

A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos internacionais

Paulo R. Roque A. Khouri

Sumário

Introdução. 1. Regra geral do Direito Internacional Privado brasileiro. 1.1. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 1.2. O Código Bustamante. 2. Breve panorama da proteção do consumidor na União Européia, Convenção do México e Mercosul. 2.1. A Convenção de Roma. 2.2 A Convenção do México. 2.3. Proteção do consumidor no Mercosul. 3. A proteção do consumidor na ordem jurídica brasileira. 3.1. A proteção do consumidor como direito fundamental no ordenamento brasileiro – a concretização do direito à igualdade. 3.2. O Código de Defesa do Consumidor e a integração do direito fundamental por meio de normas imperativas. 3.3. A proteção do consumidor e a ordem pública internacional. 4. As normas de aplicação imediata ou necessária e a proteção do consumidor. 4.1. As normas de aplicação imediata e normas autolimitadas. 4.2. A aptidão da defesa do consumidor para permitir o seu enquadramento nas normas de aplicação imediata. 4.3. O conteúdo e o fim perseguidos pelas normas de proteção do consumidor. Conclusão.

Introdução

É fato que a globalização aumenta sobremaneira os negócios entre os contratantes de diversos Estados. O Brasil, hoje, inclusive, é um dos quatro membros do Mercado Comum do Cone Sul, Mercosul, cujo objetivo primordial consiste na consolidação de mercado livre comum, com livre circulação de bens, serviços, capital e pessoas. Além do Mercosul, futuramente o Brasil

Paulo R. Roque A. Khouri é advogado, Professor da Faculdade de Direito do Uniceub-DF, pós-graduado em Direito do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestrando em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

poderá integrar a Área de Livre Comércio das Américas, a ALCA, que, proposta pelos Estados Unidos, pretende a formação de um grande corredor comercial em todo o continente americano. Os produtos e serviços, então, tendem a circular de país a país com maior velocidade. Naturalmente, o meio jurídico a que se recorre para viabilizar essa circulação é o contrato.

Evidente, então, que, se aumentam as transações transnacionais, aumentam as possibilidades de conflitos. Conflitos que só poderão ser resolvidos à luz do Direito Internacional Privado. Com referência ao consumidor, a questão não é diferente. É que as relações jurídicas de consumo dão-se, sobretudo, por meio do contrato. Pode-se dizer mesmo que o objetivo de um profissional no mercado, do fornecedor, é a celebração do contrato, porque só ele viabiliza, no sistema capitalista, a transferência do bem do fabricante, do produtor ou do prestador do serviço até o consumo final. Importa, portanto, saber que proteção tem esse consumidor que, em território brasileiro, busca adquirir bens e serviços de fornecedores estrangeiros; em outras palavras, interessa identificar a proteção do consumidor que celebra contratos internacionais. É nesse sentido que essa resposta deve ser buscada a partir do estudo do Direito Internacional Privado.

Num primeiro momento, este trabalho procurará identificar as fontes internas e internacionais do Direito Privado Internacional brasileiro relativas às obrigações contratuais, identificar o elemento de conexão adotado pelo Brasil para reger essas obrigações. Interessa saber qual será o direito aplicável em casos de conflito.

Uma vez identificada a questão acima, passaremos a cuidar do interesse específico deste trabalho, que é a proteção do consumidor brasileiro nos contratos internacionais. O elemento de conexão adotado pelo Brasil para reger as relações obrigacionais é absolutamente indiferente ao fato de essa relação envolver ou não consumidores? Ou

seja, da mesma forma que o direito brasileiro aceita a lei estrangeira para reger uma relação obrigacional entre uma grande empresa canadense e uma grande empresa brasileira, aceitará também que essa mesma lei estrangeira viesse a reger uma relação em que esteja em causa a defesa de consumidor residente no Brasil que celebrou contrato com um fornecedor estrangeiro?

Importam, primeiramente, breves considerações sobre como essa proteção do consumidor vem sendo considerada em alguns tratados internacionais importantes, em matéria de obrigações contratuais, principalmente na União Européia, que busca atribuir ao consumidor um elevado nível de proteção.

Como se sabe, na maioria dos ordenamentos, a celebração dos contratos é limitada por normas imperativas, particularmente, por normas destinadas a proteger os contratantes mais fracos economicamente. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, CDC, Lei nº 8078/90, decorre de uma imposição direta da Constituição de 1988, que não se limitou a incluir a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica; foi além, ao incluí-la como um direito fundamental. Em que medida essa proteção, como direito fundamental, que já existe no direito interno, Lei nº 8078/90, constitui proteção mínima assegurada ao consumidor brasileiro na celebração de contratos com fornecedores com domicílio em outros países? Essa é, portanto, a indagação central deste trabalho. Essa indagação ganha relevância a partir do momento em que se constata a ausência de qualquer tratado internacional, em vigência no Brasil, que assegure de forma expressa ao consumidor uma proteção mínima nos contratos internacionais.

A verdade é que existe uma grande interrogação no Direito Internacional Privado brasileiro sobre a proteção do consumidor. Na existência real dessa interrogação, avulta a importância dos princípios do Direito Internacional Privado, como meio de

buscar uma solução para a questão colocada. Poder-se-ia dizer que a proteção do consumidor faz parte de uma ordem pública internacional e que o simples recurso a essa ordem pública garantir-lhe-ia uma proteção mínima?

Entretanto, este trabalho não se limitará à busca do confronto do problema colocado com a ordem pública internacional. Neste sentido, este trabalho deverá buscar avaliar como as normas imperativas internas, como o é no caso da legislação brasileira, o Código de Defesa do Consumidor, poderão ser aplicadas quando a *lex causae* não seja a brasileira. Seriam as normas protetivas do consumidor brasileiras normas de aplicação imediata? Antes, porém, importaria identificar nessas normas, qual o conteúdo e o fim por elas perseguidos, em outras palavras, em que medida elas têm a aptidão para se enquadrarem como normas de aplicação imediata. A partir de então, seria importante buscar, dentro do ordenamento brasileiro, uma fonte em que esteja consagrada essa aplicação necessária, ainda que de forma implícita; ou se haveria uma lacuna na norma de conflitos ou ainda que não seja sequer caso de uma lacuna, mas de uma decorrência de política legislativa.

Devemos, então, apreciar o que se entende por norma de aplicação imediata e se esse instituto constitui ou não um desvio admitido pelo DIP, em matéria de direito aplicável.

São questões para as quais este trabalho estará em busca de resposta nas páginas que se seguem.

1. Regra geral do Direito Internacional Privado brasileiro

1.1. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro

Os contratos internacionais celebrados entre brasileiros e estrangeiros, em princípio, podem submeter-se tanto à lei brasileira como à lei estrangeira. A lei aplicável vai

depender do local onde foi celebrado o contrato ou do local da residência do proponente. É o que vai dizer a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, no seu artigo 9º. São, portanto, dois elementos de conexão adotados: 1) *O do local onde foi celebrado o contrato*; 2) *O local da residência do proponente*¹.

O primeiro elemento de conexão do local da celebração do contrato diz respeito aos contratos celebrados entre presentes. Por local da celebração do contrato, conforme ensina Magalhães Collaço ([1954?]), deve compreender-se o “lugar onde se verificou o último elemento que a lei considera necessário para a perfeição do consenso”; o 2º, por sua vez, o da residência do proponente, deve ser aplicado toda vez que o contrato tenha sido celebrado entre ausentes.

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 9º, ainda que o contrato não seja celebrado no Brasil, mas se a obrigação tiver de ser executada no Brasil, a exigibilidade da mesma em território brasileiro impõe que seja respeitada a formalidade prevista na lei brasileira para validade das declarações de vontade. Tratando-se, *v.g.*, de compra e venda de imóveis, impõe-se que o negócio seja celebrado, no estrangeiro, por escritura pública, tal como exige a lei brasileira, ainda que a lei do local da celebração ou aplicável não imponha tal formalidade.

Poderia também o direito aplicável ser livremente escolhido pelas partes? Segundo a doutrina majoritária, a lei brasileira não reservou nenhum espaço para que a autonomia da vontade das partes elegesse o direito aplicável². Esse fato, aliás, sempre mereceu da doutrina severas críticas, a ponto de o saudoso professor Marques dos Santos (2002, p. 387) falar de uma “irrelevância da autonomia da vontade” no DIP brasileiro.

Há, no Congresso Nacional, um projeto de lei, em tramitação, consagrando a autonomia da vontade no DIP brasileiro³. Mas o fato é que até hoje, mesmo diante da assinatura de tratados importantíssimos pelo Brasil, em matéria de obrigações contratuais, conforme se verá adiante, as partes, num

contrato internacional, estão impedidas de eleger qual direito vai reger as relações patrimoniais decorrentes do pacto de vontades.

O artigo 17 da Lei de Introdução também atua como importante limitador da aplicação do direito estrangeiro, inclusive, em matéria contratual, no território brasileiro. Por força desse dispositivo, não terão qualquer validade no território brasileiro não só “as declarações de vontade” efetivadas nos contratos, mas quaisquer “leis, atos e sentenças de outro país que violem a ordem pública”.

Como se vê, não existe, na Lei de Introdução ao Código Civil, qualquer norma específica do direito dos conflitos relativa à proteção do consumidor ou a qualquer outra categoria de contratante que já à época pudesse ser considerado economicamente vulnerável. E essa ausência tem uma justificativa histórica. Essa proteção já não constava da Lei anterior de Introdução ao Código Civil de 1916; e, da mesma forma, deixou de constar na Lei de Introdução atual de 1942. As leis de introdução, evidentemente, estavam em consonância com o Código Civil de 1916, fruto de influência direta do Código Napoleônico de 1804, de reconhecida vocação liberal, avesso a qualquer interferência maior do Estado nos negócios jurídicos. Mesmo com a crescente especialização do direito privado, o fato é também que o DIP manteve-se, na maioria dos ordenamentos, com o método conflitual genérico, não acompanhando aquela tendência do direito material⁴.

Deve-se ainda salientar que a defesa do consumidor só passou a ocupar espaços maiores nos ordenamentos ocidentais a partir da II Guerra Mundial, com o incremento dos chamados contratos de adesão. Nessas contratações, não raro o contratante mais fraco economicamente acabava submetido a cláusulas portadoras de flagrantes desequilíbrios contratuais.

Entretanto, indiretamente, pode-se dizer que a Lei de Introdução ao Código Civil, ao

não permitir a autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, antes mesmo do advento de uma lei especial de defesa do consumidor, acabou se constituindo num instrumento indireto de proteção do contratante economicamente mais fraco. É que, havendo a possibilidade de o contratante mais forte fugir à lei brasileira, poder-se-ia submeter o consumidor brasileiro à legislação do país sede do fornecedor, onde, eventualmente, ele não tivesse o grau de proteção de que dispunha na ordem jurídica interna.

1.2. O Código Bustamante

Esse tratado, ratificado em 1929, é considerado um dos mais importantes tratados de Direito Internacional Privado em vigência no Brasil⁵. Ele foi também ratificado por quinze países da América do Sul e da América Central⁶.

O Código Bustamante, igualmente, não traz qualquer menção à proteção ao consumidor.

O elemento de conexão para as obrigações contratuais, estabelecido no Tratado, é o do local da celebração do pacto⁷, em sintonia com o que estabelece o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Pelo texto do Código, não há qualquer comprometimento dos países signatários quanto à autonomia da vontade para eleição do direito aplicável.

O “Código” também excepciona a “ordem pública internacional” como importante limitador da aplicação da lei estrangeira em matéria de obrigações contratuais.

Em duas ocasiões, entretanto, o Código não se limita a fazer genericamente a reserva da ordem pública internacional. Ele vai enumerar algumas condições aptas ao acionamento da dita reserva.

Por força de seu artigo 175º, são consideradas de “ordem pública internacional” as normas do direito interno que “vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública”.

Na verdade, o “Código” procurou compreender como limite de aplicação da lei estrangeira à exigibilidade das obrigações contratuais não só as normas de ordem pública, mas toda e qualquer norma cogente, imperativa, do direito interno. Veja que o citado dispositivo não fala apenas de pactos contrários à ordem pública, ele vai além; inclui, na proibição, as cláusulas pactuadas em contratos internacionais “contrárias às leis, à moral...”

O Código Bustamante, quando da sua elaboração, não se referiu literalmente às normas de aplicação imediata. Até porque essa discussão em torno desse instituto, no Direito Internacional Privado, ainda é muito recente. A questão que se coloca, entretanto, dada a função do intérprete, é de saber se dessa principal fonte do DIP brasileiro emerge uma norma implícita, em que as normas de proteção e defesa do consumidor possam ter sua aplicação assegurada, mesmo quando a *lex causae* não seja a brasileira.

Aqui temos de recorrer ao artigo 175º do Código. Ainda que literalmente o dispositivo se refira à ordem pública internacional, o fato é que ele não está tratando apenas da ordem pública internacional, dentro da perspectiva restritiva e excepcional em que ela é entendida. Não haveria sentido o dispositivo referir-se à *ordem pública internacional* e incluir na mesma o “estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias a lei”. O estabelecimento de pactos contrários à lei não se insere automaticamente no contexto da ordem pública internacional. São situações que, em princípio, não se relacionam com a ordem pública internacional, cujo campo de atuação é reconhecidamente restrito.

Do acima exposto, pode-se inferir que o artigo 175º impôs como importante limitador do direito da *lex causae* as normas imperativas da *lex fori*. Conforme se verá adiante, uma vez identificados os fins e conteúdo perseguidos pelas normas de proteção do consumidor, esse dispositivo poderá ser acionado para o fim de garantir a proteção mínima outorgada pela lei brasileira.

Entretanto, ainda que se admita a invocação do artigo 175º do Código para o fim de proteção do consumidor brasileiro, tal dispositivo não garante, por si, essa proteção em todos os contratos internacionais. É que o próprio Código delimitou seu espaço de aplicação aos Estados Partes.

2. Breve panorama da proteção do consumidor na União Européia, Convenção do México e Mercosul

2.1. A Convenção de Roma

A proteção do consumidor na União Européia tornou-se um imperativo ante a efetivação de um mercado comum com ampla liberdade de circulação de pessoas, capitais e serviços.

O Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Européia em 1957, inicialmente, não contemplava qualquer tratamento específico para os consumidores. Posteriormente, entretanto, o Tratado ocupou-se de garantir ao consumidor, em matéria de direito aplicável, uma proteção especial, a partir da constatação de que uma das conseqüências do funcionamento pleno de um mercado comum seria a afetação dos consumidores (Cf. MARTINS, 2002, p. 64). Hoje, é também objetivo na Comunidade Européia “promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes...”⁸.

De acordo com o artigo 3º da Convenção de Roma sobre obrigações contratuais, admite-se a autonomia da vontade para a designação do direito aplicável, mesmo nos contratos envolvendo consumidores. Entretanto, consoante o artigo 5º, nº 2, essa escolha tem um importante limite: ela não pode privar o consumidor da proteção que tem no país onde tem sua residência habitual.

Não havendo designação do direito aplicável, por força do artigo 5º, nº 3, da Convenção, este será o do país em que o consumidor tiver sua residência habitual. A presente regra será acionada sempre que esti-

verem preenchidas algumas condições básicas: o consumidor ter contratado bens e serviços, fora de sua atividade profissional, a partir de uma proposta ou anúncio publicitário que lhe seja encaminhada no país de sua residência habitual; o consumidor ter realizado no país de sua residência habitual todos os atos necessários à contratação; a proteção mínima assegurada será ainda outorgada se, de qualquer forma, o profissional ou seu representante receber o pedido do consumidor no país da residência habitual deste. Entretanto, mesmo que o consumidor celebre o contrato em outro país, que não o de sua residência habitual, a lei de seu país será chamada a reger a relação se ele se deslocou por viagem organizada pelo próprio vendedor com vistas à aquisição de seus produtos.

Quanto à mensagem dirigida ao consumidor, tem-se entendido, inclusive, que ela não precisa ser dirigida especificamente ao país da residência habitual daquele, basta que ela ali seja divulgada (Cf. PINHEIRO, 2002, p. 99). Nesse sentido, as mensagens comerciais distribuídas através da Internet enquadram-se nessa situação e, se dessa mensagem resultar a aquisição de um produto ou serviço, o profissional deve sujeitar-se à lei da residência habitual do consumidor.

No preenchimento dessas regras, emerge de forma clara a obrigação do profissional de sujeitar-se à lei da residência habitual do consumidor sempre que ele, por meio de qualquer mensagem publicitária, busque comercializar seus produtos e serviços para além do território de seu país, sede do seu estabelecimento. Nesse sentido, em princípio, não pode recorrer à lei do país de sua residência habitual o consumidor que contrata bens e serviços em qualquer país da União Européia e ali firma todos os atos necessários à contratação quando seu deslocamento não tenha sido promovido por profissional para aquele fim específico. Aqui, inclui-se o turista, o que viaja a serviço e adquire bens e serviços fora do país de sua residência habitual.

A Convenção, portanto, avançou ao reconhecer a necessidade de uma regra de conflito especial para proteger o consumidor “como parte economicamente mais fraca e negocialmente menos experiente” (PINHEIRO, 2002, p. 98).

2.2. A Convenção do México

A Convenção do México⁹, assinada em 1996, pode ser considerada, ao lado do Código Bustamante, o mais importante tratado assinado pelo Brasil em matéria de obrigações contratuais.

A Convenção cuida tanto do direito aplicável em matéria de contratos como de competência judiciária. A aplicação da referida convenção aos contratos internacionais celebrados entre um consumidor e um contratante não profissional poderia acabar por submeter o consumidor ao direito aplicável de países sem qualquer grau de proteção ao consumidor.

A Convenção consagra de forma ampla, no artigo 7º, a autonomia da vontade na eleição do direito aplicável e do foro¹⁰. Não há, no referido dispositivo, qualquer indicação no sentido de que o direito aplicável deva recair sobre um dos Estados dos contratantes. Tal implica que possa ser escolhido, inclusive, o direito aplicável de um terceiro Estado. Até porque a Convenção permite de forma expressa, no seu artigo 9º, que as partes, na solução de eventual conflito, recorram aos “costumes e princípios do direito comercial internacional, *bem como ao uso e práticas comerciais de aceitação geral*”.

Embora o artigo 7º, na sua parte final, deixe claro que “a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável”, o foro eleito poderá ser um dos critérios a ser levado em consideração no momento de estabelecer a conexão ou o “vínculo mais estreito”, conforme preceitua o artigo 9º¹¹.

Por força do artigo 9º, na ausência de pacto sobre o direito aplicável, este será o do Estado com que o contrato “mantém os vínculos mais estreitos”. Aqui, o Magistra-

do poderá levar em consideração vários aspectos, como o local da celebração do contrato, o foro do contrato, a residência dos contratantes, o local do cumprimento da prestação característica. Na parte final do dispositivo, ainda permite a “dépeçage”, ao estabelecer a possibilidade de uma ou mais partes do contrato estarem sujeitas a outra lei, com a qual o contrato, no geral, estabelece os vínculos mais estreitos.

Nessa convenção, entretanto, mais uma vez, está presente a reserva da ordem pública como importante fator de limitação da autonomia da vontade e da escolha do direito aplicável. A Convenção admite a não eficácia do direito aplicável não só quando for contrário à ordem pública, como também às normas imperativas¹². Nos dispositivos abaixo transcritos, percebe-se, entretanto, que as normas imperativas e a ordem pública, que podem obstaculizar a aplicação do direito aplicável, são a da *lex fori*, não da *lex causae*. Quanto às disposições imperativas da *lex causae*, estas ficam à disposição do foro, que, se julgar conveniente, poderá aplicá-las, conforme se depreende da parte final do artigo 11º da Convenção.

Em princípio, a aplicação da referida Convenção aos contratos internacionais celebrados entre um consumidor e um contratante não profissional poderia acabar por submeter o consumidor ao direito aplicável de países sem qualquer grau de proteção ao consumidor, já que, como visto, a autonomia da vontade é amplamente consagrada.

Entretanto, não obstante a ausência de menção expressa à proteção do consumidor¹³, deve-se reconhecer que a Convenção avançou ao impor como limite à aplicação do direito estrangeiro não só quando estiver em causa a ordem pública internacional (cujo espaço de concretização é reconhecidamente reduzido, conforme adiante se verá), bem como as normas que se “revestem de caráter imperativo”.

Em matéria de obrigação contratual, é a primeira vez que um tratado assinado pelo Brasil faz menção expressa às disposições

imperativas “do foro” que deverão ser aplicadas “necessariamente”. A partir da sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que o Brasil, pela primeira vez, por força de seu artigo 11º, passará a contar com uma regra expressa sobre normas de aplicação imediata em contratos internacionais. O campo de aplicação deste e dos demais dispositivos da Convenção não se limitará aos Estados Partes, mas também abrangerá contratos internacionais celebrados em terceiros Estados. É o que decorrerá naturalmente da interpretação do artigo 2º da Convenção¹⁴.

Demonstrada mais adiante a aptidão das normas de proteção e defesa do consumidor para se qualificarem como de aplicação imediata, o referido dispositivo estaria a albergá-las (como normas imperativas de defesa do consumidor que são) como importante limitador da aplicação do direito da *lex causae*.

O artigo 11º da Convenção do México apresenta uma identidade com o artigo 7º da Convenção de Roma¹⁵, na medida em que permite o afastamento do direito designado pelo método conflitual para aplicação da norma imperativa da *lex fori*. De acordo com artigo 7º da Convenção de Roma, o seu campo de aplicação não se limita a autorizar o afastamento do método conflitual para prestigiar a norma de aplicação imediata da *lex fori*, esse afastamento pode ocorrer em favor do ordenamento de “outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita...”. Daí pode decorrer, inclusive, a aplicação da norma imperativa, que seja de aplicação imediata, de ordenamentos, onde o contrato tenha sido executado, celebrado ou onde o contratante tenha sua residência habitual, etc. Parece-me que, conjugando a primeira parte do artigo 11º da Convenção do México com a sua segunda parte, chegue-se a uma identidade completa entre os dois dispositivos convencionais. É que essa segunda parte, ao preceituar que “ficará à disposição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições im-

perativas do direito do outro estado com o qual o contrato mantiver vínculos mais estreitos”, acaba por permitir que a norma de aplicação imediata de ordenamentos estrangeiros possa ser aplicada, em detrimento da *lex causae*.

2.3. Proteção do consumidor no Mercosul

O Mercado Comum do Cone Sul, Mercosul¹⁶, formado pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, tem como objetivo o estabelecimento de um grande mercado com cerca de 210 milhões de pessoas.

Entretanto, na primeira fase de integração, o consumidor, concordando com o entendimento de Cláudia Lima Marques (1998), foi “o grande agente esquecido da integração”.

Somente a partir de 1995, a proteção do consumidor passou a fazer parte das preocupações dos governos no processo de integração¹⁷.

O Protocolo de Santa Maria sobre defesa do consumidor, assinado em 1996, trata de competência judiciária, ao estabelecer o foro do domicílio do consumidor, o que representa um grande avanço. Há também, no anexo do protocolo, a definição de consumidor individual e consumidor equiparado, bem como a de fornecedor, mas, em matéria de direito aplicável, acabou não constituindo qualquer avanço. É que o seu artigo 18^o¹⁸ prevê a adoção de um regulamento comum de defesa do consumidor, que vincularia todos os Estados Partes, inclusive, como condição de entrada em vigor do referido protocolo no âmbito do Mercosul. Ocorre que o Brasil acabou por vetar a idéia do regulamento. Isso porque ele representaria, no maior mercado consumidor do Mercosul, a revogação de cerca de duas dezenas de artigos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

O fato é que hoje, diante do impasse do regulamento comum, o Mercosul não dispõe de qualquer tratado que regule o direito aplicável em matéria de relação de consumo¹⁹.

A tendência hoje é que se faça uma harmonização das legislações mais parecida

com a técnica das Diretivas adotada pela União Européia, ou seja, uma harmonização pontual e não uma unificação, como se propunha com o regulamento.

A primeira consequência dessa nova postura foi a aprovação da Resolução 42/98 sobre garantia contratual²⁰.

Do ponto de vista da proteção do consumidor, pode-se dizer, no entanto, que os delineamentos traçados pelo Protocolo de Santa Maria encontram-se paralisados e é bem provável que o referido protocolo, sequer, seja ratificado pelos Estados Partes, tendo em vista a ausência do regulamento.

3. A proteção do consumidor na ordem jurídica brasileira

3.1. A proteção do consumidor como direito fundamental no ordenamento brasileiro – a concretização do direito à igualdade

É fato que, na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, o consumidor goza de leis de proteção²¹, com maior ou menor grau de efetividade²². A Constituição de 1988 foi a primeira carta constitucional brasileira a tratar da proteção do consumidor.

A proteção do consumidor brasileiro constitui-se hoje em um dos direitos e garantias fundamentais, bem como é um dos princípios que informam a ordem econômica brasileira, ambos consagrados na Constituição Federal, nos seus artigos 5^o, XXXII, e 170, V, respectivamente. Os direitos fundamentais, na atualidade, não são apenas atribuídos aos cidadãos contra os abusos do Estado, mas também são atribuídos aos particulares contra os abusos cometidos por particulares nas suas mais variadas relações do cotidiano (Cf. SARLET, 2000, p. 63). É nesse contexto que a defesa do consumidor é um direito fundamental dirigido não só ao Estado, mas também ao particular fornecedor na relação com o destinatário final de seus produtos e serviços: o consumidor.

A doutrina de direito constitucional brasileira inclui o inciso XXXII do artigo 5^o

como norma de integração ou programática (Cf. TEMER, 1994, p. 24; SILVA, 1968, p. 75). É uma norma que, para a sua eficácia plena, depende da integração de uma lei infraconstitucional. O próprio texto do inciso XXXII não deixa dúvida quanto à natureza dessa norma ao preceituar que o “Estado promoverá, *na forma da lei*, a defesa do consumidor”. A Lei nº 8078/90 age, portanto, integrando a norma constitucional e permitindo sua eficácia plena.

O Código de Defesa do Consumidor age como norma instrumentalizadora da efetivação desses direitos consagrados constitucionalmente²³. Na feliz expressão da renomada professora da Faculdade de Direito da USP, Cristiane Derani (1999), “...a defesa do consumidor é um princípio constitucional impositivo e conformador a ser contemplado nos processos estatais com o fim de ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social’”.

Claúdia Lima Marques ([199-?], p. 74-75) coloca o acento da proteção do consumidor enquanto direito fundamental no ordenamento brasileiro, na concretização do princípio da igualdade. Deixar sem proteção o consumidor, sujeito apenas às regras de mercado, implicaria não tornar efetiva a igualdade material. A igualdade formal já não é suficiente. Com apoio nela, sempre se justificou o contrato leonino e a injustiça de um contrato acabava, contraditoriamente, como pretensamente querida pelo contratante mais fraco. Tratar de forma desigual os naturalmente desiguais é a forma de efetivar a igualdade e permitir que o Estado moderno possa imprimir às relações contratuais um mínimo de conteúdo de justiça.

A imposição da defesa do consumidor como um direito fundamental age no sentido de reduzir as desigualdades econômicas dos contratantes²⁴, materializadas, contratualmente, no desequilíbrio entre direitos e obrigações, vantagens e sacrifícios dos dois pólos da relação: o fornecedor e o consumidor, destinatário final de tudo o que a economia produz. O consumidor busca no

mercado, por meio da celebração do contrato, a satisfação de uma variada gama de necessidades próprias do ser humano (Cf. MIRAGEM, 2002, p. 121); necessidades de saúde, transporte, alimentação, lazer, etc; a satisfação dessas necessidades está implicitamente ligada à própria existência; liberdade de ir vir; saúde, segurança. É importante, então, que, ao buscar satisfazer essas necessidades humanas, via contrato, essa relação contratual seja minimamente equilibrada, de forma a não ofender flagrantemente a dignidade da própria pessoa. Esse equilíbrio, em área tão essencial, só pode fazer-se sentir pela intervenção do Estado, amenizando radicalmente os efeitos das desigualdades dos contratantes, permitindo um contrato minimamente equilibrado ou minimamente justo. Não se desprestigia com tal o contrato, como importante instrumento, que faz circular a riqueza. Entretanto, como há hoje a necessidade de se limitar a própria propriedade, por sua função social, igualmente, a liberdade de contratar, que está intimamente ligada ao próprio direito de propriedade, também deve ser limitada (Cf. LÔBO, 2003).

Parece-me evidente que a defesa do consumidor impõe-se no ordenamento jurídico brasileiro como forma de concretizar o princípio da igualdade material. Essa igualdade concretiza-se desigualando-o perante os outros sujeitos com os quais se relaciona, o empresário, o próprio Estado (Cf. KHOURI, 2002, p. 33-34; NISHIYAMA, 2002, p. 90).

A implicação imediata desse tratamento diferenciado do direito do consumidor, como direito fundamental, perante o ordenamento brasileiro é a própria limitação do poder constituinte derivado. Por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...IV – os direitos e garantias individuais.” Ou seja, a norma do inciso XXXII do artigo 5º é também cláusula pétrea, não admitindo modificação em seu conteúdo.

3.2. O Código de Defesa do Consumidor e a integração do direito fundamental por meio de normas imperativas

Ora, se a proteção do consumidor, além de configurar um direito fundamental, atua como um elemento informador da própria ordem econômica, limitando a própria liberdade de mercado, seria, no caso brasileiro, praticamente impossível concluir no sentido de que a defesa do consumidor não integra a ordem pública brasileira. A proteção dessa categoria econômica, ao mesmo tempo em que concretiza a igualdade material, age também no sentido de efetivar o objetivo do Estado brasileiro para a obtenção do fim almejado: da justiça social²⁵.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, CDC, logo em seu artigo 1º, auto proclama-se lei de “ordem pública interesse social”:

“O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48º de suas disposições transitórias”.

Atento à justiça contratual, ao equilíbrio de determinadas relações, o Estado passou a limitar a autonomia da vontade, preocupação essa que não estava presente no Código Civil de 1916. A doutrina passou a denominar essas normas que comportavam esse objetivo normas de “ordem pública”, como que destacando essas normas do corpo das demais.

O certo é que as normas que compõem a intervenção do Estado no domínio dos contratos são imperativas²⁶. Mas será que, pelo simples fato de serem imperativas, seriam de ordem pública?

Se é verdade que todas as normas de ordem pública são imperativas, nem todas as normas imperativas são de ordem pública. Embora o conceito de ordem pública seja por demais elástico e de difícil delimitação, as normas imperativas só poderiam ser tam-

bém de ordem pública quando fosse possível uma “avaliação, da qual resulte a identificação do interesse fundamental da comunidade que está em causa”²⁷.

No âmbito do direito interno, as normas emanadas pelo Código de Defesa do Consumidor representam a mais radical intervenção do legislador brasileiro no domínio dos contratos do Código, limitam drasticamente a autonomia da vontade na celebração de contratos. Impedem a imposição ao consumidor de qualquer cláusula que limite ou implique a renúncia de quaisquer direitos que lhe tenham sido conferidos pelo Estado. Com o CDC, o legislador brasileiro busca garantir o equilíbrio contratual entre o fornecedor e o consumidor, estabelecendo normas que, limitando a autonomia da vontade, atuam no sentido de propiciar uma relação mais justa entre as partes. E se o Estado reconhece no consumidor o vulnerável, aquele que precisa da proteção, evidente que tal se deveu às injustiças e aos abusos reiterados cometidos contra esse importante segmento do mercado.

As normas do CDC são, portanto, de manifesto caráter imperativo. Esse caráter mostra-se mais presente no campo das nulidades do seu artigo 51º. É que, na celebração de qualquer contrato em que se revele a desobediência a um direito assegurado ao consumidor, a sanção é a nulidade absoluta e não a simples nulidade relativa. Mas, a par de todas essas características, o CDC poderia ainda ser considerado de ordem pública?

Para o fim deste estudo, o próprio título de “ordem pública”, expressamente atribuído ao conjunto de regras do CDC, em cotejo com o fim perseguido pelo referido diploma, parece autorizar uma resposta positiva à pergunta anterior. Isso porque a menção à ordem pública não surge de forma isolada, mas acompanhada de um diálogo maior com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

No diálogo anterior com o próprio texto fundamental do Estado brasileiro, percebe-

se quão “fundamental” é a proteção do interesse em causa para os objetivos perseguidos pela sociedade brasileira.

Ora, se a proteção do consumidor, além de configurar um direito fundamental, atua como um elemento informador da própria ordem econômica, limitando a própria liberdade de mercado, seria, no caso brasileiro, praticamente impossível concluir no sentido contrário: ou seja, que a defesa do consumidor não integra a ordem pública brasileira. Nesse sentido, pode-se também antecipar, desde já, a conclusão de que a defesa do consumidor integra também a ordem pública internacional, conforme adiante se verá.

3.3. A proteção do consumidor e a ordem pública internacional

O art. 17º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro²⁸, ainda que não se refira a uma “ordem pública internacional”, como faz o Código Civil Português, coloca a “ordem pública” como uma restrição à aplicação do direito estrangeiro.

O conceito de ordem pública, a exemplo do que ocorre, quanto a esse mesmo conceito, na ordem jurídica interna, é de difícil delimitação. A reserva da ordem pública, de acordo com a doutrina (Cf. VICENTE, 2001, p. 682), estará sempre relacionada com a efetivação dos princípios fundamentais do foro.

Por conta da dificuldade de se alcançar objetivamente o seu conteúdo, na verdade, na maioria dos ordenamentos, a reserva da ordem pública acabou sendo formulada na forma de uma verdadeira “cláusula geral” (Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 462). A determinação de seu conteúdo, como é próprio das cláusulas gerais, dependerá da integração dos princípios e valores essenciais da ordem jurídica do foro.

Não obstante a sua difícil delimitação, o fato é que a doutrina trata a reserva da ordem pública à vista dos princípios informadores do DIP, principalmente o princípio da confiança, apontando para a necessidade

de uma concepção bem restrita²⁹ da ordem pública. Essa ordem pública só seria suficiente para afastar o direito aplicável se houvesse um confronto flagrante entre o direito aplicável e a ordem pública do foro. Esse confronto, somente ao produzir um resultado intolerável na solução da lide para a ordem pública do foro, é que deveria permitir o afastamento do direito, em tese, aplicável (Cf. SALCEDO, 1971, p. 244).

Há que separar os conceitos de ordem pública interna de direito material e ordem pública internacional. Em linhas gerais, pode-se dizer que a ordem pública de direito material interno é formada por normas imperativas, cuja natureza impede sua derogabilidade por convenção dos particulares. Porém não será correto sustentar que todas as normas imperativas da ordem pública interna o são também na ordem pública internacional.

Mas, a ordem pública internacional do foro, embora também seja nacional³⁰, porque provém do foro, portanto, não lhe é externa, é formada pelos princípios e até mesmo normas que informam aquela ordem. Tal implica que uma simples diferença de tratamento a determinada questão pela ordem jurídica do direito aplicável, por si só, não é suficiente para fazer acionar a reserva da ordem pública.

Só será feita a reserva da ordem pública internacional do foro para excepcionar o direito aplicável quando o resultado a ser obtido com a solução da lide não for apenas diferente do que se alcançaria com aplicação da ordem pública de direito material do foro, mas quando esse resultado se mostrar flagrantemente incompatível e intolerável em relação àquela ordem internacional.

É fato que a Constituição brasileira elege a proteção ao consumidor como um direito fundamental e, portanto, a sua defesa é princípio fundamental na ordem pública interna de direito material. Entretanto, será a proteção do consumidor pertencente também à ordem pública internacional brasileira? Pode-se dizer que, enquanto princípio de

proteção à parte mais fraca, vulnerável economicamente, nos contratos, sim³¹. O próprio Código Bustamante qualifica como pertencentes à ordem pública internacional os preceitos constitucionais³². Ainda que se deva dar a essa disposição uma interpretação restritiva, é mesmo inconcebível para qualquer ordem jurídica que uma proteção, que é tratada como direito fundamental, não integre a sua ordem pública internacional.

Do que aqui dissemos, permite-se concluir que as diferenças de proteção ao consumidor no ordenamento do direito aplicável, por si só, não implicam o acionamento da exceção da reserva da ordem pública internacional do foro. O que importa é saber se, no ordenamento do direito aplicável, a proteção ao consumidor não é dada ou é dada de forma muito frágil. Aqui, sim, uma vez que a tendência aponta para um resultado na solução do caso totalmente incompatível com a ordem pública internacional do foro, a reserva da ordem pública deverá intervir para afastar a aplicação do direito estrangeiro. Anote-se que, conforme reiterado pela doutrina brasileira³³, não basta uma simples incompatibilidade, mas uma flagrante incompatibilidade.

Entretanto, se existe no direito aplicável uma proteção e essa proteção, embora diferente, apresenta um grau razoável, não há qualquer sentido para se fazer uso de um princípio tão radical como a reserva da ordem pública internacional do foro. Isso pela simples razão de que a ordem pública internacional brasileira não estaria de fato afetada a ponto de justificar o sacrifício da *lex causae*.

As considerações aqui levantadas permitem concluir que, apenas excepcionalmente, poder-se-á recorrer à reserva da ordem pública internacional para efetivar uma proteção do consumidor nos contratos internacionais. Essa proteção não é a que resultaria da aplicação do CDC. É tão-somente uma proteção mínima, que será acionada quando o resultado material decorrente da aplicação do direito estrangeiro mostrar-se

flagrantemente incompatível com a defesa do consumidor.

Como o recurso à ordem pública é feito a *posteriori* e não a *priori*, o tratamento do direito do consumidor como direito fundamental, por si só, não é suficiente para fazer acionar o sistema protetivo interno de defesa do consumidor brasileiro³⁴. Diferentemente da exceção da ordem pública, conforme adiante se verá, a norma de aplicação imediata atua a *priori* e não a *posteriori*. Na exceção da ordem pública, a solução material já existe, mas é rejeitada por violá-la flagrantemente; enquanto, nas normas de aplicação imediata, elas incidiriam na relação preliminarmente à própria concretização do direito aplicável, independentemente do resultado a ser alcançado³⁵.

É nesse sentido que avulta a importância de se identificar as normas de proteção e defesa do consumidor como de aplicação imediata ou necessária (o que se fará a seguir), porque atuariam a *priori*, efetivando a proteção mínima assegurada pelo ordenamento brasileiro.

4. As normas de aplicação imediata ou necessária e a proteção do consumidor

É certo que a regra clássica do Direito Internacional Público, como regente de relações plurilocalizadas, é procurar resolver sempre a seguinte questão: qual, entre os vários ordenamentos, vai ser chamado a reger a relação, ou seja, qual será o direito aplicável. Nos ordenamentos que aceitam a autonomia da vontade, as próprias partes contratantes podem se encarregar de fazê-lo. Entretanto, quando as partes estão proibidas de indicá-lo ou, mesmo podendo indicá-lo, não o fazem, as regras de conflitos, presentes em cada ordenamento, é que se encarregarão de tal. Entretanto, como há um conflito de leis no espaço, o direito de um ordenamento terá de ser afastado para dar lugar ao outro.

Agora pergunta-se se não haverá alguma hipótese de esse direito, em princípio,

não aplicável a uma relação plurilocalizada, poder ser chamado a regê-la.

Se o ponto de partida for da total irrelevância para o DIP do outro direito “não aplicável”, qualquer regra desse ordenamento ficaria à margem da solução do problema.

Entretanto, o DIP não é um direito preocupado apenas com a solução do conflito, no sentido formal. Há uma crescente preocupação, dentro do DIP, com o controle da solução material³⁶. Embora seja possível afirmar que, entre os valores justiça e segurança jurídica, a doutrina do DIP adote, primordialmente, esse último, tal não implica, por outro lado, concluir que o conteúdo das normas do direito estrangeiro já não lhe são mais totalmente indiferentes. A reserva da ordem pública internacional é a revelação mais flagrante dessa preocupação.

Fora da reserva da ordem pública internacional, outra revelação dessa preocupação do DIP com o controle da solução material³⁷ é o instituto das normas de aplicação imediata³⁸.

É atribuído a Francescakis o pioneirismo do estudo do instituto das normas de aplicação imediata, por ele definido “como as leis cuja observância é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou econômica do país” (Cf. VICENTE, 2001, p. 633). Independentemente do direito aplicável, a doutrina do DIP consagra modernamente que as normas de aplicação imediata teriam o seu espaço na solução dos conflitos internacionais.

Por força das normas de aplicação imediata, afasta-se o direito estrangeiro aplicável se a solução material a ser efetivada, por sua conta, entrar em confronto com a solução prevista naquela norma (de aplicação imediata).

Se é certo que a norma de aplicação imediata constitui-se em um desvio à regra de que, em princípio, apenas o direito aplicável do país sede da relação jurídica venha ser chamado a regê-la, não é tarefa fácil identificá-la nos ordenamentos jurídicos. É certo que, internamente, essas normas são im-

perativas; mas nem todas as normas imperativas internas são internacionalmente imperativas.

Como essas normas têm a característica de expandir sua aplicação para além das situações absolutamente internas, é importante identificar nas mesmas esse componente espacial. O próprio legislador poderia se encarregar de fazê-lo aderindo à norma essa espacialidade expansiva, como, *v.g.*, ocorre no direito português³⁹. É o que a doutrina chama de uma norma de conflito unilateral. Evidente que o fato de gravar a norma com essa particularidade expansiva só tem sentido naquelas matérias cuja obediência é vital para determinado ordenamento.

Entretanto, as normas de aplicação imediata seriam apenas aquelas expressamente indicadas pelo legislador?

Marques dos Santos (1990, p. 934) entende que, na omissão do legislador, elas podem ser identificadas toda a vez que as normas imperativas se relacionarem com o “interesse público”, para o funcionamento de determinado ordenamento jurídico. Ao contestar Francescakis, o saudoso professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa critica o critério “demasiado restritivo” por ele adotado para identificar essas normas apenas onde estivesse o “caráter vital” do interesse desse Estado.

Lima Pinheiro, sem discordar da possibilidade de se chegar a uma norma de aplicação imediata, por via interpretativa, adota uma posição mais restritiva a esse respeito, divergindo da orientação defendida por Marques dos Santos. O renomado professor da Faculdade de Direito de Lisboa diz que ela só poderá ser buscada na “revelação de uma lacuna oculta mediante interpretação restritiva ou redução teleológica das normas de conflitos gerais em causa...”. Essa posição traduz-se em uma orientação mais cautelosa na identificação dessas normas, de olho na preservação do método conflitual, ao mesmo tempo que deixa uma janela aberta para a sua rejeição quando plenamente

justificável⁴⁰. Moura Ramos (1949, p. 121), sem negar a possibilidade da existência implícita de normas de aplicação imediata, adverte para o fato de que “ela pode dar assim lugar a grandes incertezas na aplicação do direito, na medida em que se saberá precisamente quais as leis que apresentem essas características”.

Na verdade, o que está em jogo é a consequência profunda que resulta da norma de aplicação imediata: o afastamento do método conflitual tradicional e a maximização do direito do foro. Essa espécie de “privilegio” da lei do foro, não resta dúvida, é um fator propício à criação de insegurança jurídica para as partes no tráfico internacional. Parece-me que a tarefa de enxergar em uma norma imperativa, ainda que implicitamente, um comando espacial fora da ordem interna, antes de ser dificultada, é, na verdade, alimentada pela própria natureza do Direito Internacional Privado, que trabalha com conceitos indeterminados, inclusive, para a definição do elemento de conexão, em que os valores e princípios assumem fundamental relevância⁴¹. Se todos concordam, em maior ou menor grau, que essas normas de aplicação imediata são de importância “vital” para o funcionamento de determinado ordenamento, e se o próprio conceito do que seja “caráter vital” é reconhecidamente vago e impreciso, é evidente que o importante papel aqui sempre caberá ao intérprete, diante das situações que forem surgindo, de identificá-las ou não com esse “caráter vital”. Entretanto, tal não pode significar um sacrifício arbitrário do método conflitual, sendo, necessariamente, sempre restritiva a identificação de uma norma de aplicação imediata⁴².

É plenamente possível descobrir-se uma norma imperativa de aplicação imediata a partir da tomada em consideração de elementos que são vitais para o funcionamento daquela organização política, em que se localiza aquela norma⁴³. Aqui, parece-me absolutamente feliz a orientação de Marques dos Santos no sentido de verificar-se, por

meio daquela norma, se o Estado busca satisfazer algum interesse que lhe seja, naquele momento, importante para o seu funcionamento.

4.1. As normas de aplicação imediata e normas autolimitadas

As normas de aplicação imediata configuram espécie do gênero das normas de aplicação autolimitadas (Cf. SANTOS, 1990, p. 265).

A principal decorrência lógica dessa conclusão é que haverá normas imperativas que serão normas “autolimitadas” *stricto sensu*, ou seja, terão sua aplicação delimitada ao direito interno (Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 193). Daí também decorrer que haverá normas imperativas autolimitadas de aplicação imediata, ou seja, que expandem sua aplicação para além das situações reguladas internamente.

É bom lembrar que a norma autolimitada *stricto sensu* da *lex causae*, em princípio, tem sua aplicação assegurada por força do próprio comando interno do direito aplicável. Para a *lex causae*, aquele negócio jurídico é tratado como se o contrato fosse celebrado sem qualquer contato com outra ordem jurídica. Daí que se impõe, normalmente, a obediência às normas imperativas da *lex causae*.

Para o objeto deste trabalho, o problema da norma de aplicação imediata tem relevância maior quando a mesma não seja da *lex causae* e sim da *lex fori* (ARAÚJO, 2000, p. 31). É do que cuidaremos a seguir.

Se a norma imperativa, autolimitada, traz em si, expressamente, uma autorização para a sua aplicação, independentemente do direito aplicável, ou seja, vem acompanhada expressamente de uma norma de conflitos unilateral, em tese, sua aplicação será imediata ou necessária no foro.

Entretanto, se ela vem desacompanhada de qualquer menção expressa a esse respeito, é ao intérprete que competirá a tarefa de identificá-la. E como proceder a essa identificação?

Marques dos Santos (1990, p. 275) diz que essas normas são portadoras de uma especial intensidade valorativa. Deve-se ter sempre em consideração os fins perseguidos por essas normas. Em outras palavras, se é possível identificar nas mesmas uma finalidade que se relacione de maneira direta com algum “aspecto vital” desse ordenamento. É por esse motivo que Dário Moura Vicente coloca o acento, independentemente da existência de uma aparente norma de aplicação imediata, no exame do conteúdo e função dessa norma até para justificar, no sentido oposto, a sua não aplicação.

Para Lima Pinheiro ([19--?], p. 165), as normas imperativas do foro, em regra, são autolimitadas *stricto sensu* e só deixarão de sê-lo por vontade expressa do legislador. O Autor não discorda que, por via interpretativa, seja possível a identificação do conteúdo e fim perseguido pela norma, mas tal, segundo sua opinião, jamais poderá conduzir à “criação” de uma norma de aplicação imediata, à margem do método conflitual.

Parece-me correto sustentar que uma elasticidade na identificação do que seja uma norma de aplicação imediata implica um sacrifício injustificável do método conflitual. É que o valor segurança jurídica perseguido por ele relaciona-se sobremaneira com os ordenamentos jurídicos dos Estados modernos. Entretanto, não parece razoável que essa norma só possa ser buscada sem se recorrer à via interpretativa. Como o próprio Lima Pinheiro reconhece que são “diminutos os casos” em que o legislador empresta à norma expressamente essa imperatividade internacional, tal não pode implicar que, por esse motivo, ela não exista e possa funcionar enquanto tal.

Em todas as situações em que se revele não apenas de forma branda, mas de forma manifesta, flagrante, que determinada norma persegue um fim essencial para determinado ordenamento, deixar de traduzir sua imperatividade interna em imperatividade internacional importaria sacrificar

sobremaneira o valor justiça contido na norma em detrimento do valor segurança contido no método conflitual.

4.2. A aptidão da defesa do consumidor para permitir o seu enquadramento nas normas de aplicação imediata

Conforme anteriormente assinalado, o direito do consumidor brasileiro constitui-se hoje em um dos direitos e garantias fundamentais, bem como é um dos princípios que informam a ordem econômica brasileira, ambos consagrados na Constituição Federal, nos seus artigos 5º, XXXII, e 170º, V, respectivamente. No presente estudo, já foi objeto, inclusive, de conclusão que a defesa do consumidor integra a ordem pública internacional brasileira.

Não obstante o entendimento de que a defesa do consumidor integre a ordem pública internacional brasileira, seria possível concluir também que as normas que integram o Código de Defesa do Consumidor seriam de aplicação imediata?

Em matéria de proteção contratual, pré-contratual e extracontratual (nesse último caso, quando trata da responsabilidade sem culpa do fornecedor por acidentes de consumo), o CDC é todo ele integrado por normas imperativas. Ao lançar mão de normas imperativas, o legislador abdicou de valer-se das normas supletivas, justamente para impedir que os seus comandos sofressem qualquer disposição por parte do contratante economicamente mais forte e sequer pudessem ser objeto de renúncia por parte do contratante destinatário da proteção, no caso o consumidor. Aqui, não é objeto de proteção um simples interesse patrimonial do particular. Uma vez que essa categoria, os consumidores, é destinatária de tudo o que mercado produz, interessa sobremaneira ao Estado intervir nas relações de consumo para prevenir e reprimir os abusos frequentemente cometidos contra essa categoria econômica. Aqui não é o interesse individual patrimonial do consumidor que aciona a necessidade de intervenção do Estado, mas

o consumidor enquanto uma comunidade econômica no relacionamento com outra comunidade, a de fornecedores ou profissionais⁴⁴.

É certo, como sustentado aqui, que o fato de uma norma ser internamente imperativa não quer dizer que o seja internacionalmente. Seria necessário recorrer à vontade do legislador⁴⁵ para ver se ele pretendeu outorgar a essa norma o conteúdo de norma de conflito unilateral ou de aplicação imediata. E por que ele outorgaria a essa norma esse conteúdo? Exatamente porque estariam em jogo elementos vitais da regulamentação desse ordenamento, seja numa visão mais restrita do que seja esse “caráter vital”, seja numa visão mais aberta, como sustenta Marques dos Santos, mas o certo é que esse caráter deverá estar presente. E tal faz sentido, exatamente porque a consequência da norma de aplicação imediata é por demais profunda para o método conflitual, ao implicar o afastamento do direito, em tese, aplicável.

Ao ter como ponto de partida a vontade do legislador, uma dificuldade se revela de imediato na identificação da norma do CDC como sendo de aplicação imediata: a falta de qualquer menção expressa em todos os artigos que compõem o Código sobre a sua projeção espacial internacional. Ao contrário do diploma das cláusulas gerais do direito português⁴⁶, não há na lei brasileira de defesa do consumidor qualquer indicação expressa quanto à presença de uma norma de conflito unilateral.

Restaria, então, buscar essa norma de conflito unilateral, no CDC brasileiro, por via interpretativa. Identificar essa norma de conflito unilateral, por via interpretativa, não pode significar precisamente a necessidade de recorrer à intenção do legislador. Essa identificação deve ter como ponto de partida a localização da norma dentro de determinado ordenamento jurídico e os princípios que informam esse sistema jurídico, não a vontade do legislador isoladamente considerada. Tem que se tomar em considera-

ção a importância daquela norma para determinado ordenamento jurídico, se ela está ou não a serviço da efetivação de um fim político ou social considerado importante para aquela organização política, no caso a brasileira. Colocar o acento, para a resolução da questão, na vontade do legislador implica uma limitação severíssima da atividade interpretativa. O acento deve ser sempre colocado na relação entre a norma em comento e o funcionamento da organização política; a sua obediência impõe-se tanto internamente como internacionalmente, para a salvaguarda desses interesses vitais dessa organização⁴⁷.

Em se tratando da defesa do consumidor, parece-me que, implicitamente, a própria Constituição impôs um limite ao direito aplicável resultante do método conflitual⁴⁸.

Não obstante a ausência no texto legal ordinário de qualquer norma nesse sentido, a conclusão se impõe por força do estatuído na própria Constituição Federal. Ao atribuir à proteção do consumidor o status de direito fundamental, implicitamente, o artigo 5º, XXXII, da Constituição passou a dispor sobre a necessidade dessa proteção toda a vez que esteja em jogo um interesse de um consumidor.

Se não se pode atribuir a toda norma constitucional a obrigatoriedade da sua aplicação às situações internacionais em detrimento do método conflitual⁴⁹, é inegável que os direitos fundamentais, assim reconhecido no foro, conforme sustenta Moura Ramos (1999, p. 209), “serão estes os que mais poderão ser chamados a influenciar as regras de conflitos”. Tal implica o reconhecimento de que a solução material do caso concreto, uma vez sujeita ao controle da *lex fori* brasileira, não pode ter como irrelevante o direito fundamental de defesa do consumidor consagrado nessa ordem jurídica. É que, se assim fosse, acabar-se-ia neutralizando todos os fins e objetivos perseguidos pelo próprio reconhecimento de um direito fundamental na *lex fori* (PINHEIRO,

[19--?], p. 484). Pode-se dizer, portanto, que o direito fundamental à proteção do consumidor impõe-se seja nos contratos internos, seja nos contratos internacionais.

4.3. O conteúdo e o fim perseguidos pelas normas de proteção do consumidor

Pode-se concluir que as normas de proteção do consumidor são essenciais para a salvaguarda dos interesses vitais do Estado Brasileiro⁵⁰? Vê-se que a resposta a essa questão importa em saber como se relaciona a importância da defesa do consumidor para a organização social e política brasileira, colocando-se, portanto, o acento no conteúdo e função dessas normas.

Como afirmado anteriormente, a defesa do consumidor não tem seu ponto de partida na proteção patrimonial de um contratante individualmente considerado, mas no alcance social dessa proteção. A proteção justifica-se na medida em que a desproteção é geradora de desigualdade social para esse importante seguimento do mercado, fim de tudo que o mercado produz: o consumidor.

As normas de defesa do consumidor buscam concretizar, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade material. O próprio *caput* do artigo 5º começa por preceituar que “*todos são iguais perante a lei... nos termos seguintes*”. Essa igualdade só será atingida, de acordo com a carta maior do ordenamento jurídico brasileiro, se também for promovida, na forma da lei, “*a defesa do consumidor*”. Não é a defesa do consumidor um privilégio dessa categoria, mas um instrumento que busca igualar desiguais, permitindo relações mais igualitárias, enfim, equilibradas. Pode-se mesmo dizer que o fim perseguido pela defesa do consumidor é diretamente o da igualdade material; o conteúdo dessas normas protetivas está impregnado invariavelmente desse objetivo, a fim de permitir uma relação contratual ou extracontratual minimamente equilibrada⁵¹.

Não se pode, sequer, destacar uma única regra do Código para a efetivação do fim

perseguido pelo Estado brasileiro. Aqui, é o próprio conjunto de regras do Código, como se depreende do seu artigo 1º, com manifesto caráter imperativo, que está ao serviço da efetivação daqueles fins. Uma vez identificada a aptidão das normas de defesa do consumidor para integrarem o instituto das normas de aplicação imediata, a questão que ainda persiste é o reconhecimento de sua existência ou não no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a imperatividade internacional da norma de proteção do consumidor encontra um limite no elemento de conexão adotado na própria norma constitucional. A norma não persegue propriamente a proteção de todo e qualquer consumidor e nem do consumidor brasileiro em si, mas um consumidor que seja residente no Brasil. A residência no Brasil, conforme se infere do próprio *caput* do artigo 5º, que diz que esses direitos fundamentais serão garantidos aos “*estrangeiros e brasileiros residentes no Brasil*”, é o elemento de conexão adotado pelo constituinte brasileiro para autorizar o acionamento do sistema protetivo interno. Tal implica que um brasileiro não residente no Brasil, que celebra um contrato no país de sua residência, não poderia invocar a proteção da lei brasileira. Do contrário, um estrangeiro, desde que residente no Brasil, poderia invocar a proteção interna.

Mas a simples residência no Brasil, por si só, seria suficiente para acionar a proteção do CDC nos contratos internacionais? Parece-me que não. Mesmo residente no Brasil, o conteúdo e os fins das normas de proteção do consumidor não serão afetados se ele realiza contratos fora do Brasil e em país estrangeiro realiza todos os atos necessários à contratação. É importante para a preservação do conteúdo e dos fins da norma que ele tenha sido atraído para a celebração do contrato, no próprio território brasileiro, seja por mensagens publicitárias ou Internet, seja por meio do próprio profissional ou seu representante que aqui busca a contratação de seus bens e serviços junto ao

consumidor. É que, assim agindo, o profissional não será surpreendido com a aplicação da lei brasileira. Portanto, se nenhum desses atos necessários à contratação ocorre no Brasil, o consumidor que se desloca para fora do país e lá adquire bens ou serviços, mesmo que como destinatário final, deve sujeitar-se à lei do local da contratação.

Conclusão

Do aqui exposto e debatido, pode-se chegar à conclusão de que é possível fazer atuar a reserva da ordem pública internacional, nos contratos internacionais, com vista a garantir uma proteção mínima do consumidor brasileiro, quando o resultado decorrente da aplicação da *lex causae* for, em confronto com aquela (a ordem pública internacional brasileira), manifestamente incompatível. Não é uma simples diferença de tratamento da lei brasileira de defesa do consumidor em relação à *lex causae* que autoriza o acionamento da dita reserva. Esta só será acionada, excepcionalmente, de forma a garantir uma proteção mínima ao consumidor brasileiro, quando o resultado obtido com o método conflitual clássico se mostrar intolerável no foro brasileiro, diante da reserva da ordem pública internacional. Entretanto, esse controle da solução material frente ao recurso da reserva da ordem pública internacional é feito *a posteriori*, sem prejuízo inicial do método conflitual.

O controle *a priori* é também possível existir em matéria de proteção e defesa do consumidor brasileiro. Diante do conteúdo e dos fins perseguidos pela Lei nº 8078/90, pode-se dizer que esse diploma é de vital importância para a concretização do princípio da igualdade na República Federativa do Brasil, ao mesmo tempo em que age como princípio informador da ordem econômica, ajudando na redução das desigualdades sociais. Nesse sentido, as normas do CDC têm aptidão para enquadrarem-se como norma de aplicação imediata. Dentro das fontes externas do DIP brasileiro e nos

termos do debate aqui desenvolvido, é possível visualizá-la no Código Bustamante, entendendo que a pactuação em contratos internacionais de cláusulas contrárias ao que dispõe a Lei nº 8078/90, declaradamente uma norma de ordem pública e interesse social, importa em violação a normas imperativas de aplicação imediata do foro brasileiro. Anote-se, entretanto, que a aplicação do Código Bustamante e, por conseguinte, as normas de aplicação imediata dele decorrentes são restritas às relações entre contratantes de Estados Partes do *Código*.

Com referência à relação com outros países, que não são signatários do *Código Bustamante*, a solução deve ser buscada (pelo menos, por ora, até a ratificação da Convenção do México, que dispõe expressamente sobre as normas de aplicação imediata), no próprio ordenamento brasileiro, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

A natureza do interesse protegido como direito fundamental, e agindo o Código de Defesa do Consumidor como conjunto de normas tendentes a dar efetividade a esse direito constitucionalmente assegurado, impõe a sua aplicação necessária aos contratos internacionais celebrados por consumidores; consumidores que sejam residentes no Brasil e que sejam expostos, no território brasileiro, a mensagens publicitárias, por qualquer meio, de fornecedores estrangeiros, realizando aqui os principais atos tendentes à contratação.

Notas

¹ “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Par. 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.

Par. 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar que residir o proponente.”

² Estudos em homenagem à professora Collaço (2002, p. 387, 406).

³ Projeto de Lei 4.905.

⁴ Nesse sentido, Moura Ramos (1991, p. 191).

⁵ Tratado assinado em fevereiro de 1928 na VI Conferência Pan-Americana, em Havana; leva o nome de Código Bustamante em homenagem ao autor do projeto, Bustamante, renomado estudioso cubano. O “Código” tem 437 artigos e trata de quase todas as questões de DIP.

⁶ Ratificaram o “Código” os seguintes países: Brasil, Chile, Equador, Bolívia, Venezuela, Peru, Cuba, República Dominicana, Haiti, Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, Salvador e Guatemala. Vários países assinaram a convenção com reservas a grande número de disposições. O próprio Brasil, à época, fez reserva quanto aos artigos 52^o e 53^o, por causa do divórcio.

⁷ “Art. 186^o Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração”. Valladão (1980) critica esse e os demais dispositivos da parte de obrigações, que, segundo ele, foram redigidos de forma muito confusa.

⁸ O atual art. 153^o e ex-artigo 129^o do Tratado assinado em Roma, em 25.03.1957.

⁹ A Convenção até hoje não foi ratificada pelo Brasil, apenas o México e a Venezuela a ratificaram.

¹⁰ “Art. 7^o O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O Acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência sobre acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”

¹¹ “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 mantém 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 em conta os princípios de direito comercial internacional aceitos pelos organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do 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 do outro Estado”.

¹² “Artigo 11^o Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do foro quando revestirem de caráter imperativo.

Ficará à disposição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições

imperativas do direito do outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos mais estreitos.”

¹³ “Artigo 18^o O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestamente contrário à ordem pública do foro”.

¹⁴ Art. 2^o “O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate de um Estado não parte”. No ordenamento jurídico brasileiro, o tratado internacional goza de simples *status* de lei ordinária. Embora essa posição dos tratados na hierarquia da lei seja criticada durante pela doutrina majoritária (Cf. RECHSTEINER, 2003, p. 103), o que os coloca numa situação de relativa instabilidade em face da possibilidade de revogação por uma lei ordinária posterior, enquanto não for sancionada nenhuma disposição em sentido contrário, o artigo 2^o da Convenção do México incorporar-se-á no nosso ordenamento jurídico como uma verdadeira cláusula geral de relativização do método conflitual clássico, consagrado no artigo 9^o da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

¹⁵ Convenção sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma, em 19.6.1980.

¹⁶ O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, em 1990; hoje, após a constituição de uma zona de livre comércio, está na fase da União Aduaneira Imperfeita, com a adoção de uma política comercial externa comum e com uma tarifa externa também comum. A consolidação de um mercado comum é objetivo a médio prazo, em que serão asseguradas as cinco liberdades básicas: livre circulação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento.

¹⁷ Comunicado conjunto dos Presidentes do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998: “A defesa do consumidor é: ‘elemento indissociável do desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul’”. Hoje, inclusive, dentro da estrutura organizacional do Mercosul, na Comissão de Comércio, existe o Comitê 07, especializado em legislar e velar pela defesa dos consumidores no Mercosul.

¹⁸ “Art. 18^o A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados Partes, com as adequações que forem necessárias, somente terá início após a aprovação do ‘Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor’ em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum”.

¹⁹ O Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, assinado em abril de 94, admite a autonomia da vontade na escolha do foro, mas exclui totalmente da sua aplicação os contratos celebrados com consumidores.

²⁰ Essa resolução praticamente repete o texto do artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

²¹ Cf. LEITÃO, 2002, p. 19.

²² Cf. ROZAS (1996, p. 277-278).

²³ Cf. BRANCO, 2002, p. 156. Esse também é o entendimento corrente da doutrina consumerista brasileira (Cf. GUSTAVO TEPEDINO, ([200-?], p. 259).

²⁴ Cf. LEITÃO, 2002, p. 12. Nesse mesmo sentido, Tomasatti Júnior (1995, p. 30).

²⁵ No julgamento do Recurso Especial 292942/MG, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a natureza de ordem pública das normas do CDC: "...O caráter de norma de ordem pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei...". A doutrina brasileira conclui também majoritariamente nesse mesmo sentido (Cf. MARQUES, 1999, p. 220).

²⁶ Oliveira Ascensão (2001, p. 507) discorda do termo "norma imperativa", posto que "toda regra jurídica é imperativa por definição". O Autor prefere a expressão "regras injuntivas". Entretanto, no decorrer deste trabalho, embora concorde com o pensamento de Oliveira Ascensão, será utilizada a expressão "normas imperativas", por conta de sua utilização também corrente no Direito Internacional Privado.

²⁷ Ascensão (2001, p. 508); Irineu Stringer ([199-?], p. 434) defende uma maior amplitude na identificação das normas de ordem pública. Para o renomado Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, normas imperativas e de ordem pública têm absolutamente o mesmo significado. Mais adiante, Stringer defende a opinião de que ordem pública interna e internacional não se confundem, definindo esta última como "toda aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência desse Estado".

²⁸ "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer outras declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". Ao comentar o dispositivo em tela, Haroldo Valladão (1968, p. 502) diz que ele se refere claramente a uma ordem pública internacional, diferente da interna, conforme adiante se verá, e afigura-se hoje como uma cláusula geral: é uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso".

²⁹ A doutrina brasileira também sempre apontou nessa direção. Valladão (1980, p. 505): "Sendo um limite, a ordem pública afastará apenas o preceito *absolutamente incompatível* com o direito do foro e as conseqüências variam caso a caso, normalmente levando à substituição do direito estrangeiro pelo do foro, para proibir ou para conceder (exemplo do divórcio), para autorizar ou denegar..."

³⁰ Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 465.

³¹ Lima Pinheiro ([19--?], p. 465) sustenta que os direitos fundamentais consagrados nas constituições tendem a integrar a ordem pública internacional do foro. No mesmo sentido, Teles ([199-?], p. 28). Moura Ramos (1999, p. 234-235) sustenta que não são todos preceitos constitucionais, que, em princípio, estão aptos a integrar a ordem pública internacional, embora admita que é "...irrecusável que, no exercício da actividade judiciária, os tribunais poderão sentir totalmente desvinculados do quadro de intenções e diretrizes de sua lei fundamental, a pretexto de que a internacionalização de certas relações conduz que a regulamentação seja feita através de uma lei estrangeira... Pela consideração destes dois vectores – os valores de certeza e segurança do tráfego internacional e as exigências básicas da ordem constitucional – haverá de passar assim a solução de cada caso concreto de modo a, com menor dano ao primeiro, se garantir a integral realização do segundo".

³² "Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional". Penso que, não obstante a literalidade do dispositivo, o mesmo deve comportar uma interpretação restritiva, mais próxima do pensamento acima defendido por Moura Ramos. Sua interpretação não pode conduzir a uma autorização genérica para o sacrifício do método conflitual e, por conseguinte, da segurança jurídica, o que acabaria por implicar o acionamento da reserva da ordem pública internacional em situações injustificáveis, em que verdadeiramente nem a ordem pública interna poderia estar em jogo.

³³ Cf. RECHSTEINER, 2003, p. 156. Nesse mesmo sentido Valladão (1980, p. 496).

³⁴ Rechsteiner (2003, p. 157), embora, em sua obra, não faça um confronto maior entre a reserva da ordem pública internacional e as normas de aplicação imediata, reconhece a vantagem de se recorrer a esse último instituto, quando juridicamente possível.

³⁵ Ramos (1999, p. 121-133). O renomado professor de Coimbra apresenta de forma bem clara a questão, pois, como diz, as normas de aplicação imediata devem intervir antes das normas de conflitos.

³⁶ Cf. Lima Pinheiro ([19--?], p. 226), que admite um sintonia mínima entre a justiça da conexão e a justiça material: "A justiça do Direito Internacional Privado, ou justiça conflitual, é mais ampla que a justiça da conexão".

³⁷ Cf. ROZAS, 1996, p. 279.

³⁸ O termo *normas de aplicação imediata* não reúne a unanimidade das opiniões. Há autores, como Lima Piheiro ([19--?]), que preferem a expressão *normas de aplicação necessária*. Até porque, conforme anota o Autor, essas normas nunca reclamam a aplicação

imediate, mas necessária, porque a sua aplicação haverá de passar sempre por uma valoração conflitual, conforme adiante se falará. Embora concorde com a manifestação de Lima Pinheiro a esse respeito, no decorrer deste trabalho, apenas para meros efeitos de sistematização, utilizar-se-á a expressão *normas de aplicação imediata*, por conta de sua utilização mais corrente na própria doutrina pesquisada.

³⁹ Exemplo de norma de aplicação imediata em que o legislador atribuiu-lhe expressamente essa condição é o artigo do Código de Valores Mobiliários de Portugal, D.L. nº 486/99:

“Independentemente do direito que a outro título seja aplicável, as normas imperativas do presente Código aplicam-se se, e na medida em que, as situações, as actividades e os actos tenham conexão relevante com o território português”.

⁴⁰ Entretanto, Lima Pinheiro ([19--?], p. 198) admite que, diante de uma lacuna oculta, poder-se-á chegar a uma norma de aplicação imediata.

⁴¹ Cf. PINHEIRO, [19--?], 238. Embora Lima Pinheiro conteste os entendimentos de Machado e Ramos, que atribuem aos princípios uma função hierarquicamente superior à norma conflitual singularmente considerada, o próprio autor não deixa de emprestar aos princípios e valores posição de relevância no DIP. “Os valores e princípios estão subjacentes às regras, servem para sua interpretação e podem justificar uma extensão analógica ou uma redução teleológica. Mas não derogam as regras legais”.

⁴² Para Vicente (2001, p. 646), o intérprete tem ampla liberdade em identificá-las e mesmo quando, expressamente, haja estabelecido uma norma de conflito unilateral, o intérprete deve perquirir sempre seu conteúdo e função dentro do ordenamento jurídico de origem. Tal pode, na visão do Autor, implicar, inclusive, a simples tomada em consideração ou até que essas normas não sejam necessariamente aplicadas.

⁴³ Cf. ARAÚJO, 2000, p. 33. Araújo, entretanto, sugere que o Juiz tem um “poder discricionário de grande alcance” para identificação dessas normas no ordenamento jurídico do foro. Parece-me que a questão não se relaciona propriamente com um poder discricionário do Magistrado, porque a decisão não poderá ser jamais arbitrária. É contra essa arbitrariedade que a doutrina vem buscando critérios, conforme adiante se verá, para que o recurso a normas de aplicação imediata seja feito sem impor um risco demasiado à segurança das relações contratuais internacionais.

⁴⁴ Em sua tese de mestrado sobre *A proteção do Consumidor nos Contratos Internacionais*, FDUL, Teles (1997, p. 79) aponta para esse mesmo entendimento do tratamento do consumidor na ordem jurídica portuguesa.

⁴⁵ Cf. PINHEIRO [19--?]. Nesse mesmo sentido, Vicente (2001) e Teles (1997).

⁴⁶ DL nº 220/95. Art.23º: “Independentemente da lei que as partes hajam escolhido para reger o contrato, as normas desta secção aplicam-se sempre que o mesmo apresente ligação estreita ao território dos Estados-membros da União-Européia”.

⁴⁷ Para Menezes Leitão (2002, p. 27), a defesa do consumidor “é postulado político essencial” do Estado moderno.

⁴⁸ Mesmo diante da resistência de Lima Pinheiro ([19--?], p. 482- 483) em reconhecer a possibilidade de chegar-se a uma norma de conflito especial, por via interpretativa, ele admite que, em se tratando de certos preceitos constitucionais, em especial os que tratam de direitos fundamentais, é possível identificá-las com recurso a exegese.

⁴⁹ Cf. Moura Ramos, 1999, p. 188.

⁵⁰ Analisando a questão sob a ótica da natureza da defesa do consumidor, Teles (1997, p. 80) conclui que, em princípio, as normas de proteção aos consumidores têm aptidão para adquirirem a natureza de normas de aplicação imediata.

⁵¹ Não está o Código em busca de uma justiça total ou um equilíbrio total. Até porque os principais dispositivos do Código revelam-se verdadeiras cláusulas gerais, em que cabe ao intérprete a tarefa de, no caso concreto, efetivar os valores impregnados na norma. Admite-se que as cláusulas contratuais possam até ser geradoras de algum desequilíbrio ou alguma injustiça. O que não se admite é o desequilíbrio manifesto, a injustiça manifesta. A partir desse momento, o Estado aciona o sistema protetivo, intervindo drasticamente no conteúdo dos negócios jurídicos a fim de corrigi-los e permitir uma relação minimamente equilibrada, justa.

Bibliografia

ARAÚJO, Nádya de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRANCO, Paulo Gonet Castelo et all. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães. *Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais*. Lisboa: [s. n.,1954?].

- DERANI, Cristiane. Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e responsabilidade civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- LEITÃO, Luis de Menezes. O direito de consumo: autonomização e configuração dogmática. In: _____. (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumidor*. Almedina, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, abr./jun. 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 16-54, 1998.
- _____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 61-96.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito comunitário do consumo. In: LEITÃO, Luis de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.
- NISHIYAMA, Adolfo Namoru. A proteção constitucional do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, [2001?]. v. 1. Parte Geral.
- _____. Direito aplicável aos contratos com consumidores. In: LEITÃO, Luis de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito de Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002.
- RAMO, Rui M. G. Moura. *Direito internacional privado e constituição: introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- RECHSTEINER, Beata Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROZAS, José Carlos Fernandes. *Deixo del comercio internacional*. Madrid: Enroles, 1996.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Derecho internacional privado*. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.
- SANTOS, António Marques dos. *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*. Lisboa: [s. n.], 1990.
- _____. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil. In: RAMOS, Rui Manoel de Moma (Org.). *Estudos em Homenagem à professora Isabel de Magalhães Collaço*. Lisboa: Almedina, 2002. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, out./dez. 2000, p. 54-104.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- STRINGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTR, [19—?].
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1995.
- TELES, Eugênia Galvão. *A proteção do consumidor nos contratos internacionais*. 1997. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1997.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [19—?].
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.
- VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Almedina: [s. n.], 2001.