
- SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Tradução Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico, 1896. v. 8.
- _____. *Sistema do direito romano atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 8.
- SCALISI, Vincenzo. *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo: teoria, manifestazione, astrazione, inefficacia*. Milano, Itália: Giuffrè, 1998.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro Renovar, 2002.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Das regras contratuais no MERCOSUL: as normas conflituais e as normas de Direito Material. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul – seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros*. 2 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-101.
- SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-compartive di una vicenda concettuale*. Milano: Giuffrè, 2000.
- SOSSO, Gonzalo. Daños derivados del acto de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, jul./set. 2000, p. 9-33, abr./jun. 2000.
- SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, João Grandino (Org.) *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427-464.
- SPERDUTI, Giuseppe. Caratteri del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 57, n. 3, p. 434-436, 1974.
- STIGLITZ, Gabriel. Daño Moral, Individual y Colectivo – médio ambiente, consumidor y dañosidade colectiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p. 68-76, jul./set. 1996.
- _____. O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 184-200, mar. 1992.
- _____. O Direito do Consumidor e as Práticas Abusivas – realidade e perspectiva na Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 27-35, set./dez. 1992.
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- TADEU, Silney Alves. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 180-199, jul./set. 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TONIOLLO, Javier Alberto. La protección internacional del consumidor: reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 2, n. 6, p. 94-118, dez. 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Evolução, balanço e perspectivas do sistema interamericano ao início da década de oitenta. In: COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO (Org.). *Curso de derecho internacional*, 9. Washington, 1983. v. 2. p. 1-45.

_____. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 90, p. 233-288, abr./jun. 1986.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1.

_____. O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Curso de derecho internacional*. Washington, 1981. p. 522-560.

_____. Sources du droit international privé. In: ROLIN, Mélanges H., 1954. p. 419-426.

URUGUAI. Ley 17.189, dictanse normas relativas a las relaciones de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 244-252, jan./mar. 2000.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. El derecho de información. In: COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Curso de Derecho Internacional 199*, 19. Washington, 1996. p. 31-41.

VICENTE, Dário Moura. Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a airectiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 9-30, out./dez. 2003.

VISCHER, Frank Benedict. The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Hague, v. 142, p. 339-396, 1975.

WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 43-49, 2000.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. Revisão Técnica Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 1999. v. 2.

WEHNER, Ulrich. Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 38, p. 142-165, abr./jun. 2001.

WEINGARTEN, Célia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 33-50, abr./jun 2000.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. Lisboa: Calouste, 1952.

WILHELMSSON, Thomas. Existiria um direito europeu do consumidor? E deveria existir? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, p. 180-198, jan./mar. 2005.

ZANCHET, Marília. A vulnerabilidade e a proteção dos mais fracos no Mercosul. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, n. 3, p. 75-101, mar. 2005.

ANEXO

Propostas de nova redação da Lei de Introdução ao Código Civil

I – Dos Contratos

1. REDAÇÃO DO ARTIGO RELATIVO À AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Art. A autonomia da vontade nos contratos internacionais, reger-se-á pelas disposições pertinentes à Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – OEA, México, 1994 (CIDIP V).

2. RELAÇÕES CONTRATUAIS ENVOLVENDO A PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRACA

Art. Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratados à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei do domicílio do consumidor ou pela lei a ele mais favorável.

§1º A lei mais favorável ao consumidor será escolhida pelas partes, entre a lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica, lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços ou a lei da língua do contrato.

§2º. Aos contratos celebrados pelo consumidor, estando ele fora de seu país de domicílio, será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução ou a lei do domicílio do consumidor.

§3º. Na falta de escolha feita nos termos do parágrafo anterior, os contratos serão regidos pela lei do domicílio do consumidor.

§4º. Cabe ao juiz da causa verificar o real favorecimento do consumidor, aplicando necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor.

§5º. Tendo sido a contratação precedida de qualquer atividade negocial, de marketing, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspondência, e-mails, prêmios, convite, manutenção de filial ou representantes de demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços, a atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente às normas imperativas do foro e à lei aplicável ao contrato ou à relação de consumo.

II – Limites à aplicação da lei estrangeira

1. Ordem Pública

Art. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a ordem pública.

Parágrafo único. Ofende a Ordem Pública brasileira de defesa do consumidor:

- I. Todo ato do fornecedor estrangeiro que veicule oferta de produto ou serviço sabendo ou devendo saber o alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e segurança do consumidor.
- II. Toda publicidade enganosa ou abusiva de fornecedor estrangeiro, nos termos do Código do Consumidor Brasileiro.
- III. Todo o ato do fornecedor que se aproveite da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir-lhe seus produtos e serviços.
- IV. Todo o ato do fornecedor estrangeiro que importe tentativa de diminuir a informação do consumidor, quanto aos produtos e serviços nocivos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança do consumidor.
- V. O oferecimento de produtos e serviços no país sem a devida observância da língua portuguesa e castelhana sobre todas as informações necessárias à saúde e segurança dos consumidores.

III – Da Jurisdição Internacional

1. DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CONSUMO

Art. A jurisdição internacional em relações internacionais de consumo, reger-se-á pelas disposições pertinentes ao Protocolo de Santa Maria do Conselho Mercado Comum do MERCOSUL.