

A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo¹

por **Claudia Lima Marques,**

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela
Universidade de Tübingen e Especialista em Integração
Européia pelo Europa-Institut, Saarbrücken, Alemanha

Introdução

Tendo tido a honra de ministrar aulas no Curso de Direito Internacional da OEA-Organização dos Estados Americanos, em agosto de 2000, sobre "A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral",² onde conclui pela necessidade e oportunidade de elaborarmos na região uma nova Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) para a proteção do consumidor turista e do consumidor que contrata à distância, em especial no crescente comércio eletrônico, gostaria agora de resumir este Curso, divulgar as conclusões a que cheguei e submetê-las à crítica dos colegas brasileiros.

A abordagem do Curso de 2000 foi necessariamente regional e assim as soluções propostas, como a própria CIDIP projetada ao final, mas os problemas identificados também se refletem no ordenamento brasileiro, como neste artigo procuraremos destacar. Efetivamente, as normas brasileiras de Direito Internacional Privado em vigor datam de 1942 e os projetos existentes - como o Projeto Reale de Novo Código Civil, o projeto da OAB-SP sobre comércio eletrônico ou o projeto de nova LICC de Jacob Dolinger - ou visam apenas atualizar os aspectos materiais do novo consumo internacional ou foram retirados do Parlamento e não mais tramitam, deixando sem regular de forma especial o problema da lei aplicável a estes cada vez mais comuns contratos internacionais de consumo.³ A importância do tema está dada. Neste sentido, se também nacionalmente, as normas de Direito Internacional Privado estão defasadas, a elaboração de uma solução

¹ Este artigo é a nova versão, composta de extratos do Curso "A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral", Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001 (n prelo), para divulgação no Brasil. A autora agradece ao Dr. Jean Michel-Arrighi, renomado consumerista e Diretor Jurídico da OEA, Washington, pelo honroso convite para ministrar este Curso na OEA em 2000 e gostaria de agradecer e homenagear os Professores Elmo Pilla Ribeiro (UFRGS), Michael R. Will (Saarbrücken), Alfred von Overbeck (Lausanne) e Erik Jayme (Heidelberg), grandes mestres que me ensinaram a beleza, a importância e a utilidade do Direito Internacional Privado em nossos tempos.

² A íntegra do Curso será publicado pela OEA, em Washington, veja MARQUES, Cláudia Lima, A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001.

³ Outro bom exemplo é que dos 80 PLs apensados ao Projeto de Lei 1825/91 de atualização do CDC, apenas três (PL 884/95, PL 2646/96 e PL 2893/97) tratam de temas de consumo internacional e isto no que se refere à informação prestada ao consumidor, tema já tratado pelo Art. 31 do CDC.

regional pode ser um caminho mais fácil e efetivo a seguir nestes tempos globalizados⁴, como o exemplo europeu tem demonstrado.⁵

Se, algum tempo atrás, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas restringia-se ao território do seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade,⁶ hoje a realidade regional e nacional é diversa. Com a abertura dos mercados a produtos e serviços estrangeiros, com a crescente integração econômica, a regionalização do comércio, as facilidades de transporte, o turismo em massa, o crescimento da telecomunicações, da conexão em rede de computadores, do comércio eletrônico, não há como negar que o consumo já extrapola as fronteiras nacionais.⁷ Os bens estrangeiros estão nos supermercados, os serviços são oferecidos por fornecedores com sede no exterior no telemarketing, através da televisão, do rádio, da Internet, da publicidade massificada no dia-a-dia da maioria dos cidadãos de nossas metrópoles regionais.⁸ Não é mais necessário viajar, ser um *consumidor-ativo*, um consumidor turista, deslocar-se para ser um consumidor, que contrata de forma internacional ou se relaciona com fornecedores de outros países.⁹ As próprias formas de produção e montagem hoje são internacionais, os contatos internacionais de consumo e o turismo massificaram-se.¹⁰ O fenômeno do *consumidor-passivo* internacional e o do *consumidor-ativo* internacional já chegou aos países da América Latina e ao Brasil. Consumir de forma internacional é típico de nossa época. O serviço ou produto estrangeiro é *status*, é bem simbólico na atual cultura de consumo;¹¹ o turismo, as viagens, o ser consumidor-ativo de forma internacional faz parte da procura pós-moderna dos prazeres, do

⁴ Sobre os problemas e a trivialização da expressão "globalização", veja a análise lúcida de PORTO, Ronaldo, *Globalização e Direito do Consumidor*, in RDC 32, p. 45.

⁵ Veja sobre o exemplo europeu nosso artigo *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, in Revista de Direito Privado, vol. 4 (2000), p. 50 e seg.

⁶ Assim ensina HOFFMAN, Bernd von, *Über den Schutz des Schächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in RabelsZ 38 (1974), p. 401, explicando que nos casos excepcionais se podia usar a cláusula de ordem pública para proteger este "mais fraco" em seus contratos/acidente/turismo internacional.

⁷ Assim também observam os mestres uruguaios HARGAIN, Daniel e MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Júlio César Faira Ed., Montevideu, 1998, p. 504, citado HARGAIN/MIHALI.

⁸ Assim concordam BENJAMIN, Antônio Herman de V., *Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience*, in RAMSAY, Iaian (Ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, Asgate, Brookfield, USA, 1996, p. 50 e REICH, Norbert, *Consumerism and citizenship in the Information Society-The case of electronic contracting*, in WILHELSSON, Thomas (Ed.), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer, Law International, Haia/Londres/Boston, 2001, p. 163 e seg. Veja MARQUES, Claudia Lima (Org.), *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*, Editora Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994 e *El Código brasileño de defensa del consumidor y el Mercosur*, in GHERSI, Carlos Alberto (Diretor), *Mercosur-Perspectivas desde el derecho privado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 199-226.

⁹ A distinção entre consumidor-ativo (que se desloca de um país para outro) e consumidor-passivo (que recebe a informação, que contrata em seu país, sem deslocamento físico) é muito utilizada na Alemanha e será aqui seguida para facilitar a exposição. Veja, por todos, usando a expressão JAYME, Erik e KOHLER, Christian, *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, in IPRAX 1999, p. 404.

¹⁰ Assim BENJAMIN, Antonio Herman de V., *O transporte aéreo e o Código de Defesa do consumidor*, in Revista AJURIS-Edição Especial, março 1998, vol. II, p. 499 e seg. Veja também meu artigo *A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais*, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 3 (1992), pg. 155-197.

¹¹ Aqui estamos seguindo os ensinamentos de FEATHERSTONE, Mike, *Cultura de Consumo e Pós-modernismo*, Ed. Studio Nobel, São Paulo, 1995, p. 31.

lazer individual, da realização dos sonhos e do imaginário, é uma distinção social cada vez mais importante.¹²

Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional,¹³ e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior.¹⁴ Em teoria, o consumidor turista, o viajante, aquele que adquire produtos e serviços em outro país deve poder contar com uma proteção mínima aos seus interesses, assim como aquele que assistindo publicidade de fabricante localizado em outro país, resolve contratar a distância ou por meios eletrônicos. Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado,¹⁵ uma globalização também das relações privadas de consumo,¹⁶ que põe a luz as falhas do mercado¹⁷ e os limites da noção de "soberania" do consumidor no mercado atual.¹⁸ A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco,¹⁹ necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal.²⁰

A pergunta é se o nosso ordenamento jurídico está preparado para esta internacionalização das relações de consumo. Há grande especificidade nestas relações jurídicas internacionais, que se bem representem apenas uma parcela do comércio internacional, têm um potencial econômico e político importantíssimo (Parte I). A realidade da maioria dos países das Américas é que as leis nacionais de proteção dos consumidores, de direito civil e de direito comercial, e as normas gerais raramente possuem normas de direito internacional privado especiais para a tutela efetiva dos contratantes mais fracos, das vítimas dos acidentes com produtos e serviços defeituosos, dos turistas, dos que recebem a publicidade, o marketing agressivo e emocional de nossos tempos, enfim, dos consumidores domiciliados ou nacionais destes países. As normas nacionais de Direito Internacional Privado (aqui denominado DIPr.) destes países geralmente é antiga²¹ e a única atualização veio através das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs), organizadas no seio da OEA. As CIDIPs, porém, nenhuma conexão mais

¹² Assim FEATHERSTONE, p. 31.

¹³Veja BOURGOINIE, Thierry, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, CDC-Story Scienza, Bruxelas, 1988, p. 215ss.

¹⁴Assim nos manifestamos no artigo, *Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, publicado in Revista Direito do Consumidor, vol. 23-24, p. 79 e também, no mesmo sentido no Mercosul, STIGLITZ, Gabriel, *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur*, in Derecho del Consumidor, vol. 6, 1995, p. 20.

¹⁵Cfr. BOTANA GARCÍA, Gema e RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madri, 1999, p. 8 (citado BOTANA).

¹⁶ Veja, por todos, GHERSI, *Postmodernidad*, p. 139 e seg.

¹⁷Assim BOURGOINIE, p. 64 e seg.

¹⁸Assim BOTANA, p. 8 e BOURGOINIE, p. 64.

¹⁹CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la Consommation*, 3.ed., Dalloz, Paris, 1992, p. 1, considera que este desequilíbrio sempre existiu, apenas agora está qualificado de tal forma que é um dos objetivos sociais de nosso tempo, proteger ao consumidor em posição estruturalmente mais fraca.

²⁰Assim me manifestei in *El Código brasileño*, p. 199, também BOTANA, p. 8 menciona a atual "degradación de la posición del consumidor".

²¹Exceção feita aos EUA e Venezuela, veja PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *Curso general de Derecho Internacional Privado- Problemas Selectos*, Fundación Fernando Parra Aranguren, Caracas, 1991, p.51 e seg.

favorável impuseram especificamente sobre a proteção do consumidor, como veremos (Parte II).

Incontroverso é que a proteção deste agente econômico mais fraco,²² geralmente pessoa física não profissional, que age, contrata ou negocia no mercado de consumo e fornecimento de produtos e serviços sem fins lucrativos e fora de sua atividade profissional principal, interessa hoje ao Direito Internacional Privado regional, como comprova o Protocolo de Santa Maria de 1998 no Mercosul e ao Direito Internacional Privado geral, como demonstrou o projeto de 1980 da Convenção de Haia²³ e a Convenção Européia de Roma de 1980.

Pergunta-se, aqui, se os esforços até agora realizados foram suficientes ou devem ser renovados. As normas nacionais deveriam ser suficientes para proteger o consumidor no novo mercado sem fronteiras, ao mesmo tempo em que não devem ser usadas pelos países como novas barreiras a livre circulação de produtos e de serviços dos países integrados ou que pertencem a uma zona de livre comércio ou união aduaneira, como a NAFTA, a ALCA e o Mercosul.²⁴ Note-se, porém, que as normas nacionais, reguladoras do comércio internacional, assim como direito uniforme do comércio internacional ou a denominada *lex mercatoria*, geralmente não se preocupam em proteger o consumidor,²⁵ ao contrário tentam excluir estes contratos de seu campo de aplicação.²⁶

Na Europa, desde a década de 1970, os doutrinadores propugnam a necessidade do Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente dos consumidores,²⁷ incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela do vulnerável nestas situações privadas internacionais, face a falência das ditas conexões "neutras" e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes.²⁸ Estas normas especiais de DIPr. seriam necessárias até que a

²² Assim BENJAMIN, Antônio Herman, *El Código Brasileño de Protección del Consumidor*, in Política y Derecho del Consumo, VELILLA, Marco (Director), Ed. El Navegante, Bogotá, 1998, p. 480.

²³ Veja VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, Haia, 1982, p. 6, que explica como este projeto de convenção visava complementar a Convenção de Haia de 1955 sobre lei aplicável à venda internacional de mercadorias, o que nunca chegou a acontecer, pois o referido projeto, findo em 1980, nunca chegou a ser aprovado, superado que foi pela própria Convenção de Roma da CEE, assinada naquele mesmo ano com seu famoso Art. 5 sobre o mesmo tema.

²⁴ Assim KRÄMER, Ludwig, *La CEE et la protection du consommateur*, Collection Droit et Consommation 15, Story, Bruxelles, 1988, p. 377. Veja também o nosso artigo, *El Código brasileño*, p. 199 e seg.

²⁵ Assim BOTANA, p. 21, citando os princípios de UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais e a Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980.

²⁶ O exemplo mais importante são as normas uniformizadoras da Convenção da ONU sobre Compra e Venda de mercadorias de 1980, conhecida como Convenção de Viena de 1980, que em seu Art. 2, a e Art. 5, procuram evitar a aplicação destas normas do comércio internacional aos contratos com consumidores-leigos. Veja sobre o tema HARGAIN/MIHALI, p. 506 e GARRO, Alejandro Miguel e ZUPPI, Alberto Luis, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 81.

²⁷ Ficaram famosos os trabalhos de ZWEIGERT, NEUHAUS e LANDO, sugerindo o primeiro que o DIPr. incluisse valores sociais e, o segundo, que se abandonasse a autonomia de vontade nos contratos entre contratantes fracos e fortes, como os de consumo e o terceiro, pragmaticamente, que passasse o DIPr. a escolher como conexão o domicílio do contratante mais fraco, veja também o estudo de VON HOFFMANN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), (396-420), p. 398 e seg. e de KROPHOLLER, Jan, *Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei*, in *RabelsZ* 42 (1978), (634-661), p. 634 e seg.

²⁸ Assim KROPHOLLER, 1978, p. 636.

harmonização das normas materiais de defesa do consumidor, pelo menos nos temas principais da internacionalização então vivida, acontecesse na Europa.²⁹

Com as devidas adaptações, parece-me que exatamente este momento histórico está repetindo-se no espaço interamericano. O sistema Interamericano está claramente aberto para o comércio internacional e a regionalização, mas ainda possui um ordenamento jurídico lacunoso e insuficiente para proteger os agentes econômicos mais fracos de seu mercado, os consumidores. Uma evolução seria necessária.

Neste sentido, unindo-me aos doutrinadores uruguaios e argentinos,³⁰ que me precederam nestes estudos sobre a proteção do consumidor em situações internacionais, gostaria de aproveitar este convite do Comitê Jurídico Interamericano para sugerir a elaboração de uma Convenção Especializada de Direito Internacional Privado sobre proteção do consumidor em duas situações específicas, a do consumidor-turista, especialmente aquele que se utiliza do sistema de multipropriedade ou time-sharing, e a do consumidor que contrata à distância, seja por meios tradicionais ou por novos meios eletrônicos. Inspiro-me na atual doutrina européia, a qual continua indicando que o tema da proteção do consumidor é básico para os mercados globalizados,³¹ é a maneira de harmonizar os interesses do mercado com os anseios de respeito aos novos direitos humanos em tempos pós-modernos, de individualismo crescente e de integração econômica cada vez mais desenvolvida.³²

I - A especificidade do consumo internacional e a insuficiência das regras de Direito Internacional Privado nacionais da região

Inicialmente, mister estabelecer claramente quais são as especificidades das relações de consumo internacionais se comparadas às relações comerciais internacionais. Certo é que no comércio internacional também há a barreira da língua, a barreira da falta de informações, as normas e costumes diferentes, as dificuldades e a insegurança na entrega e no pagamento, as dificuldades na garantia, no nível qualidade e no serviço pós-venda,³³ mas estas dificuldades qualificam-se quando o parceiro contratual é um leigo, um

²⁹Assim manifesta-se, denominando a ordem jurídica alemã da época de "lacunosa e insegura para os contratantes mais fracos", KROPHOLLER, p. 635.

³⁰ Mencione-se aqui especialmente os estudos aqui citados de BOGGIANO, DROMI e TONIOLLO, na Argentina, ARRIGHI e os jovens autores HIRGAIN/MIHALI, no Uruguai.

³¹Assim a exposição forte e crítica de JUNKER, Abbo, *Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklung des internationalen Verbraucherschutzrechts*, in IPRA 1998, p. 67 e seg., afirmando que o consumidor é o "citoyen", o cidadão político europeu do futuro. JUNKER inspira-se em trabalho semelhante de von WESTPHALEN, *Vom Citoyen über den Bourgeois zum Consommateur*, ZIP 1995, p. 1643, veja JUNKER, p. 67.

³²Esta análise pós-moderna é uma homenagem ao mestre orientador de Doutorado, Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, que em seu brilhante curso de Haia lançou sua teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito. Veja JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, pg. 33 e seg. (citado Jayme, Cours).

³³ Sobre as dificuldades do comércio internacional veja FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos Internacionais*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 60 e seg. e MOURA RAMOS, Rui Manuel, e SOARES, Maria Angela Bento, *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 9 e seg. Chega-se a advogar, pela sua especificidade mesmo a existência de um direito do comércio internacional, veja JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Dalloz, Paris, 1991, p. 1.

consumidor.³⁴ A primeira das especificidades do consumo internacional é, pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao *status* leigo e vulnerável do parceiro-consumidor.³⁵ O comércio internacional, as relações de compra e venda ou de prestação de serviços entre pessoas com sede em países diferentes, geralmente ocorre entre pessoas jurídicas ou profissionais, comerciantes e empresários, logo, especialistas e profissionais para poderem se movimentar no cenário dos negócios internacionais. No consumo internacional não é esta a realidade. O parceiro-consumidor é atraído ou por métodos agressivos de marketing (por exemplo, telemarketing, teleshopping, vendas emocionais de time-sharing para turistas) ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (por jogos, apostas, prêmios), ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade, desconhecidos em países emergentes, pela falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc.). As regras do comércio internacional, as regras de direito internacional privado, em geral, estão construídas sobre a base do profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos,³⁶ a proteger quem vende, quem fornece o produto e o serviço, não daquele que apenas paga (comprador, recebedor do serviço, "consumidor").

Outra especificidade do consumo internacional é a sua falta de "continuidade" ou sua "descontinuidade". Os atos de comércio caracterizam-se pela repetição e mesmo os contratos internacionais tendem a abrir mercados e relações bastantes cooperativas e duradouras. Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, são geralmente de troca, não possuem longa duração, nem se beneficiam do sistema financeiro internacional ou transferem tecnologia no sentido estrito da palavra.³⁷ Por exemplo, ser turista é um fenômeno pontual e sazonal, comprar à distância de um fornecedor da Califórnia (EUA) um determinado *soft ware* ou livro também é um fenômeno eventual e descontínuo. As regras do comércio internacional, as regras de direito internacional privado, em geral, estão construídas sobre a base da confiança e da continuidade, do crescer de relações: aquele que compra internacionalmente, voltará a comprar se a "execução" for adequada, há que se proteger aquele que vende, aquele que envia sem muitas garantias e sem conhecer seu cliente propriedade sua para país distante. No consumo internacional, a prioridade se inverte, o comprador não é um comerciante, não é *expert*, é ao contrário leigo, compra pelo

³⁴ Assim Comissão Européia, *Guía del consumidor europeo en el mercado único*, Comisión Europea, Bruxelas, 1995, p. 15 e 16.

³⁵ Veja sobre a vulnerabilidade do consumidor, meu livro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, São Paulo, 1999, p. 140 e seg.

³⁶ Neste sentido destaque a decisão do STF não considerando "consumo" relações de importação de matéria prima entre dois comerciantes, SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa. Veja meus comentários a esta decisão do STF, junto com Eduardo TURKIENICZ, *Comentários ao acórdão do STF no caso Teka vs. Aiglon : em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 36 (2000), p. 221 e seg.

³⁷ Rara exceção seria o contrato de time-sharing ou multipropriedade, que é uma relação duradora, se bem que fluída, por vezes nacional ou internacional (com círculos de trocas), veja sobre assunto o mestre brasileiro, TEPEDINO, Gustavo, *Multipropriedade Imobiliária*, Saraiva, São Paulo, 1993 e meu artigo, *Contratos de time-sharing no Brasil e a proteção dos consumidores: Crítica ao Direito Civil em tempos pós-modernos*, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol 22 (1997), pg. 64-86.

preço, pelas qualidades apregoadas, confia em uma muitas vezes inexistente proteção legal e assume enormes riscos ao viabilizar o número de seu cartão de crédito.

As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil re-execução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc.³⁸ Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa. Em caso de turismo, reeditar algo, uma excursão, dias de férias em praia poluída, recuperar o conforto de um hotel em país distante e assim por diante, é tarefa quase impossível e a resposta será apenas econômica, com as perdas e danos respectivas. Em matéria de contratos à distância, a eventualidade da perda de tempo, da perda de uma chance e de acontecerem danos morais anexos à má-execução do contrato internacional de consumo também são quase uma constante, o melhor é prevenir os danos e minimizá-los, ou a resposta será apenas econômica, com as perdas e danos respectivas.

Destaque-se, por fim, que há um forte componente político-econômico nas regras de proteção nacional e internacional dos consumidores, pois se um país exportador mantém um alto nível de proteção de seus consumidores aumenta a qualidade de seus produtos, que encontrarão maior aceitação internacional. Se um país turístico, aumenta o grau de proteção dos turistas e facilita o seu acesso à Justiça, garante melhores condições ao turismo e facilita o desenvolvimento deste importante setor econômico. em outras palavras, regras sobre o direito do consumidor interessam a competitividade do mercado interno e a competitividade internacional, assim como contribuem à criação de um mercado interno com concorrência leal e à realização das políticas governamentais.³⁹

A tendência é a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional,⁴⁰ *lois de police* ou leis de aplicação imediata,⁴¹ assim como a aproximação, harmonização das regras nacionais, que asseguram a proteção do

³⁸ A doutrina européia alerta desde a década de 80 e, especialmente na década de 90, que o turismo de massa é um dos setores econômicos que mais cresce na União Européia e que a defesa do consumidor se faz necessária até mesmo como instrumento harmonizador da concorrência, veja, por todos, com estatísticas sobre o crescimento do setor turístico, LETE ACHIRICA, Javier, *El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los consumidores*, Ed. Cedec, Barcelona, 1997, p. 32 a 34.

³⁹ Assim também GHERSI, Carlos Alberto, *Razones y fundamentos para la integración regional, in: Mercosur - Perspectivas desde el derecho privado*, Ghersi (Coord.), 1993, p. 30 e seg.

⁴⁰ A 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, BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social de lois en droit international privé*, Recueil des Cours, 1993, II, t. 239, Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 60 a 69.

⁴¹ Na definição clássica de Franceskakis, reproduzida por BUCHER, p. 39, são leis ou regras "don't l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays.", veja Art. 7, alinea 2 da Convenção de Roma da UE sobre lei aplicável às obrigações contratuais de 1980. Tais normas se aplicam diretamente. Veja sobre o Art. 18 Lei de Dir. Internacional Privado suíça, BUCHER, p. 39.

consumidor, nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Européia (UE) e o Mercosul.

A) Da necessidade de regras especiais de Direito Internacional Privado para a proteção dos consumidores

1. Por um Direito Internacional Privado com valores sociais e função de harmonia regional

Os autores clássicos brasileiros conceituavam Direito Internacional Privado, na esteira de Pillet e da teoria francesa, como " a ciência que tem por objeto a regulação jurídica das relações internacionais de ordem privada"⁴² ou as "relações de ordem privada da sociedade internacional",⁴³ cujo objeto não seria apenas o estudo dos conflitos de leis no espaço,⁴⁴ mas também os conflitos de jurisdição, os problemas de nacionalidade, condição jurídica do estrangeiros e direito adquirido. Particularmente, aceito a limitação do objeto do DIPr. propostas pelos autores italianos e alemães⁴⁵ e neste trabalho considerarei Direito Internacional Privado as regras, normas, o desenvolvimento jurisprudencial e os princípios tendentes a indicar aplicável uma lei aplicável aos casos privados com conexão com mais de uma ordem jurídica, solucionando apenas indiretamente os chamados conflitos de leis no espaço, assim como todas as normas (materiais, de ajuda, qualificadoras e de aplicação imediata) que intervêm ou ajudam (*Hilfsnormen*) neste procedimento.⁴⁶ Os temas auxiliares para a solução destes conflitos de leis no espaço serão tratados aqui como matérias "irmãs" do DIPr. e, hoje - praticamente e pragmaticamente - nele contidas, como o Direito Processual Civil Internacional ou Processo Civil Internacional. Mencione-se, em especial, os esforços para a determinação de uma jurisdição especial para o consumidor e de facilidades no reconhecimento e execução de sentenças, bem como esforços para uma maior cooperação jurisdicional internacional neste tema.

Da mesma forma, parece-me necessário esclarecer que aceitaremos aqui a teoria do Direito Internacional Privado pós-moderno de meu mestre de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, para o qual o DIPr. é um instrumento de harmonia e paz nas relações hoje globalizadas.⁴⁷ O DIPr. pós-moderno conseguiria equilibrar e representar ao mesmo tempo as forças contraditórias sociais e econômicas de nossa época, do individualismo pós-moderno de uma identidade cultural exarcebada, à força irresistível da aproximação e regionalização econômica, de espaços supranacionais de integração e de um livre comércio globalizado. A proteção do consumidor se insere neste contexto como válvula de escape

⁴² Esta a definição de FULGÊNCIO, Tito, *Synthesis de Direito Internacional Privado*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937, p. 5.

⁴³ Esta a expressão de BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Ed. Histórica, Ed. Rio, 1988, p. 11.

⁴⁴ Assim Rodrigo OCTAVIO, Rodrigo, *Direito Internacional Privado-Parte Geral*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1942, p. 19, confessando que esta é a parte principal da disciplina, mas não a única, que segundo ele incluiria ainda a condição jurídica dos estrangeiros e o respeito aos direitos adquiridos, p. 20.

⁴⁵ KEGEL, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 6.Aufl., Beck, Munique, 1987, p. 3, KROPOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990(Citado Kropoller/IPR), p. 1 e von BAR, Christian, *Internationales Privatrecht-vol.II,BT*, Beck, Munique, 1991,p. 1.

⁴⁶ Veja Art. 3 da EGBGB alemã.

⁴⁷ Assim os belíssimos ensinamentos de JAYME, Cours, p.56 e seg.

dos conflitos pós-modernas, pois representa juridicamente a garantia de um *standard* mínimo de segurança e adequação dos serviços e produtos, nacionais ou importados, comercializados nos mercados abertos de hoje. Representa, politicamente, um comprometimento com a lealdade do mercado, assegurada em visão macro pelo direito da concorrência e em visão micro, mas hoje cada vez mais coletiva e difusa, pelo direito do consumidor. Por fim, socialmente, procura equilibrar o *revival* da autonomia da vontade, da concentração no papel do indivíduo a determinar soberanamente suas relações privadas, econômicas e de consumo, e o *revival* dos direitos humanos, uma vez, que receber proteção do Estado é direito fundamental dos cidadãos de muitos países, e o direito do consumidor é direito humano de nova geração.⁴⁸

Se, como ensina JAYME,⁴⁹ o DIPr. é um dos ramos mais sensíveis às mudanças sociais, políticas e jurídicas do final do século, pois evita conflitos ideológicos e valorações negativas quanto aos direitos nacionais, permitindo indicar soluções (materialmente e jusprivatisticamente) justas para os conflitos privados internacionais sem impedir ou afetar o curso do comércio internacional e do liberalismo econômico, inserir normas de respeito aos direitos do indivíduo neste DIPr. do futuro, não só minimiza os riscos de adoção de soluções radicais, pela insatisfação quanto à Justiça material nas relações internacionais, como também preenche uma lacuna da *lex mercatoria* ao estabelecer um *standard* internacional de garantia de efetividade de direitos para o parceiro mais fraco no comércio internacional, o consumidor, agente econômico leigo. Evita-se assim que a lacuna seja preenchida, pois, através de um novo territorialismo nacional radical.

Interessante notar que se os países sempre conseguiram um consenso sobre a necessidade de evoluir e garantir, com normas imperativas ou com normas narrativas (*soft law*), as bases do comércio internacional de mercadorias e serviços entre comerciantes ou profissionais, não houve até agora grande preocupação em evoluir as normas de DIPr. de proteção do consumidor-pessoa física atuando fora de sua atividade profissional, como destinatário final de serviços e produtos para fins pessoais ou familiares.⁵⁰ Fora os esforços da projetada Convenção de Haia em 1980 e as Convenções européias, o tema tem sido pouco debatido nas Américas como veremos.⁵¹ Se uma explicação pode ser tentada para esta lacuna consciente da *lex mercatoria* mundial, parece-me ser a de que os países desenvolvidos já possuem mecanismos jurídicos e de DIPr. suficientes para a aplicação de suas regras de defesa do consumidor, garantindo assim uma proteção efetiva de seus cidadãos também nas relações de consumo internacional.

Ao mesmo tempo, não há grande interesse ou necessidade de estender este mesmo *standard* para consumidores fora da região ou consumidores dos países de segundo e terceiro mundo, hoje países emergentes. Desenvolve-se então o mito, entre países emergentes, que um *standard* alto de proteção do consumidor representaria barreira ao livre

⁴⁸ JAYME, Cours, p. 49.

⁴⁹ Veja JAYME, Cours, p. 129 e seg.

⁵⁰ Veja sobre o tema ARRIGHI, Jean Michel, *La Protección de los Consumidores y el Mercosur*, in: Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 2 (1992), p. 126 e seg.

⁵¹ Assim TONIOLLO, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, in Revista de Derecho del Mercosur, ano 2, nr. 6, diciembre de 1998, p. 96, comentado o projeto de Haia. Veja também o mencionado relatório e projeto de VON MEHREN, *Rapport explicatif -Loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in Actes et Documents de la Quatorzième session (1996), tome II, Ventes aux consommateurs, Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, La Haye, 1982, p. 6 e seg.

comércio,⁵² desenvolvendo assim novos mercados para a colocação de produtos e serviços já proibidos em outros países ou ainda em fase de testes quanto aos seus riscos. Evita-se também que as indústrias locais dos países emergentes invistam no desenvolvimento de um *standard* internacional adequados de proteção do consumidor (e meio ambiente), de forma a impedir - indiretamente - que estas indústrias possam exportar seus produtos e serviços e participar mais ativamente (e concorrencialmente) do mercado internacional. Reverter este quadro, é problema de política internacional, mas o Direito pode contribuir preenchendo esta lacuna da maneira mais neutra e menos conflitual possível, que é -por ironia- o Direito Internacional Privado, com suas normas indiretas (ou de método conflitual) protetivas dos consumidores, com claro objetivo material (e não juridicamente neutro).⁵³

Em resumo neste trabalho, propomos uma utilização atualizada do DIPr., preenchendo estas normas com valores sociais que oportunizarão a harmonia de relações internacionais necessária em nosso tempo; um DIPr. de solução material dos complexos conflitos pós-modernos que agora envolvem direitos humanos e limites constitucionais,⁵⁴ um DIPr. "narrativo"⁵⁵ que vise, que "discourse" - ao mesmo tempo promova a "discussão" - ,⁵⁶ que efetive a necessária proteção dos mais fracos nos mercados internacionalizados dos dias de hoje.⁵⁷

Como prega KROPHOLLER, em seu famoso artigo de 1978 sobre a proteção da parte mais fraca através do Direito Internacional Privado,⁵⁸ é necessário evoluir para um DIPr. impregnado de valores sociais. Parece-me o momento para passar a considerar

⁵² Sobre a incorreção deste mito, veja meu artigo *O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 8 , p. 43 e seg.

⁵³ Sobre a crise do DIPr., veja o curso de KEGEL em Haia, citado por NISHITANI, Yuko, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Universitätsverlag C.Winter, Heidelberg, 2000, p. 283.

⁵⁴ Refiro-me ao *Double Coding* na interpretação das normas atuais, que não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si a proteção dos valores constitucionais, especialmente os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica internacional, por Convenções de Direito Internacional Público. Veja JAYME, Cours, p. 36.

⁵⁵ Adoto aqui a teoria de Jayme sobre normas narrativas (JAYME, Cours, p. 247), destacando que qualquer proposta de Convenção internacional e o texto daí oriundo tem hoje um efeito ao menos narrativo, de demonstrar os problemas e os caminhos, de narrar objetivos e princípios, mesmo que seja apenas como fonte de inspiração, mesmo que estas normas nunca cheguem a ter vigência, seus esforços, como os da Convenção de Haia de 1980, demonstram a existência de necessidades e forçam a procura - nacional, regional ou universal - de soluções. Veja sobre a necessidade de proteção internacional do consumidor os estudos de von HOFFMAN, KROPHOLLER, nas Américas, de BOGGIANO, e mais recentemente de BRÖCKER e TONIOLLO, todos citados neste trabalho.

⁵⁶ Se a comunicação é um dos elementos da pós-modernidade destacados por Jayme, certo é que o Direito também é uma forma de discurso, um discurso cada vez mais deslegitimado, em desconstrução constante, inclusive pelo discurso da necessidade de livre comércio globalizado, por isso mesmo, incluo aqui a idéia de Habermas e dos seguidores das teorias atuais de semiótica, que o discurso (no caso o novo DIPr. de proteção do consumidor) ou a minha presente proposta de Convenção, deve promover a discussão sobre o tema e com isto legitimar-se. Veja sobre o tema MÜLLER, Friedrich, *Direito-Linguagem-Violência*, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 17 e seg. Veja criticando Habermas por usar apenas os direitos fundamentais em seu capítulo sobre paradigmas do Direito na teoria do discurso, veja HÖFFE, Otfried. *Una conversione della teoria critica sulla teoria del diritto e del estado di Habermas in Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV série, v. LXXI, n.1, 1994, p. 285. Veja HABERMAS, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 68 e seg. e meu trabalho, *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, Artigo publicado na Revista ARQUIVOS do Ministério da Justiça, Brasília, ano 50, número 189, jan/junho 1998, p. 49 e seg., com extensa bibliografia sobre os efeitos desconstrutores no Direito dos discursos da pós-modernidade.

⁵⁷ Sobre a necessidade de tomada de posição da doutrina, veja incisivo, ARRIGHI, p. 126-127.

⁵⁸ KROPHOLLER, p. 655.

também nas normas de DIPr. elaboradas na OEA estes valor: a proteção do mais fraco na sociedade de consumo e de informação, o consumidor.

Segundo BRILMAYER os valores tradicionais do DIPr., tais como a previsibilidade da lei aplicável e o desencorajamento do forum-shopping são análogos aos valores processuais, e não às conexões territoriais, pois não encontram seu fundamento em preferencias materiais de cada país.⁵⁹ Desenvolvendo um pouco mais este pensamento crítico da autora norte-americana, poderíamos afirmar, com JAYME,⁶⁰ que as novas normas de DIPr. de proteção do consumidor, pelo menos as oriundas da União Européia, que cuidaremos a seguir, têm finalidade material. Isto é, estas normas de DIPr. encontram seu fundamento nas preferencias materiais desta região e na decisão governamental supranacional de estender o *standard* europeu de proteção aos agentes econômicos mais fracos e de forma efetiva em toda a região, a todos os seus cidadãos e residentes.

Apesar de a primeira vista "nacionalista" (ou pós-nacionalista) esta opção material não me parece errada, pois em verdade o DIPr. continua a procura de uma legitimação material para as suas opções de qual a lei a ser aplicada. Sendo assim, parece-me perfeitamente razoável que as conexões escolhidas pelo DIPr. interamericano para proteger o consumidor da região tenham como finalidade a proteção da parte mais fraca (von HOFFMAN), de seus direitos fundamentais (JAYME) e a justiça substancial no caso concreto (ZWEIGERT).⁶¹

Doutrinadores norte-americanos de DIPr. destacam que o ideal de igualdade tem origem constitucional (*The equal protection clause*),⁶² o que significa um limite para as normas de DIPr.: não devem elas de forma "unfair" discriminar, criar privilégios e imunidades, devem ser razoáveis e ter uma clara base social e política.⁶³ Hoje, também podemos considerar este mandamento universal, mandamento de procura da igualdade entre as pessoas físicas de uma sociedade (o destacado por JAYME, *revival* dos Direitos humanos na pós-modernidade),⁶⁴ como um dos objetivos do DIPr, a procura da harmonia de decisões,⁶⁵ da solução justa para os interesses envolvidos e para os direitos fundamentais envolvidos na relação de consumo. O DIPr. seria então mais um instrumento de proteção dos mais fracos e de realização da Justiça nestas sociedades internacionalizadas, integradas ou globalizadas atuais.

Note-se que também em matéria de concorrência leal houve uma clara evolução em DIPr. As normas nacionais protetoras de concorrência leal atingiram forte grau de

⁵⁹ BRILMAYER, Lea, *Conflicts of Law*, 2.ed, Little, Brown and Co., Boston, 1995, p.178: "*Traditional choice of law values such as predicability and the discouragement of forum-shopping are very closely analogous to procedural values. Unlike territorial scope decisions that derive from substantive preferences, however, they are typically not a product of specific domestic substantive rule, but apply across a wide range of substantive areas.*"

⁶⁰ Assim manifestou-se sobre o fim material das normas de DIPr. oriundas da União Européia, JAYME (in HOMMELHOFF/JAYME/MANGOLD (Ed.), *Binnermarkt-Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1995), p.35), *apud* JUNKER, p. 74, nota 132.

⁶¹ Assim concorda TONIOLLO, p. 99 citando De Vischer.

⁶² HERZOG, Peter E., *Constitutional Limits on Choice of Law*, Recueil des Cours, 1992, III, t. 229, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 285.

⁶³ HERZOG, p. 287.

⁶⁴ JAYME, Cours, p. 167 e seg.

⁶⁵ Assim BOGGIANO, Antonio, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci*, in Recueil des Cours, 1992, II, t. 233, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 138.

extraterritorialidade.⁶⁶ Assim como os Tratados europeus,⁶⁷ também a tradicional conexão da *lex loci delicti commissi* passou a ser interpretada de forma flexível, seja como lugar da conduta concorrencial abusiva (*place of wrongful conduct*), seja o lugar do impacto (*place of impact or relevant market*), e até mesmo em ilícitos complexos passou o lugar da tomada de decisão da empresa a ser considerado,⁶⁸ visando sempre a Justiça do DIPr. no caso concreto e uma maior harmonia de decisões.⁶⁹

Por fim, considere-se que em tempos de fragmentação pós-moderna, as regras de DIPr. devem concentrar-se apenas em alguns temas, logo, assegurar também um proteção em temas ou fragmentada. Devem ser regras flexíveis ou pelo menos alternativas para que o princípio do favorecimento do consumidor possa realizar-se. Segundo JAYME, o DIPr. pós-moderno deve privilegiar ao mesmo tempo os valores individuais regionais e a integração (ou aproximação) econômica, deixando que cada mercado de certa forma decida o que é melhor para seus consumidores.⁷⁰ Esta fragmentação e flexibilização será tentada aqui através da concentração em dois temas, nos quais, parece-me, a proteção nacional do consumidor será sempre insuficiente e lacunosa, mesmo nos países de primeiro mundo, e onde a unificação de normas de DIPr. ⁷¹ será oportuna também para o comércio internacional, ao criar maior segurança, previsibilidade para os profissionais e harmonia nas decisões, quais sejam alguns aspectos da proteção do turista e da proteção do consumidor no comércio internacional à distância ou através de meios eletrônicos.

2. As conexões atuais e sua inadequação para a proteção do consumidor

Segundo ensina KROPHOLLER,⁷² é necessário elaborar normas específicas de DIPr. para a proteção dos consumidores leigos ou não profissionais, pois as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional todas tem como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes (ambos profissionais) envolvidos, sugerindo como conexões seja a autonomia da vontade (escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, no contrato ou após), o local da execução (geralmente o local de execução da prestação característica, sempre prestada pelo profissional em caso de contrato de consumo internacional), ou do local de conclusão do contrato (conectando o contrato com a ordem jurídica do país do ofertante, em contratos à distância, sempre também o ofertante). Este

⁶⁶Assim conclui, examinando o § 98, 2,1 GWB alemã, MARTINEK, Michael, *Das internationale Kartellprivatrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987, p.94.

⁶⁷ A extraterritorialidade inicia-se pelos próprios artigos do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (hoje modificado pelos Tratados de Maastricht e Amsterdam quanto ao número, mas não quanto a matéria), como relembra Casella: “*Diversamente do artigo 80 CECA, os artigos 85 e 86 CEE não restringem o âmbito geográfico de incidência dos dispositivos, não ficando assim vinculados à situação geográfica da empresa, sendo aplicáveis as normas comunitárias em matéria de concorrência, mesmo que as empresas estejam localizadas ou sejam controladas em terceiro país, configurando a extraterritorialidade de sua incidência.*” (CASELLA, Paulo Borba, *Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico*, São Paulo, Ltr, 1994, p.430)

⁶⁸Sobre o tema e esta evolução em flexibilidade, veja DYER, Recueil, p. 413 e seg.

⁶⁹MARTINEK, p.96.

⁷⁰ Veja JAYME, Cours, p. 129 e seg.

⁷¹Sobre os aspectos positivos e negativos da unificação do DIPr através de Tratados, veja NEUHAUS, Paul Heinrich e KROPHOLLER, Jan, *Rechtsvereinheitlichung - Rechtverbesserung?*, in *RabelsZ* 45(1981),p. 73 e seg.

⁷² KROPHOLLER, p. 398 e seg.

equilíbrio estrutural inexistente nos contratos internacionais concluídos com consumidores leigos.

Segundo bem relembra JAYME, o momento atual é de prevalência de normas materiais em casos internacionais, reduzindo a importância do processo civil internacional tradicional,⁷³ tempos de uma maior possibilidade de determinação própria pelo indivíduo (*Selbstbestimmung*) em direito material,⁷⁴ de novas técnicas nas Convenções Internacionais tentando harmonizar as diferenças culturais e de desenvolvimento através da cooperação judicial e respeito às normas imperativas locais,⁷⁵ tentando respeitar os direitos humanos envolvidos no caso,⁷⁶ o que significa, face a revolução tecnológica atual, uma nova prevalência pela residência habitual do consumidor como novo elemento de conexão para determinar a lei aplicável ao comércio eletrônico *Business-to-Consumer* e novo critério para determinar a competência do foro.⁷⁷ Aqui está, segundo o grande mestre de Heidelberg, o futuro do DIPr.

Alcançar objetivos materiais através de normas de DIPr. não parece propor um problema metodológico no DIPr. das Américas. Segundo muitos autores, há uma certa tradição de territorialismo na América Latina⁷⁸ e também nos Estados Unidos,⁷⁹ havendo claro privilégio hoje da aplicação da *lex fori*. Esta solução simplista da aplicação da *lex fori* sempre que relação de consumo ou relação considerada de ordem pública (internacional) é clássica, porém, não é oportuna ou suficiente nos dias de hoje.⁸⁰

Esta solução territorialista não é oportuna, pois não promove a harmonia de decisões e acaba por aumentar as tensões entre o comércio internacional, cada vez mais uniformizado e protegido, e as legislações nacionais ou regionais, que deixam desamparados seus consumidores, especialmente em países do terceiro mundo, possibilitando o abuso e os usos de *standards* fortemente diferenciados a criar, como afirma Gabriel Stiglitz, um consumidor de "resíduos", situações não sustentáveis a longo prazo. Esta solução territorialista não é suficiente, pois deixa sempre desamparado parte dos consumidores nacionais, pois nunca é suficiente para proteger o consumidor turista, nem

⁷³ Assim JAYME, Erik, *Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus*, in IPRAX-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2000, p. 169, relembra que as primeiras normas comunitárias européias eram todas voltadas para a jurisdição, assim também a Convenção de Bruxelas II, que trata de Direito de Família, mas que este método é insuficiente para evitar a grande importância das normas materiais, muitas delas de aplicação imediata em qualquer foro, e os novos métodos alternativos de solução de controvérsias, muitas vezes extra-jurisdicionais e cada vez mais frequentes.

⁷⁴ JAYME, IPRAX 2000, p. 170.

⁷⁵ Assim JAYME, IPRAX 2000, p. 168.

⁷⁶ Assim JAYME, IPRAX 2000, p. 171, citando os casos de decisão judicial na Alemanha sobre o desastre de Tschernobyl, em que o "local do delito" foi considerado o território alemão onde a "nuvem radiotiva" causou danos, que devem ser indenizados pela empresa russa e, também, os casos sobre comércio eletrônico, em que estão sendo considerados competentes os foros do local de "distribuição" da informação por Internet, logo, do local onde está o consumidor.

⁷⁷ JAYME, IPRAX 2000, p. 171.

⁷⁸ Veja sobre as diferentes influências políticas e jurídicas para o territorialismo típico do DIPr dos países da América Latina, SAMTLEBEN, Juergen, *Menschheitsglück und Gesetzgebungsexport- Zu Jeremy Bentham's Wirkung in Lateinamerika*, in *RabelsZ* 50 (1986), p. 475. Veja também ARAÚJO, Nádia de, *Contratos Internacionais - Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 2ª ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 145 e seg.

⁷⁹ Assim RICHMAN, William M. e REYNOLDS, William L., *Understanding Conflict of Laws- 2.ed.*, Times Mirror Books, USA, 1995, p. 230.

⁸⁰ Assim também KROPHOLLER, p. 635.

protege eficazmente o consumidor atual, que contrata internacionalmente por telefone, cabo ou Internet, sem precisa consciência de que lei se aplica a esta relação ou qual exatamente são seus direitos e garantias materiais, seus privilégios (ou não) de foro. De outro lado, há que se aprender com o ensinamento da Corte Européia, de tolerância e igualdade implícita dos ordenamentos jurídicos, das leis protetivas dos consumidores, principalmente entre Estados que participam de uma integração econômica e legislam sobre o *standard* mínimo.⁸¹ Assim como lembrar que muitas vezes a lei do outro país pode assegurar mais direitos ao consumidor do que a lei local.⁸² Mister, pois, tentarmos usarmos todas as técnicas de flexibilidade, de abertura atual do DIPr. e ao mesmo tempo, as técnicas clássicas de segurança e limitada alternatividade para legitimar a melhor solução para o caso concreto privado internacional de consumo.

Esta mistura entre o atual DIPr. pós-moderno, posterior a *American Revolution*,⁸³ e com valores sociais claros, deve ser construída examinando o positivo e o negativo das conexões hoje existentes. Assim, por exemplo, se a autonomia de vontade das partes é hoje considerada o mais importante elemento de conexão no comércio internacional,⁸⁴ encontra ela um limite no que se refere às relações de consumo. Como ensina NEUHAUS, a possibilidade de escolha da lei pelas partes, a autonomia da vontade em DIPr., perde seu sentido, se passa a ser instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes.⁸⁵ Examinando a Convenção de Haia e a CIDIP IV, o mestre argentino BOGGIANO⁸⁶ propôs para a proteção dos consumidores uma regra de limitada autonomia: a escolha das partes só prevaleceria se fosse esta a melhor lei, a lei mais favorável para o consumidor, devendo em caso contrário, aplicar-se a lei do domicílio do consumidor. Prevaleceriam como limites gerais à autonomia de vontade as normas de ordem público internacional e as normas de polícia (Art. 1208 CCArg.).⁸⁷

A experiência européia, como vimos, é em sentido inverso, preferindo a Convenção de Roma indicar a preferência das normas imperativas do foro (Art. 7º)⁸⁸ e só depois uma

⁸¹Sobre o tema veja BRÖCKER, Marion, *Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 107. Segunda o autora, a corte começou a estabelecer esta linha de igualdade valorativa (*Gleichwertigkeit*) das normas nacionais de proteção dos consumidores e de dever do Estado membro da União Européia de tolerância em relação a aplicação do direito "estrangeiro" de um país outro membro da União Européia justamente no caso Cassis de Dijon, BRÖCKER, p. 107.

⁸²Assim lembra BOGGIANO, Antonio, *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138, pleiteando a aplicação da lei mais favorável ao consumidor.

⁸³ Segundo Erik Jayme (JAYME, Cours, p. 44), uma das tendências do direito internacional privado pós-moderno ou atual seria a materialização das regras de conflito de leis e aplicação reiterada da *lex fori*. Após a chamada "american revolution", movimento doutrinário e jurisprudencial ocorrido nos Estados Unidos na década de 1960, que repensou o método e a idéia de justiça no direito internacional privado, as regras de conflito de leis teriam superado seu automatismo e simples posição instrumental de indicação de uma lei material para resolver "diretamente" o conflito, passando agora a interessar-se pela solução concreta ou direta (material) do caso.

⁸⁴DE BOER, Ted. M., *Facultative Choice of Law - The procedural status of choice-of-law rules and foreign Law*, Recueil des Cours, 1996, t. 257, Nijhoff, The Hague, 1997, p. 300.

⁸⁵No original: "Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.", NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des IPR*, 1962, p. 172 *apud* von HOFFMANN, p. 396.

⁸⁶Veja, por todos, BOGGIANO, em seu texto *The Contribution*, p. 138 e 139.

⁸⁷BOGGIANO, *The Contribution*, p. 137.

⁸⁸Convenção de roma de 1980- "Artigo 7º - Disposições imperativas - I. Ao aplicar-se, por força da presente Convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o

norma especial limitadora - e em muito - da autonomia da vontade. A tendência autônoma internacional, porém, é de prestigiar a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos, mesmo que, por questões de política e de ordem pública, esta escolha seja limitada.⁸⁹ A razão parece estar com MANCINI, que pleiteando a autonomia da vontade em DIPr., encontrava suporte desta justamente no direito material, na liberdade (material) do Indivíduo de vincular-se a um contrato que lhe seja justo e útil, estabelecer suas cláusulas e escolher a lei que será aplicada.⁹⁰ Se hoje o DIPr. possui bases próprias para a escolha de elemento de conexão da autonomia da vontade,⁹¹ NEUHAUS⁹² propõe que se inverta a idéia de MANCINI: se as partes têm autonomia material de vontade, pode haver autonomia de vontade em DIPr., mas se as partes não tem verdadeira autonomia de vontade materialmente, porque uma parte é mais forte estruturalmente (como o profissional fornecedor que redige e determina 100% dos contratos internacionais de consumo) e outra mais fraca (o consumidor, leigo ou vulnerável que normalmente conclui contratos nacionais e só, em algumas hipóteses, conclui contratos internacionais, as vezes sem mesmo se dar conta destas circunstâncias), então, não serve a autonomia de vontade como conexão principal. Nestes casos, não há verdadeira liberdade material, não pode haver verdadeira liberdade em DIPr. ou incentivaremos a escolha da lei mais favorável à (e pela) parte mais forte.

A posição de BOGGIANO, de uma limitada autonomia da vontade, estabelece em verdade uma conexão "favor consumidor", que bem pode ser interessante para a evolução do DIPr. da região. Certo é que os juizes dos países interamericanos, a exceção dos juizes do sistema da *case law*, têm pouca tradição com normas alternativas abertas, mas a alternatividade limitada é um dos instrumentos mais usados hoje para garantir resultados materiais eqüitativos.⁹³ A técnica de elaborar normas alternativas, indicando o fim material ou de favorecimento desejado, é mesmo denominada pela doutrina de Princípio do favorecimento (*Günstigkeitsprinzip*) e são conhecidas as regras do alternativas que levam ao *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis* etc.⁹⁴ A dificuldade com a regra proposta por BOGGIANO é a ainda ampla possibilidade de escolha da lei, o que significará grande trabalho para o juiz competente em verificar se a aplicada a lei escolhida seria esta melhor que a aplicação material das outras leis em contato com o consumidor.

Semelhante sugestão alternativa, mas mais limitada, fez TONIOLLO, defendendo que ao aplicar as regras argentinas o juiz procurasse uma harmonização com o mandamento de proteção do consumidor e permitisse ao consumidor (não ao juiz) escolher

direito deste último país, essas disposições sejam aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação. 2. O disposto na presente Convenção não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato.

⁸⁹ Assim a lei suíça de 1987, veja, em geral NISHITANI, p. 291 e seg.

⁹⁰ Assim ensina NISHITANI, p. 216 e pode-se ler nas perdidas aulas de Mancini, recuperadas e reproduzidas, em italiano, pela professora de Sendai, NISHITANI, p. 378 e seg.

⁹¹ Assim NISHITANI, p. 318.

⁹² Assim NISHITANI, p. 318 citando a frase de Neuhaus: "Nur und überall dort, wo die erste [materiellrechtlicher Freiheit] besteht, ist auch die zweite [kollisionsrechtlicher Freiheit] angebracht." [Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, p. 257] Assim também von Hoffmann, p. 396, citando Neuhaus.

⁹³ Assim KROPHOLLER, IPR, p. 120 (§ 20 II). Como esclare NISHITANI, p. 283 estes novos métodos do DIPr. continental são consequência direta da *American Conflicts Revolution* em DIPr.

⁹⁴ Assim ensina KROPHOLLER, IPR, p. 120 a 122.

entre a aplicação da lei da residência habitual (Art. 1209,1210,1212,1213 CCArg.), *lex loci celebrationis* (Art. 1205 CCArg.) ou *lex loci executionis*, conforme a que fosse mais favorável a suas pretensões.⁹⁵ Esta solução alternativa também é interessante, pois permite a escolha da lei mais próxima a esta relação de consumo, segundo a visão do consumidor. De outro lado, quanto maior a possibilidade de escolha do consumidor, menor a previsibilidade da lei a ser aplicável para o fornecedor, o que pode - se muito estendido - acabar prejudicar o comércio.

Note-se que KROPHOLLER já considerava , em 1978, a determinação da lei mais favorável ao consumidor uma tarefa bastante difícil para os juizes, pois o uso desta conexão aberta, típica do atual *Restatement* dos Estados Unidos, pressupunha a comparação do resultado material da aplicação hipotética das várias leis envolvidas no caso, para só então determinar aquela mais favorável aos interesses do consumidor, e que seria aplicável.⁹⁶ De outro lado, o hoje consagrado autor alemão, considerava que a progressiva harmonização das normas materiais a ser realizada pela Comunidade Européia iria diminuir a necessidade de normas especiais de DIPr., as quais, porém, continuariam necessárias em relações privadas envolvendo países terceiros, não europeus.⁹⁷ Hoje, sabe-se que a evolução na harmonização das normas materiais apenas específica a tarefa do DIPr. como instrumento de maior integração e não substitui estas normas,⁹⁸ como comprovam as novas normas de DIPr. das Diretivas, da revisão da Convenção de Roma e mesmo do Direito autônomo alemão, que modificou o Art. 29 da EGBGB de proteção do consumidor para incluir especificamente uma regra de preferência das leis materiais em alguns contratos (Art. 29a EGBGB).⁹⁹

Correto, está, porém, BOGGIANO ao afirmar que as conexões rígidas fornecem para os nacionais apenas uma "segurança ilusória",¹⁰⁰ pois hoje ninguém desconhece os fenômenos do *forum-shopping*, das soluções alternativas de controvérsias e da desistência do consumidor de litigar internacionalmente (demanda reprimida). É assim pouco provável que, continuando a maioria dos países interamericanos com conexões rígidas para os contratos de consumo e soluções novas e abertas para o resto do comércio internacional, estas demandas venham a acontecer e ser solucionadas pelo juiz local. O DIPr. interamericano deve levar à evolução dos Direitos internacionais Privados nacionais também em matéria de proteção do consumidor. Alerta-se que as normas que visam a proteção do consumidor são sempre representativas de um interesse estatal, regras imperativas. Desta natureza imperativa devem ser também as regras de DIPr. sugeridas pela OEA. Em outras palavras, aqui não se está em uma matéria onde prevalece o interesse privado e comercial, onde a autonomia da vontade poderá decidir até mesmo a natureza da norma de DIPr., se obrigatória ou facultativa (*facultatives choice of law*)¹⁰¹. Pela própria

⁹⁵TONIOLLO, p. 99: "Las elecciones alternativas, son un adecuado instrumento de protección desde que permitan dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías."

⁹⁶KROPHOLLER, p. 657.

⁹⁷KROPHOLLER, p. 657.

⁹⁸Assim também TONIOLLO, p. 108.

⁹⁹A lei sobre contratação com consumidores, aprovada em 13 de abril de 2000, introduziu este novo (e polêmico) Art. 29a EGBGB, que entrou em vigor em 1º de julho de 2000 (conforme notícia IPRAW, 2000, 3, p. [248] VI. Sobre os estudos de modificação do Art. 29 para incluir o Art. 29a na EGBGB, veja STAUDINGER, p. 414 e seg. O texto encontra-se também in IPRAW, 1999, 4, p. [304]VII.

¹⁰⁰Assim BOGGIANO, *The Contribution*, p. 134: "the illusion of rigid conflict rules".

¹⁰¹Sobre o tema do DIPr. facultativo veja o curso de Haia de DE BOER, p. 235 e seg., em especial, p. 303 e seg.

natureza desequilibrada da relação privada objeto das normas regionais propostas, o DIPr. para a proteção do consumidor aqui proposto deve ser um DIPr. imperativo e cogente para todos os Estados Partes desta futura Convenção internacional ou CIDIP.

Mister superar as conexões tradicionais para proteger o contratante mais fraco. Por exemplo, a regra do *favor offerentis*, quanto a forma, e a conexão na residência do ofertante em contratos entre ausentes, conhecida no direito brasileiro, também são inadequadas para os desafios do comércio com consumidores e sua proteção nos dias de hoje. No caso de contratos ou relações de consumo, o ofertante é sempre o fornecedor (veja Art. 30 Lei 8078/90 brasileira), mesmo se fictamente denomina-se o contrato de adesão ou as condições gerais contratuais de "proposta" colocada a aceitação dos consumidores. Sabe-se que é o fornecedor que redige e determina tal "proposta", logo, tais formulários e a própria publicidade realizada pelo fornecedor ou profissional, determinam que a oferta de consumo seja, hoje, sempre realizada pelo fornecedor.¹⁰²

Esta realidade faz com que as normas brasileiras do Art. 9§ 2º da LICC/42 e Art. 9§ 1º LICC/42 estejam superadas.¹⁰³ O § 2º do Art. 9 dispõe que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente, determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo. Necessário, pois, superar esta regra e escolher, para os contratos de consumo, diferentemente dos contratos internacionais comerciais uma conexão mais favorável ao consumidor, como a do Art. 5 da Convenção de Roma de 1980, que dá preferência a lei do país onde o consumidor tem sua residência habitual como conexão rígida (Art. 5,3 Conv. de Roma de 1980), se não há expressa manifestação da vontade.

Este mesmo Art. 5 da Convenção de Roma de 1980¹⁰⁴ determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, publicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país (por exemplo, a publicidade para um cruzeiro marítimo organizado na Argentina é feita na televisão aberta ou a cabo brasileira); b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor (por exemplo, os contratos de multipropriedade no Uruguai, Punta del Este,

¹⁰²No caso brasileiro, o CDC, Lei 8.078/90, determina expressamente que a oferta é sempre do fornecedor ou profissional *ex vi lege* nos art. 30, 34, 35 e 48. Veja meus comentários, in *Contratos*, p. 288 e seg.

¹⁰³ O texto atual da LICC/42 é: "Art. 9. *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-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 onde residir o proponente.*"

¹⁰⁴ O texto do Artigo é: "Artigo 5º- *Contratos celebrados por consumidores - 1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos 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. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor privado 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 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 tenha deslocado desse país a um outro país e aí tenha feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.*"

com consumidores residentes no Brasil são celebrados no Brasil por representantes autônomos, que convidam os consumidores para coquetéis e reuniões, lhe oferecem prêmios e vantagens, onde o empreendimento será explicado e a proposta assinada, assim como o pagamento futuro através de boletos de cartão de crédito que serão assinados também naquelas reuniões de venda em solo brasileiro); c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação (por exemplo, excursões organizadas para adquirir produtos em uma zona franca ou em uma determinada fábrica no exterior), como esclarece o Art. 5, 2 da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos.¹⁰⁵ No caso interamericano, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do Art. 3 do Protocolo de Santa Maria (Mercosul)¹⁰⁶ ou da tradição das CIDIPs¹⁰⁷ e suas normas materiais uniformes.¹⁰⁸

Por fim, mister enfrentar o difícil tema da definição de consumidor em regras de DIPr. Concorde-se com TONIOLLO, quando afirma que o conceito de consumidor, para o DIPr., deve ter uma necessária amplitude "para comprender las variadas situaciones necesitadas de tutela".¹⁰⁹ A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável a obrigações contratuais, em vigor na UE, em seu Art. 5 define "contratos concluídos com consumidores", como os que tem por finalidade fornecer ou abastecer uma pessoa para um uso que possa considerar-se alheio a sua atividade profissional.¹¹⁰ Similar definição negativa e subjetiva¹¹¹ está presente na Convenção de Bruxelas de 1968 e na de Lugano (Art. 13), que dá azo ao sistema especial de proteção dos Art. 14 e 15.¹¹²

¹⁰⁵JAYME, Erik e HAUSAMANN, Rainer, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, Beck Verlag, Munique, 1998, p. 116.

¹⁰⁶ARAÚJO, Nádia, MARQUES, Frederico Magalhães e REIS, Márcio, *Código do Mercosul- Tratados e Legislação*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 161.

¹⁰⁷ Segundo SIQUEIROS, José Luis, *Contribucion de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado*, XIII Curso de Derecho Internacional, Secretaria General, OEA, 1987, p. 170 esta foi uma das grandes contribuições das CIDIPs ao determinar que o domicílio interamericano aproximava-se da figura da residência habitual em voga na Europa, veja também CIDIP-II-1979- Convenção sobre o domicílio das pessoas físicas.

¹⁰⁸Como ensina OPPERTI BADAN, *Estado Actual del Derecho Internacional Privado en el Sistema Interamericano*, IX Curso de Derecho Internacional, vol. I, Secretaria General, OEA, 1983, nr. 2.7, a principal inovação da CIDIP-II sobre domicílio das pessoas físicas de 1979 foi a utilização de normas materiais uniformes. Segundo ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *A convenção Interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado*, in CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nádia (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana- As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, Ltr, São Paulo, 1998, as normas da referida CIDIP-II não são "substanciais", mas sim "qualificadoras", p. 217, ocorre que, na tradição germânica (veja KROPHOLLER, p. 80, KEGEL, IPR, 35, STEINDORF, Ernst, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 30), as normas materiais de ajuda (*Hilfsnormen*), são consideradas normas materiais de DIPr (*materielles Sonderrecht*), logo, concordamos com a opinião do mestre uruguaio OPPERTI, Curso OEA, nr. 2.7.

¹⁰⁹ TONIOLLO, p. 95.

¹¹⁰ JAYME/KOHLER, IPR-Texte, p. 107.

¹¹¹ Assim TONIOLLO, p. 95.

¹¹² Similar definição foi incluída, em 29.06.2000, no Código Civil alemão. No original: "*BGB- § 13 Verbraucher - Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*" (BGB- § 13- Consumidor - Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional.)

Neste sentido, parece-me que as características dos consumidores que seriam aceitáveis por um maior número de países seria a de sua *não-profissionalidade*, de *pessoa física* (a relembrar o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de *contratante* ou *usuário final* (no caso do turista) e de *vítima de produtos e serviços com defeitos*.¹¹³ A extensão da proteção ao não contratante, simples usuário, é polêmica e pode ser amenizada se definirmos os abrangidos por cada uma das normas fragmentadas de defesa do consumidor por tema ou tipo contrato, como tem feito a União Européia abdicando de uma definição genérica ampla de consumidor. De outro lado, a definição de todas as vítimas de produtos defeituosos como consumidores não é necessária, pois as convenções hoje existentes, como a Convenção de Haia de 1986, estão aptas a proteger suficientemente em DIPr., e com conexões especiais, as vítimas de acidentes de consumo. Uma série de outras Convenções Internacionais lida com a responsabilidade civil oriunda de acidentes, muitos ligados à cadeia de produção, como inclusive a prevista CIDIP sobre acidentes catastróficos e poluição transfronteiriça. Este tema, portanto, não será tocado em nossas sugestões.

Importante destacar também que, de forma geral reconhece-se, uma definição de consumidor "relacional", isto é, que este *status* pontual e efêmero realmente só ocorre frente a um agente econômico profissional, o fornecedor, a empresa, o comerciante, em relações profissional-leigo e não em relações profissional-profissional ou leigo-leigo.¹¹⁴

Nossa sugestão de definição de consumidor seria: *Consumidor [para efeitos desta Convenção] é qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações aqui abrangidas [por esta Convenção], atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional.*

Segundo KROPHOLLER, as normas de proteção especiais de proteção dos consumidores, como agentes mais fracos no comércio internacional, deveriam seguir o seguinte método: respeitar a aplicação das normas imperativas (em alemão, *Sonderregelung für zwingende Normen*),¹¹⁵ elaborar normas por tipos contratuais ou temas¹¹⁶, usar normas bilaterais clássicas,¹¹⁷ optar por elementos de conexão objetivos, e, no caso dos contratos de consumo, optar por outra conexão do que a da prestação característica,¹¹⁸ dando preferência a conexões da esfera contratual do mais fraco (*Recht der Vertragsphäre des Schwächeren*), assim como limitar a autonomia da vontade ou possibilidade de escolha da lei por parte do fornecedor, comerciante ou parte contratual mais forte,¹¹⁹ e impor correções com cláusulas de ordem pública¹²⁰ e cláusula escapatória,¹²¹ a exemplo da atual lei suíça.

Na convenção a ser proposta, parece-me mais positivo utilizar o método da Convenção de Roma de 1980, de combinação entre a preferência das regras de aplicação

¹¹³ Assim também BENJAMIN, p. 500.

¹¹⁴ Assim o é no ordenamento jurídico da Itália, França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, examinados em detalhes por KLESTA DOSI, Laurence, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in Rivista di Diritto Civile, 6, nov.dic.1997, p. 669 a 675. Sobre a repercussão destas idéias nos países do Mercosul, veja RIVERA, Julio César, *Interpretación del Derecho comunitario y noción de consumidor - dos aportes de la Corte de Luxemburgo*, in La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 520 e seg.

¹¹⁵ KROPHOLLER, p. 648.

¹¹⁶ KROPHOLLER, p. 655.

¹¹⁷ KROPHOLLER, p. 657 e 660

¹¹⁸ KROPHOLLER, p. 656.

¹¹⁹ KROPHOLLER, p. 656.

¹²⁰ KROPHOLLER, p. 655.

¹²¹ KROPHOLLER, p. 657.

imediate do foro ¹²² (como o novo Art. 29a EGBGB), com uma cada vez mais limitada possibilidade de escolha da lei e uma definição limitada, mas específica, de consumidor. Mister proteger os terceiros da família e acompanhantes, usuários diretos e também não profissionais, pelo que se sugere incluir uma regra de ampliação do campo de aplicação das normas: "*Consideram-se consumidores também os terceiros pertencentes a família do consumidor principal ou os acompanhantes outros, que usufruam diretamente dos serviços e produtos contratados, nos contratos abrangidos por esta Convenção, como destinatários finais destes.*" E ainda sugere-se, uma norma especial para a definição de consumidor específica para o contrato de multipropriedade ou time-sharing: "*3. Para o caso de contratos de viagens e de multipropriedade, considerar-se a consumidores: a. o contratante principal ou pessoa física que compra ou se compromete a comprar o pacote turístico, a viagem ou o time-sharing para o seu uso próprio; b. os beneficiários ou pessoas terceiras em nome das quais compra ou se compromete o contratante principal a comprar a viagem ou o pacote turístico e os que usufruem da viagem ou da multipropriedade por algum espaço de tempo, mesmo não sendo contratantes principais; c. o cessionário ou pessoa física aos qual o contratante principal ou o beneficiário cede a viagem ou pacote turístico ou os direitos de uso.*"

Quanto às conexões tutelares, parece-me preferível no momento seguir o modelo do Mercosul, usado no Protocolo de Santa Maria específico de relações de consumo, e propor conexões rígidas para reger os contratos de consumo específicos, propondo uma regra alternativa limitada, a escolha do juiz da lei "favor consumidor", na regra geral para contratos de consumo. Assim, não resta muito espaço para a autonomia da vontade, neste primeiro momento, até mesmo para diferenciar da CIDIP V de 1994 e para estar atenta as tendências protecionistas norte-americanas e tendências limitadoras atuais da experiência europeia.

Kropholler termina sua análise afirmando que normas de DIPr. clássicas, com roupagem atual, poderiam servir para proteger o contratante mais fraco, que o DIPr. continental europeu poderia (e deveria) incluir valores e esta dimensão social, este era um mandamento (*Gebote*) de seu tempo. ¹²³ Concordando com esta afirmação e tomando em

¹²² Trata-se da técnica de Direito Internacional Privado de identificação de algumas leis ou normas internas, que por sua importância e íntimo contato com os interesses governamentais ou a ordem pública de um país, devem ser seguidas por todos e em todas as relações privadas com contatos fortes com aqueles país. São as chamadas "leis de aplicação imediata" para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passar pelo método de DIPr. de indicação de uma lei aplicável, pois esta própria lei "de aplicação imediata" ou lei de "polícia" tem pretensões de aplicação genérica e extraterritorial sempre, não importando se são leis de direito privado ou público, uma vez que positivam fortes interesses de organização da sociedade estatal. Como a chamada lei de aplicação imediata é direta ou resolve o conflito diretamente, sua aceitação e identificação hierárquica dentro do DIPr. é uma técnica (por sinal cada vez mais usada) de "materialização" das novas regras de conflitos de leis. Este fenômeno geralmente é conhecido pela expressão francesa "lois d'application immédiate", popularizadas pelos estudos do grande professor grego Francescakis desde 1958, apesar do estudo muito semelhante do italiano De Nova ("norme sostanziali autolimitate", "norme di applicazione necessaria"), datar de 1959. A segunda expressão francesa, "lois de police" ou leis de polícia, também ficou mais conhecida do que a expressão alemã, a significar leis obrigatórias, "zwingende Normen" (a expressão de Savigny era "Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur"), veja, por todos, SCHWANDER, Ivo, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zurique, 1975, p. 132 a 184.

¹²³Note-se que KROPHOLLER, p. 660, defende que a conexão mais estreita, determinada imperativamente por normas clássicas de DIPr. pode proteger eficazmente o consumidor, o contratante mais fraco, uma vez

conta a visão pós-moderna do DIPr., segundo os ensinamentos de Erik Jayme, parece-me que hoje este é o mandamento ou *Gebote* para o Sistema Interamericano, como veremos a seguir.

B) A insuficiente proteção nacional de consumidor em DIPr. nas Américas e nas convenções gerais sobre comércio de mercadorias

No Mercosul, a doutrina sempre alertou que, face as diferenças de nível de proteção nacional entre os quatro países, não poderia ser adotado o sistema de origem, ou se deixaria desprotegidos os consumidores dos países destinatários.¹²⁴ A opção da Resolução do Grupo Mercado Comum n. 126/94,¹²⁵ aprovada em 16 de dezembro de 1994, foi exatamente neste sentido, ao impor a regra do mercado de comercialização, no que respeita as normas aplicáveis de proteção dos consumidores, até que os esforços de harmonização legislativa dessem resultado positivo.¹²⁶ Trata-se de norma específica de direito internacional privado unificado visando a defesa do consumidor, ao determinar -indiretamente- qual a lei aplicável em caso de conflitos de consumo e o impor a regra do país de destino: os produtos e serviços que circulam livremente no Mercosul devem respeitar a lei do país onde serão comercializados, lei do mercado de destino, quanto à defesa do consumidor. Tal regra fixa assim um campo de aplicação espacial e territorial das normas nacionais de direito do consumidor¹²⁷ e recusa a regra européia de aplicação das leis do país de origem do produto ou serviço.

Se de um lado temos uma evolução bastante razoável na proteção material do consumidor por sua lei nacional, o mesmo não pode dizer em matéria de proteção especial através do DIPr. Poderia se pensar que, como as normas nacionais de proteção dos consumidores são geralmente consideradas nos países interamericanos como sendo de ordem pública internacional, *lois de police* ou normas imperativas do tipo "lei de aplicação imediata", não haveria necessidade de uma convenção sobre o tema: o consumidor domiciliado ou nacional de um país estaria sempre protegido pela aplicação provável destas normas. A conclusão não é suficiente, pois apresenta duas falhas:

1) Deixa o consumidor turista sem proteção quando retorna ao seu país, pois sua proteção pressuporia a extraterritorialidade destas leis, cuja característica é justamente a territorialidade. O consumidor turista nacional só estaria protegido quando o juiz nacional fosse aplicar justamente a *lex fori* a estas relações internacionais.¹²⁸ Note-se, porém, que a

que as normas clássicas do DIPr. com roupagem atual podem absorver esta dimensão social de proteção dos mais fracos: "Das IPR Savignyscher Prägung nimmt die sozialen Gebote der Zeit in sich auf".

¹²⁴Veja DROMI, p. 365. Assim também sempre propôs STIGLITZ, *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur*, publicado na Argentina, La Ley, 19/5/95 e no Brasil, in: Direito do Consumidor, vol. 6, p. 20.

¹²⁵MERCOSUL/GMC/RES. 126/94, in: Boletim de Integração Latino-Americana, 15, p. 133.

¹²⁶ Resolución 126/94 GMC/Mercosur- "Art 2. Hasta que sea aprobado un Reglamento común para la defensa del consumidor en el Mercosur, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes, a los productos y servicios comercializados en su territorio."

¹²⁷Veja também CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Hacia la protección equilibrada del consumidor en el Derecho Internacional privado*, in Investigación y docencia, 18, 1991, Rosario, p.50.

¹²⁸ Estes casos são muito raros, mas já há um *leading case* no Brasil. Em recente decisão o STJ responsabilizou a filial brasileira pela garantia de produto adquirido nos EUA (distribuído pela matriz no Japão e produzido possivelmente na Indonésia ou China), da marca Panasonic, tudo segundo o Código Brasileiro de Direito do Consumidor, considerado "lei de aplicação imediata". O REsp. 63.981-SP, cujo

maioria dos elementos de conexão hoje existentes nos países interamericanos é ou da *autonomia da vontade* em contratos internacionais, ou do *lugar da execução* ou do *lugar de residência do proponente*. Todas estas conexões mais comuns levarão à aplicação da lei estrangeira em relações contratuais com consumidores nacionais, pois é o fornecedor estrangeiro que redige os contratos concluídos com turistas, por exemplo, e inclui a cláusula de eleição da "sua" lei, também o lugar da execução é o da prestação característica, que sempre é do fornecedor ou de país terceiro, por exemplo no comércio eletrônico de consumo, uma vez que o consumidor apenas paga o produto ou serviço. Hoje, também, ofertante é o profissional fornecedor, não mais os consumidores.¹²⁹

2) Deixa o consumidor interamericano sem proteção, quando o foro provável de sua demanda for em país estrangeiro, por exemplo, quando contrata a distância ou por comércio eletrônico. Isto porque, não é certo que as normas imperativas ou de ordem pública do país de domicílio do consumidor serão aplicadas (se não houver uma Convenção Internacional específica) pelo juiz ou júízo arbitral do outro país, como comprovaram exaustivos estudos da jurisprudência do primeiro mundo.¹³⁰

Eis porque é necessário estabelecer uma proteção ao consumidor interamericano justamente nestes dois temas, como propomos a seguir. Como, porém, as afirmações anteriores sobre a insuficiência do uso da ordem pública internacional e das conexões mais usadas nos países Interamericanos são afirmações complexas, mister examinar em detalhes as regras nacionais de DIPr., as convenções gerais sobre comércio internacional de mercadorias em vigor nestes países, para podermos comprová-las.

1. Exame de algumas regras nacionais autônomas de DIPr. dos países interamericanos

Interessante observar que a exceção dos Estados Unidos¹³¹ e Canadá, raras são as normas nacionais de Direito Internacional Privado que se voltam especificamente para a proteção dos consumidores nos países Americanos. Quanto ao DIPr. do Quebec, positivado no Código Civil de 1991, interessante observar sua atualização metodológica, porque prevê várias normas abertas (Art. 3076), o conhecimento de leis imperativas de outro estado (Art.

relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo, foi decidido em 4 de maio de 2000, com a seguinte ementa: "*Direito do Consumidor. Mercadoria adquirida no exterior com defeito. Obrigação da empresa nacional da mesma marca de reparar o dano. A realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada. As grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincianismo e alcançaram universalidade. Pelas peculiaridades da espécie, a Panasonic do Brasil Ltda. responde pelo defeito de mercadoria da marca Panasonic adquirida no exterior.*"
Veja meus comentários no artigo *Normas*, in Revista de Direito Privado 4, p. 85 e seg.

¹²⁹ Veja que a prestação característica não foi considerada oportuna, nem mesmo para inclusão na CIDIP V, assim NOODT, TAQUELA, Maria Blanca, *Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, in El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Diego FERNANDEZ ARROYO (Org.) Ed. Eurolex, Madri, 1997, p. 104.

¹³⁰ Após exaustivo exame do direito e da jurisprudência alemã, chegou a conclusão de não há obrigação alguma do juiz alemão de usar as normas imperativas de terceiros países, somente as normas imperativas dos países membros da UE devem ser respeitadas, face ao Art. 7,I da Convenção de Roma de 1980, assim BECKER, Michael, *Zwingendes Eingriffsrecht in der Urteilsanerkennung*, in RabelsZ 60 (1996), p. 737.

¹³¹ Veja Art.3545 sobre *products liability* e Art. 3547 sobre *conventional obligations* da nova lei da Louisiana, Lei 923 de 1991 (publicada na íntegra in IPRAX 1993, p. 56 e seg), in KROPHOLLER, Jan, KRÜGER, Hilmar, RIERING, Wolfgang, SAMTLEBEN, Jürgen, SIEHR, Kurt, *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, Max-Planck-Institut, Hamburg, 1999, p. 1002 e seg.

3079), uma ordem pública estrita pela incompatibilidade do resultado prático da aplicação da lei estrangeira (Art. 3081) e uma cláusula escapatória geral (Art. 3082).¹³² Assim como possui uma regra específica para os contratos de consumo (Art. 3117),¹³³ permitindo a autonomia de vontade, mas considerando obrigatórias as normas imperativas do foro, em idênticas circunstâncias que o Art. 5 da Convenção de Roma e indicando, na falta de escolha, a lei da residência do consumidor como aplicável.

O Código Civil do Quebec possui regra específica também para acidentes envolvendo produtos (Art. 3128), prevendo que a vítima (não se menciona a expressão consumidor) poderá escolher entre a lei do estado em que o fabricante do produto tem seu estabelecimento ou sua residência e a lei do Estado onde o bem foi adquirido, além de considerar as suas normas de DIPr. imperativas para qualquer dano sofrido no Quebec ou resultante de matéria prima oriunda do Quebec (Art. 3129).

Na América Latina, o Código Civil do Chile, de 1855, modificado em 1996, não contém norma especial sobre proteção do consumidor em DIPr.¹³⁴ As normas de DIPr. do México também não mencionam especialmente os consumidores.¹³⁵ O Estatuto del Consumidor da Colômbia é de 1982 (Dec. 3.466, de 2 de dezembro de 1982),¹³⁶ mas seu Código Civil de 1873, e, em seu Art. 20 sobre a lei aplicável aos contratos e bens, não menciona o consumidor.¹³⁷ Segundo informam doutrinadores alemães, até 1999, não possuíam normas especiais de proteção ao consumidor em Direito Internacional Privado Equador,¹³⁸ Costa Rica,¹³⁹ El Salvador,¹⁴⁰ Guatemala,¹⁴¹ Nicarágua¹⁴², Panamá,¹⁴³ Peru¹⁴⁴ e Honduras.¹⁴⁵

A lei de proteção ao consumidor da Venezuela é de 1995.¹⁴⁶ A nova lei venezuelana de Direito Internacional Privado é posterior e data de 1998, mas, em seus 64 artigos, nada menciona especificamente sobre proteção do consumidor, apesar de várias vezes mencionar os " princípios generales del Derecho Comercial Internacional". Mesmo assim, a nova lei venezuelana traz normas atualizadas sobre a aplicação das normas imperativas nacionais (Art. 10), sobre a conexão eqüitativa para o caso concreto (art. 7) e, especialmente, traz uma norma de favor vítima em caso de acidentes ou atos ilícitos, o que pode beneficiar os consumidores (Art. 32).¹⁴⁷

¹³²Veja texto in DOLINGER, Jacob, e TIBÚRCIO, Carmen, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 297-298.

¹³³Veja texto in DOLINGER, *Vade Mecum*, p. 297-298

¹³⁴ Assim KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 174 e seg.

¹³⁵Reforma do Código Civil foi estabelecida pelo Decreto de 11 de dezembro de 1987, reproduzido por DOLINGER, *Vade Mecum*, p. 393.

¹³⁶ Lei publicada na íntegra, no Brasil, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 228-239.

¹³⁷ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 414.

¹³⁸ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 210 e seg.

¹³⁹ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 204 e seg.

¹⁴⁰ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 228 e seg.

¹⁴¹ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 268 e seg.

¹⁴² KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 608 e seg.

¹⁴³ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 620 e seg.

¹⁴⁴ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 664 e seg.

¹⁴⁵ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 268 e seg.

¹⁴⁶ Publicada na íntegra, no Brasil, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 26 (1998), p. 307-327.

¹⁴⁷ Veja Decreto 36.511, de 6 de agosto de 1998, in KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 958-995.

Nos países membros do Mercosul, a situação não é melhor. No Paraguai, a lei de defesa del consumidor é de 1998,¹⁴⁸ já o Código Civil de 1985 nada menciona sobre consumidores e , em matéria contratual, indica aplicável a lei do lugar da execução da obrigação (Art. 17).¹⁴⁹ No Uruguai, sua lei de defesa do consumidor é de 1999,¹⁵⁰ seu Código Civil de 1868, modificado em 1994, indica aplicável para relações obrigacionais a lei do lugar da execução (Art. 2399) e os Tratados de Montevidéu de 1889.¹⁵¹ As normas brasileiras de DIPr. são rígidas e antigas, também nada mencionam sobre consumidor e prevêm apenas uma ampla regra sobre ordem pública (Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, LICC/42). Em matéria contratual, apesar dos esforços da doutrina, as normas atuais praticamente impossibilitam a autonomia de vontade em matéria de contratos.¹⁵² Aplicável neste caso é a *lex loci celebrationis* (Art. 9 caput da LICC/42: "*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*"). A norma do Art. 9§ 1 LICC/42 impõe uma aplicação cumulativa de lei brasileira quanto à forma, em caso de execução no Brasil. A norma do Art. 9§ 2 da LICC/42 é usada para identificar o lugar da proposta em contratos entre ausentes ou à distância, como a maioria dos contratos internacionais nos dias de hoje. Segundo o §2 do Art. 9, "*a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente*", determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo, como os contratos concluídos por computador, no comércio eletrônico de consumo, ou nos contratos de time-sharing ou multipropriedade. Em matéria de acidentes com produtos e serviços defeituosos a regra aplicável também é a do Art. 9, agora interpretada como *lex loci delicti*, lei do lugar em que foi cometido o ato ilícito ou lei do lugar em que aconteceu o dano e seus conseqüências.¹⁵³

A doutrina argentina sempre propôs normas especiais mais protetivas para as relações de consumo, especialmente para os contratos de adesão.¹⁵⁴ Quanto ao âmbito contratual, que mais nos interessa, as normas nacionais ou autônomas de DIPr. argentino encontram-se nos art. 1205 a 1214 do Código Civil e não há normas especial para a proteção dos consumidores, mas o novo mandamento constitucional deve "iluminar" a aplicação destas normas.¹⁵⁵ Os Artigos 1209 e 1210 prevêm a aplicação da *lex loci executiones* e da *lex loci celebrationes*, mas a doutrina alerta que, em uma visão tradicional, a primeira conexão vai indicar aplicável geralmente a lei do fornecedor, aquele que realizou a prestação principal característica, isto é, a prestação não vinculada ao pagamento de dinheiro realizado pelo consumidor, constituindo "injustificado privilégio" ao

¹⁴⁸ Ley 1.334, 27 de outubro de 1998, a ser publicada na íntegra, in Revista Direito do Consumidor, vol. 30 (1999), p. 247-255

¹⁴⁹ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 638.

¹⁵⁰ Ley 17.189, de 20 de setembro de 1999, publicada na íntegra, in Revista Direito do Consumidor, vol. 33 (2000), p. 262-270.

¹⁵¹ KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 910.

¹⁵² Ver , por todos, ARAÚJO, p. 108. Sobre a controvérsia da autonomia da vontade no Brasil e em vários países da América Latina e a contribuição dada pela CIDIP e pelas Convenções de Haia, veja BOGGIANO, *The Contribution*, p. 132 e seg.

¹⁵³ Sobre esta versão brasileira da teoria da ubiquidade alemã e as críticas da doutrina a estas conexões rígidas, veja MARQUES, Claudia Lima, *Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito)*, in Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 629 (mar/1988), p. 72 e seg.

¹⁵⁴ Assim o famoso curso de Haia de BOGGIANO, *International*, p. 55 e *The Contribution*, p. 134 e seg.

¹⁵⁵ TONIOLO, p. 98.

fornecedor.¹⁵⁶ A segunda conexão beneficia a aplicação da lei do lugar de "assinatura" dos contratos, levando muitas vezes à aplicação da *lex fori* argentina, mas deixa sem proteção o consumidor turista e aquele que contrata a distância ou por meios eletrônicos, situações cada vez mais comuns nos dias de hoje.¹⁵⁷ A doutrina propõe então que o consumidor possa eleger entre a "ley del lugar de adquisición del producto", que seria especialmente importante nos dois casos mencionados, e uma conexão para a lei mais favorável ao consumidor, assim como a elaboração de normas semelhantes ao Art. 5 da Convenção de Roma de 1980.¹⁵⁸ Já quanto aos atos ilícitos frente aos consumidores, a conexão tradicional é também na Argentina a *lex loci delicti* (Art. 43 do Tratado de Montevideu de 1940), entendida como lei do lugar do ato delituoso (*lex loci actus*), mas já sofre severas críticas e sugere-se que, em relações de consumo, possa-se usar a lei da residência habitual de quem sofreu o dano, em solução semelhante a Convenção de Haia de 1973.¹⁵⁹ Parte da doutrina propõe que o consumidor vítima possa eleger entre a lei do lugar do estabelecimento principal da pessoa a quem vai se atribuir a responsabilidade e a lei do lugar de aquisição do produto.¹⁶⁰

Se a legislação nacional ainda é falha neste setor, na doutrina do DIPr., cada vez mais o tema da proteção dos consumidores é incluído como matéria de nova concentração do Direito Internacional Privado.¹⁶¹ A doutrina é praticamente unânime na necessidade de proteção especial do consumidor também em relações de consumo internacionais e na decisão regional a favor do consumidor. A autonomia de vontades é regra não oportuna se uma das partes é mais fraca, como no caso de contratos concluídos com consumidores.¹⁶² Propõe-se assim uma harmonização das regras de DIPr. através do Mercosul¹⁶³ e de outros organismos internacionais.¹⁶⁴ Também em processo civil internacional os desafios da globalização e regionalização da economia estão a requerer uma resposta efetiva de proteção dos mais fracos com jurisdições privilegiadas e soluções alternativas de controvérsias.

2. Exame de algumas convenções gerais sobre comércio internacional de mercadorias e a proteção dos consumidores

Importa-nos aqui lembrar que as grandes convenções sobre comércio internacional sempre procuraram excluir do campo de aplicação de suas normas os

¹⁵⁶ Assim TONIOLO, p. 100.

¹⁵⁷ Assim alerta também, TONIOLO, p. 102.

¹⁵⁸ TONIOLO, p. 101, 102 e 107.

¹⁵⁹ TONIOLO, p. 108 e 110.

¹⁶⁰ Sugestão de TONIOLO, p. 110.

¹⁶¹ BOGGIANO, *The Contribution*, p. 139, TONIOLO, p. 94 e seg., MARQUES, Cláudia Lima, *Direitos do Consumidor no Mercosul : Algumas sugestões frente ao impasse*, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 32 (1999), p. 16 e seg. Já BRILMAYER, p. 174, inclui tópico "*The postulate of Consumer Sovereignty*" não para tratar da proteção do consumidor, mas para realizar analogia à soberania de decisões dos estados de quais políticas (policy) ou interesses protegerão em DIPr, seguindo a linha do *Law and Economics*.

¹⁶² Veja BOGGIANO, *International*, p. 55 e seg. e BOGGIANO, *The Contribution*, p. 138.

¹⁶³ Veja por todos TONIOLO, p. 97.

¹⁶⁴ BOGGIANO, *The Contribution*, p. 138, trabalha com a possibilidade de uma manifestação geral através da Conferência de Haia ou regional, através da OEA.

contratos concluídos com consumidores para uso doméstico, familiar ou não profissional.¹⁶⁵ Assim a Convenção de Haia¹⁶⁶ sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de 1986 (Art.2,lit.c e 5, lit. d)¹⁶⁷ ou a Convenção da ONU sobre Compra e Venda de mercadorias de 1980, conhecida como Convenção de Viena de 1980¹⁶⁸ (Art. 2, a e Art. 5).¹⁶⁹ Seja para evitar conflitos com leis nacionais consideradas de ordem público internacional,¹⁷⁰ seja porque as diferenças na proteção dos consumidores sempre pesaram a favor dos países industrializados e exportadores do primeiro mundo.¹⁷¹ A verdade é que o tema nunca foi tratado diretamente nas Convenções que unificaram as normas materiais, nem em uma lei Modelo, do UNIDROIT ou UNCITRAL¹⁷², nem foi objeto de uma CIDIP ou de uma Convenção de Haia.¹⁷³ Apenas as Resoluções da ONU tiveram influência inspiradora nas legislações nacionais.

Interessante notar que muitos países americanos estão unidos pela Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda de mercadorias.¹⁷⁴ Esta Convenção preparada pela UNCITRAL, que é um dos maiores êxitos da unificação de normas em comércio internacional, volta-se totalmente para os contratos de venda entre comerciantes e tenta excluir de seu campo de aplicação os contratos internacionais entre consumidores e

¹⁶⁵ Assim HARGAIN/MIHALI, p. 506.

¹⁶⁶ Trata-se de uma atualização da Convenção de 1955. Veja sobre a pequena aceitação destas Convenções entre os Estados, mas de sua enorme importância como modelo legislativo, in ARAÚJO, p. 124 e seg.

¹⁶⁷ No original: "*Art.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. Art. 5. The Convention does not determine the law applicable to ...d) the effect of the sale in respect of any person other than the parties.*"

¹⁶⁸ Veja sobre a importância e a aceitação desta Convenção também entre Estados das Américas, ARAÚJO, p. 127 e seg.

¹⁶⁹ No original: "*Art. 2. La presente convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;...*"

¹⁷⁰ Assim manifestam-se GARRO/ZUPPI, p. 81: "*La razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor. La legislación especial de protección al consumidor ha sido incorporada en estos últimos años a numerosos ordenamientos jurídicos, inclusive en algunos países de América Latina, como México.*" Assim também HARGAIN/MIHALI, p. 507.

¹⁷¹ Assim HOFFMANN, p. 396, KROPHOLLER, p. 636, BOTANA, p. 9 e HARGAIN/MIHALI, p. 506, citando opinião de Lible.

¹⁷² A lei modelo da UNCITRAL (que efetivamente se dedica ao comércio internacional) versando sobre comércio eletrônico expressamente informa não afastar as normas tutelares e parece querer excluir os contratos de consumo através de meios informáticos de seu campo de aplicação com o texto: "*Art. 1. Ámbito de aplicación - La presente Ley* será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales.*La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.*"

¹⁷³ Mencione-se o projeto de Haia de 1980. Veja VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, Haia, 1982, p. 6. Este projeto de convenção visava complementar a Convenção de Haia de 1955 sobre lei aplicável à venda internacional de mercadorias, mas isto nunca chegou a acontecer, pois o referido projeto, findo em 1980, não foi aprovado, superado que foi pela própria Convenção de Roma da CEE, assinada naquele mesmo ano, com seu Art. 5 sobre o mesmo tema.

¹⁷⁴ Teriam ratificado a Convenção, até 1995, os seguintes países interamericanos, Argentina, Chile, Ecuador, Canadá, Cuba, México e Estados Unidos, e assinado, Venezuela. Veja SCHLECHTRIEM, Peter, *Internationales UN-Kaufrecht*, J.C.Mohr, Tübingen, 1996, p. 225-226 ou para dados atualizados: www.un.org/Depts/Treaty/bible/Part_I_E/X/_X_10.html

fornecedores de produtos,¹⁷⁵ mesmo assim sua aplicação excepcional a estes contratos é possível.¹⁷⁶ Isto porque o Art. 2º da Convenção de Viena de 1980 dispõe: "*Esta convenção não se aplica às vendas: a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento da celebração do contrato, não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram adquiridas para tal uso*". Assim, se um advogado no Chile encomenda de fábrica da Argentina por carta e usando papel timbrado de seu escritório uma mesa para seu computador em casa, o fabricante argentino pode considerar que tal mercadoria se destina à atividade do cliente, logo, aplicar-se-ia a Convenção de Viena para regular esta venda.¹⁷⁷ Aqui trata-se de uma exceção vinculada ao princípio da razoabilidade, pois era razoável e legítimo o desconhecimento do comerciante que o co-contratante era um consumidor.¹⁷⁸ O perigo desta aplicação possível do direito uniforme em relação a contratos concluídos por consumidores é a opinião de parte majoritária da doutrina que a Convenção teria primazia, por ser direito uniforme, em relação a qualquer das normas nacionais de proteção dos consumidores.¹⁷⁹ Eis porque, prefiro aqui destacar o espírito da Convenção de exclusão dos contratos internacionais de consumo como forma de proteger eficazmente o consumidor nacional no comércio internacional. Este espírito bem denota a dificuldade de tratar-se na mesma Convenção, ou em norma interna, o comércio internacional entre profissionais e as relações de consumo internacionais entre um profissional e um leigo ou consumidor. O tratamento jurídico de relações entre iguais não pode ser igual ao tratamento jurídico de relações entre diferentes, entre profissionais e leigos, entre fortes e fracos. Esta foi justamente a idéia central do Projeto de Haia de 1980, que foi superado pelas Convenções européias e as modificações internas nos países industrializados, mas não no espaço interamericano.¹⁸⁰

A experiência européia de mais de 40 anos de harmonização de normas materiais e unificação de normas de DIPr. e do Art. 2º da Convenção de Viena de 1980, nos faz concluir que tanto regionalmente, como universalmente, a proteção do consumidor sempre foi tema a separar-se do comércio internacional normal e a tratar-se em DIPr. com

¹⁷⁵ Usamos o verbo "tentar", pois está comprovada a aplicação da Convenção de Viena a contratos com consumidores, concorrendo com o direito alemão, por exemplo, no que se refere às leis especiais sobre crédito ao consumo, sobre contratação fora do estabelecimento comercial e sobre responsabilidade por produtos defeituosos, assim a tese de Doutorado de WARTEMBERG, Konrad W., *CISG und deutsches Verbraucherschutzrecht: Das Verhältnis der CISG insbesondere zum VerbrKrG, HaustürWG und ProdHaftG*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998p. 101 a 104.

¹⁷⁶ Assim ensina SCHLECHTRIEM, Rdn.23-32, especialmente p. 19.

¹⁷⁷ Exemplo adaptado daquele citado por SCHLECHTRIEM, p. 19.

¹⁷⁸ Assim ensinam HARGAIN/MIHALI, p. 506.

¹⁷⁹ Veja a unanimidade da doutrina européia sobre esta primazia, na prática, in WARTEMBERG, p. 19

¹⁸⁰ Note-se que as conexões previstas pelo projeto de Haia de 1980 foram: a autonomia da vontade (Art. 6, frase 1), mas a lei escolhida pelas partes não poderia privar o consumidor da proteção que lhe asseguram as normas imperativas do país de sua residência habitual (Art.6, frase 2 do Projeto), as condições relativas à existência, à validade e à forma do consentimento seriam regidas pela lei do país de residência habitual do consumidor no momento da declaração. (Art.6, 4 frase), na falta de escolha pelas partes, a lei aplicável seria a lei do país de residência habitual do consumidor (Art. 7 do projeto), a capacidade das partes e os efeitos dos contratos não seriam regidos pela *lex contractus* e sim tratados como questões independentes (Art. 9) e a reserva de ordem pública, veja VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales*, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, Haia, 1982, p. 2 e 3. A definição de consumidor (art. 2) e as exclusões (art. 4 e 5) do projeto não são hoje, porém, atuais, mesmo assim em um exame mais detido do projeto de 1980 encontramos muitos dos elementos até hoje desejáveis em matéria de proteção efetiva dos consumidores em DIPr.

conexões mais seguras, previsíveis e positivas para o agente mais fraco. Concluo, portanto, pela oportunidade da OEA elaborar uma convenção CIDIP sobre o tema.

II - Da necessidade de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo

"A América merece um lugar de destaque na história da codificação do Direito Internacional"¹⁸¹ Privado, com a iniciativa de Simon Bolívar desde 1826,¹⁸² e - parafraseando o mestre brasileiro, Rodrigo Octavio¹⁸³ - "a ela indubitavelmente cabe a primazia dos esforços oficiais" para a elaboração de regras protetivas dos interesses específicos dos consumidores, pelo menos nacionalmente, nos Estados Unidos, Canadá e México, como veremos a seguir. Em Direito Internacional Privado, nenhuma região fez esforços tão amplos de codificação, como as Américas, com os nove Tratados de Montevideu (1888-1989), o Código Bustamante de 20 de fevereiro de 1928, as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado desde 1975 (CIDIPs).¹⁸⁴ Em matéria de direito do consumidor, os esforços regionais europeus são os mais famosos e frutíferos, talvez pelo modelo de integração supranacional escolhido, com Convenções sobre lei aplicável aos contratos (Convenção de Roma de 1980) e jurisdição (Convenção de Bruxelas de 1968), com normas e conexões especiais para os consumidores, que acabaram superando os estreitos limites dos Estados Membros da UE e hoje vinculam, através das Convenções paralelas, praticamente toda a região. Parece-nos, porém, o momento de modificar tal situação e defender a necessidade e oportunidade de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo.

1) Falta de normas especiais sobre as transações e contratos com consumidores no Sistema Interamericano: consumidor, o agente esquecido ?

A globalização, a aproximação dos mercados, a integração de mercados, a abertura para produtos e serviços estrangeiros, a internacionalidade das relações privadas são, segunda a doutrina atual, os grandes desafios do direito do consumidor.¹⁸⁵

Segundo as palavras lúcidas de Jean-Michel Arrighi o consumidor é o "protagonista olvidado".¹⁸⁶ Tanto nos Tratados interamericanos, quanto naqueles dedicados à integração, como o da Tratado de 1980 da ALADI e o Tratado de Assunção de 1991 do Mercosul, não se encontra a palavra "consumidor".¹⁸⁷ Também em nenhuma das CIDIPs até hoje assinadas o tema da proteção do consumidor mereceu especial atenção, os temas

¹⁸¹ A frase é de Rodrigo OCTAVIO, p. 218.

¹⁸² OCTAVIO, p. 219 e seg.

¹⁸³ Parafraseando Rodrigo OCTAVIO, p. 218: " A América merece um lugar de destaque na história da codificação do Direito Internacional, e a ela indubitavelmente cabe a primazia dos esforços oficiais para essa ordem de trabalhos."

¹⁸⁴ Assim ensina Jayme, Cours, p. 65. Veja também FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación*, p. 69 e seg.

¹⁸⁵ Assim também MACEDO JÚNIOR, p. 45 e 53.

¹⁸⁶ ARRIGHI, p. 126.

¹⁸⁷ ARRIGHI, p. 126.

concentram-se em direito do comércio internacional entre profissionais, em acidentes não oriundos de produtos defeituosos, em proteção de menores, direito de família e sucessões, na parte geral do Direito Internacional Privado e no Processo Civil Internacional.¹⁸⁸

A OEA elaborou até agora CIDIPs sobre letras de câmbio, cheques, cartas rogatórias, provas, mandato e representação, sociedades mercantis, laudos, medidas cautelares, prova e informação direito estrangeiro, domicílio da pessoa física, normas gerais de DIP, adoção de menores, pessoa jurídica, jurisdição, alimentos, transporte internacional, restituição de menores, contratos internacionais e tráfico de menores.¹⁸⁹

De outro lado, se temos o exemplo de sucesso na harmonização das normas materiais de proteção do consumidor da União Européia, cobrindo muitos dos temas atuais antes mencionados, nas Américas, ao contrário, o *approach* tem sido mais de uma integração "negativa" no tema. O NAFTA, por exemplo, não legislou ainda sobre o tema,¹⁹⁰ talvez pelo já bom nível existente de defesa do consumidor nos países mais desenvolvidos, com a tendência de utilização da *lex fori* mesmo para os turistas e da eleição de sua lei em contratos internacionais. A lacuna nas demais organizações de integração nas Américas, talvez, se deva a reduzida importância do tema em economias menos desenvolvidas ou ainda dedicadas a organizar seu mercado. Também há que se considerar o fracasso¹⁹¹ ou pelo menos o impasse atual dos esforços de harmonização de normas materiais no Mercosul,¹⁹² que indica a pouca solidez da idéia de proteção do mais fraco na política de alguns governos,¹⁹³ especialmente quando - em teoria - se contrapõe a interesses econômicos de liberalização do comércio e de maior exportação, mesmo de produtos de menor qualidade e segurança. Harmonizar (ou ainda mais unificar) normas materiais de defesa do consumidor é uma tarefa teórica difícil, que necessita um mandato claro quanto aos objetivos a alcançar, o nível de proteção desejado (se "terceiromundista" ou internacional). Tarefa que necessita legitimação para legislar e fazer incorporar nos direitos nacionais as normas materiais elaboradas. Tarefa que, por exemplo, o Mercosul não conseguiu realizar e que foi cumprida com êxito pela União Européia nestes 40 anos.

A realidade dos países interamericanos, também quanto às regras processuais, visando assegurar direitos processuais especiais ou acesso facilitado do consumidor à Justiça em casos internacionais é semelhante. Enquanto na Europa há diretivas processuais

¹⁸⁸ Veja sobre o tema Carmem TIBÚRCIO, in CASELLA/ARAÚJO, p. 49 e seg.

¹⁸⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Mercosur- Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997, p. 242-244.

¹⁹⁰ Sobre o tema da "negative form of integration", que só remove discriminações e barreiras ao comércio, veja a crítica do mexicano Gustavo VEGAS-CANOVAS, in LUSTIG, Nora, BOSWORTH, Barry e LAWRENCE, Robert, *North American Free Trade - Assessing the Impact*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1992, p. 200 e 201, que gostaria de uma integração mais ao estilo da União Européia com uma "positive form of integration", com legislação de proteção das populações.

¹⁹¹ A expressão é de FERNANDEZ ARROYO, Diego P., *La neuva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur: Ocho respuestas contra la incertidumbre*, in Revista de Derecho del Mercosur, Buenos Aires, ano 3, nr. 4, agosto de 1999, p. 51.

¹⁹² Assim me manifestei, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 32 (1999), p. 16 e seg.

¹⁹³ Assim também MOSSET, ITURRASPE, Jorge e LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del Consumidor-Ley 24.240*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 17: "Ciertos sectores quieren ver en la 'defensa del consumidor' el 'ataque al empresario', y juzgan que es 'incompatible' con una economía de mercado defender al consumidor" e conclui, p. 19: "en los países más avanzados se defiende al consumidor,...el consumidor de bienes y servicios se encuentra protegido y las empresas controladas. La libertad absoluta, el dejar hacer, no es propio de la etapa post industrial o de la 'civilización técnica'. Es está un versión para la exportación, nacida de los cenáculos más extremos del liberalismo...."

especiais¹⁹⁴ e foi elaborado um "Plano de ação sobre o acesso dos consumidores à justiça e regulamentação dos litígios de consumo no mercado interior"¹⁹⁵, no espaço interamericano são raras as regras nacionais assegurando uma jurisdição especial em caso de contratos internacionais de consumo ou assegurando o livre acesso aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (*small claims*) ou a métodos de solução mais rápidos e baratos dos conflitos (internacionais) de consumo. Note-se que estas questões internacionais podem ser consideradas de alta complexidade, por envolver regras de Direito Internacional Privado. O custo de litigar em países estrangeiros e em causas envolvendo a aplicação de direito estrangeiro pode ser grande, restringindo a disposição do consumidor em reclamar seus direitos ou a recorrer ao Judiciário sobre o tema. As convenções internacionais de DIPr. e Processo Civil Internacional existentes, como as CIDIPs, os Protocolos de Cooperação Judicial do Mercosul e os Tratados de Cooperação Bilateral, não se dedicaram a elaborar normas especiais de proteção dos consumidores da região¹⁹⁶ e os poucos projetos efetivamente elaborados, nunca entraram em vigor.¹⁹⁷

Há um certo consenso na doutrina brasileira e argentina da desnecessidade e inoportunidade de o Mercosul refazer ou re-elaborar, de forma regional, todos os temas já tratados na CIDIPs, sendo melhor e mais oportuna a utilização destas CIDIPs e sua ratificação por todos os países membros do Mercosul.¹⁹⁸ Dai a importância de examinar a CIDIP V. Se a CIDIP V sobre contratos internacionais, seguindo o modelo da Convenção de Roma de 1980 da UE, tivesse previsto alguma norma especial para o contrato de consumo internacional, uma convenção especial sobre o tema não seria necessária. Infelizmente, o Art. 5 da CIDIP-V sobre contratos internacionais não excepciona expressamente os contratos de consumo, nem consta que nenhum dos países que a ratificaram tenha feito alguma declaração especial sobre o tema.¹⁹⁹ Esta lacuna no sistema interamericano merece um estudo mais detalhado.

2) A Convenção do México (CIDIP-V) de 1994 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais em comparação com o sistema europeu de proteção do consumidor nestes contratos

¹⁹⁴Veja Diretiva 98/27/CE relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, comentada por BOTANA, p. 8.

¹⁹⁵COM 96, 13 final, de 14 de fevereiro de 1996, comentado por BOTANA, p. 7-8.

¹⁹⁶Veja SIQUEIROS, p. 159 e seg.

¹⁹⁷Um exemplo deste bons esforços que nunca entraram em vigor é o protocolo de Santa Maria elaborado pela Reunião de Ministros de Justiça do Mercosul em 1996. Atualmente estuda-se a modificação de seu texto (Ata 01/2000 RMJ), a inclusão de novos membros, Bolívia e Chile e a elaboração de um Tratado totalmente novo. Veja minhas críticas, Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 32 (1999), p. 16 e seg.

¹⁹⁸ Assim FERREIRA DA SILVA, p. 199 e NOODT, p.134. Também bastante crítico, FERNANDEZ ARROYO, p. 49 e GHERSI, Carlos Alberto e LOVECE, Graciela, *Contrato de tiempo Compartido (Timesharing)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 105..

¹⁹⁹ "Art. 5 . Esta convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil...;b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d)) las obligaciones provenientes de...mercados de valores;e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario..."Veja OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I, 1996, p. 29.

A convenção do México (CIDIP-V) de 1994 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais não menciona a palavra consumidor. Certo é, que os Estados Partes, ao assinar, aderir ou ratificar a Convenção podem, segundo expressa autorização do Art. 1 da referida CIDIP-V, "*declarar a que classe de contratos não se aplicará convenção*" (Art. 1º, 4 Frase). Podem, por exemplo, declarar que não se aplica a CIDIP V aos contratos entre comerciantes e consumidores leigos, mas esta declaração é uma proteção reduzida e geralmente esquecida pelos Estados ao ratificar a referida Convenção,²⁰⁰ que cuida precípuamente do comércio internacional, logo, pressupõe-se excluir o comércio envolvendo consumidores.²⁰¹

Melhor teria sido, se a proposta original de SIQUEIROS, de excluir expressamente os contratos concluídos com consumidores, não tivesse sido suprimida.²⁰² Não ter tratado do tema em 1994 em norma especial, especialmente tendo em vista a experiência de sucesso europeia, foi uma grande oportunidade perdida,²⁰³ que só poderá ser recuperada com uma nova Convenção especial. Assim, o tema seria definitivamente excluído do campo de aplicação da CIDIP V.

Efetivamente, as conexões escolhidas pela CIDIP-V de 1994 adequam-se mais às relações intercomerciantes internacionais, são conexões atuais, como a autonomia de vontade (art. 7º da CIDIP-V), flexíveis (como a possibilidade de eleger nova lei aplicável, modificando a anterior, Art. 8º e de *dépeçage*, Art. 7)²⁰⁴ e mesmo abertas (como a *open ended rule* do Art. 9º, que indica aplicável, em caso de não eleição eficaz da lei, a lei do Estado com o qual o contrato tenha os *vínculos mais estreitos*).²⁰⁵ A possibilidade de

²⁰⁰ Segundo consta México e Venezuela não utilizaram-se desta declaração para excluir os contratos de consumo, veja HERNANDEZ-BRETON, Eugenio, *Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexico über das auf internationale Verträge anwendbare Recht*, in IPRACT, 1998, p. 378 e seg.

²⁰¹ O texto da Convenção CIDIP-V é o seguinte: "*Art. 5. Esta convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil...; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes...de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario...y de las personas jurídicas en general. Art. 6. Las normas de esta Convención no se aplicán aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Parte de esta Convención.*"

²⁰² Assim noticia NOODT, p. 126.

²⁰³ Assim também NOODT, p. 132.

²⁰⁴ O texto da Convenção CIDIP-V é o seguinte: "*Art. 7. El contrato se ruge por el derecho elegido por las partes...dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. Art. 8. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por ele que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificaciones no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.*"

²⁰⁵ O texto da Convenção CIDIP-V é o seguinte: "*Art. 9. Si la partes hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por ele derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de ese otro Estado a esa parte del Contrato.*" Veja detalhes in NOODT, p. 94.

escolha da lei é ampla, sem direcionamento nenhum e a CDIP V não exige um "contacto razonable" da lei escolhida pelas partes.²⁰⁶

Esta técnica aberta e atualizada de DIPr. tem dificultado a ratificação da Convenção pelo Brasil,²⁰⁷ no caso do Mercosul. Se este dado não é importante do ponto de vista regional, merece destaque o fato desta técnica não ter sido usada nem mesmo na Europa de hoje, onde apesar de complementar-se a Convenção de Roma de 1980 com uma série de normas de DIPr. com temática específica nas novas Diretivas, nenhuma delas aceitou a autonomia da vontade sem limites em contratos de consumo ou a modificação da lei por (ficta ou real) declaração de vontade das partes. Há sempre um espírito de proteção mínima do consumidor pelas regras imperativas do seu país de residência ou domicílio, a utilização de uma conexão aberta de favorecimento (*favor consumidor*), para permitir aos juizes do foro (possivelmente também eleito) determinarem qual é a lei "com vínculos mais estreitos" ou mais favorável aos interesses dos consumidores, ou conexões rígidas, clássicas e subjetivas, com claro objetivo de proteção do agente econômico mais fraco, como a conexão na residência habitual do consumidor.

A União Européia sempre se preocupou assegurar um o sistema de transações no mercado interno que possibilitasse que estas negociações e contratos "internacionais-integrados" pudessem garantir segurança e adequação para os consumidores. A livre circulação de produtos, serviços, capitais e pessoas permite que estas transações se multipliquem e é objetivo da política de proteção do consumidor que estas possam acontecer da melhor forma possível.²⁰⁸ Frise-se que a importante Convenção de Roma de 1980 introduz no DIPr. comunitário europeu uma norma uniforme especial para proteção dos consumidores, o seu Art. 5. Esta convenção dita, pois, o DIPr. especial de proteção dos consumidores para todos os 15 países da UE e hoje para os países do Espaço Econômico Europeu e mais alguns países como a Suíça. Segundo o seu Art. 2 ela deve ser utilizada pelo juiz nacional europeu também com relação a terceiros países, isto é, países não signatários da Convenção de Roma de 1980, bem determinando seu caráter *self-executing*, uniforme e universal.²⁰⁹

Note-se que a própria Comunidade Econômica Européia, hoje UE, preferiu não utilizar a expressão "contrato internacional" na sua convenção específica, a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980.²¹⁰ Esta Convenção diz-se disciplinadora da lei aplicável "às

²⁰⁶ Assim NOODT, p. 94.

²⁰⁷ Assim ARAÚJO, p.188. FERREIRA DA SILVA, p. 194 e seg., NOODT, p. 96.

²⁰⁸ Assim o membro da Comissão VANDEN ABEELE, M., *Orientations de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in FALLON/MANIET (Coord.), *Securité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté européenne*, CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Scienza, Bruxelas, 1990, p. 273.

²⁰⁹ Assim KILLIAN, Wolfgang, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Beck Verlag, Munique, 1996, p. 319 a classifica de DIPr. uniforme europeu.

²¹⁰ Sabe-se que a definição da categoria de contratos " internacionais" não é fácil. Em verdade os contratos são "nacionais", ligados sempre a uma lei estatal ou a uma Convenção ou acordo internacional (PEREIRA, José Edgard Amorim, "Contrato Internacional do Comércio", in: Revista de Direito Civil, n. 47, p.7). São as regras de Direito Internacional Privado de cada Estado que apontam os pontos de conexão, de união de um contrato a uma ordem jurídica, suficientemente fortes para determinar a lei aplicável ao contrato e as suas várias questões conexas (capacidade,forma, etc). Portanto, o que chamamos contratos internacionais seriam os contratos relevantes para as normas de Direito Internacional Privado (Georgette NAZO, Tipificação dos Contratos Internacionais, in: RT 564, p. 27). As mais famosas Convenções Internacionais tentaram evitar as inseguranças da terminologia, definindo claramente o seu campo de aplicação. Assim, a Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional, define em seu art.1º a compra e venda disciplinada pela

obrigações contratuais", e aplica-se tanto às obrigações de natureza interna, quanto às de natureza internacional, as obrigações pré e pós-contratuais que forem qualificadas como de natureza "contratual" e que recaírem em seu campo de atuação, este sim internacional.

A norma especial para os contratos com consumidores, diferente da regra geral de autonomia da vontade para os contratos internacionais comerciais, traz o Art. 5 da Convenção de Roma de 1980.²¹¹ Este Art. 5 da Convenção de Roma determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, publicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país; b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor; c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação, como esclarece o Art. 5, 2 da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos.²¹² Como conexão objetiva mais favorável ao consumidor, a convenção dá preferência a lei do país onde o consumidor tem sua residência habitual como conexão rígida (Art. 5,3 Conv. de Roma de 1980), se não há expressa manifestação da vontade.²¹³ Esta norma protegerá inclusive turistas, se não houve eleição da lei no contrato.²¹⁴ Estas normas são bastante sábias e foram, apesar de quase 20 anos de aplicação, mantidas nas sugestões atuais de mudança da Convenção em Regulamento. Certo é que normas de DIPr. especiais para a proteção dos consumidores em contratos especiais foram incluídas nas novas Diretivas (nosso próximo tema) e que as novas Resoluções do Conselho requerem maior proteção do consumidor turista e do proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos ou à distância.

Mister frisar, igualmente, que a Convenção de Roma sobre lei aplicável as obrigações contratuais de 9 de outubro de 1980 inclui os contratos de transporte, mas respeita as demais Convenções internacionais existentes sobre a matéria, como Convenções sobre transporte aéreo, ferroviário, marítimo etc.. E, em matéria de passageiros, sua norma de proteção do consumidor do Art. 5 não inclui os contratos de transportes (Art. 5,4), somente as viagens combinadas e pacotes turísticos (Art. 5,5). Aqui aplicável o Art.7 da Convenção que prevê a aplicação das normas imperativas do país do foro, também em benefício dos consumidores.²¹⁵

A convenção de Roma de 1980 será transformada em breve em Regulamento interno da UE,²¹⁶ uma vez que o Direito Internacional Privado (e o Processo Civil Internacional) passou a ser considerado matéria de competência subsidiária da UE, por

Convenção, como aquela executada entre pessoas domiciliadas ou sediadas em países diferentes. Evita-se, assim, que a vontade das partes, escolhendo uma lei estrangeira ou um foro estrangeiro, possa transformar um "contrato interno" em contrato internacional. De outro lado, porém, esta definição desconsidera como elemento importante para determinar a "internacionalidade" do contrato o lugar da execução das prestações.

²¹¹ Veja texto do Art. 5 anteriormente reproduzido neste trabalho.

²¹² JAYME/HAUSMANN, p. 116.

²¹³ Veja BRÖCKER, p. 53, comentando que em outras relações a preferência é para a prestação característica (Art. 4 da Convenção) não conveniente em caso de contratos de consumo.

²¹⁴ Neste sentido BRÖCKER, p. 53, que relata as críticas a este artigo e a sugestão de alguns autores alemães de se optar pela lei do lugar de "mercado de consumo".

²¹⁵ Veja BRÖCKER, p. 58 e seg.

²¹⁶ Assim JAYME, IPRAx 1999, p.413. Proposta de Regulamento que substituirá a Convenção de Bruxelas já encontra-se pronto, COM (1999)348final, publicado na íntegra in IPRAx 2000, p. 41 e seg.

enquanto, segundo informações, sua aprovação está sendo bloqueada pelo Governo Britânico e demorará ainda algum tempo.²¹⁷ Completa o sistema europeu de DIPr. de proteção do consumidor em contratos internacionais as normas de DIPr. presentes nas Diretivas.

Os trabalhos da Comissão de reforma da Convenção de Roma de 1980 ainda não estão prontos, mas a doutrina de DIPr. alemã já antecipa que serão apenas em três temas: 1. Inclusão do direito de mandato ou representação no campo de aplicação da Convenção, pois hoje o Art.1,2,letra f da Convenção o exclui; 2. Inclusão das normas de DIPr. hoje existentes nas Diretivas, especialmente nas diretivas de proteção do consumidor, a exemplo do novo Art. 29a da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBG), e 3. Modificação do Art.7 sobre normas de aplicação imediata (*Eingriffsnormen*) para considerar os avanços do DIPr. nesta área.²¹⁸ Como se vê, serão mínimas as reformas, mas todas com reflexos importantes no tema aqui tratado da defesa do consumidor, que está, sem dúvida, em evidência também na UE.

Quanto às Diretivas de defesa do consumidor contendo normas de DIPr. estão diretamente relacionadas com a projetadas reformas do Art. 7 da Convenção sobre aplicação imediata das normas imperativas materiais do país do foro e do país de residência habitual do consumidor. A aplicação das normas imperativas do foro continuarão sem mudanças (Art.7,2), mas as reformas pretendem esclarecer que a aplicação das normas imperativas do país de residência habitual do consumidor deverá acontecer somente se estas normas, além de visar a proteção do interesse do indivíduo, também representam interesses governamentais deste Estado (projetado Art.7,3).²¹⁹ Seria uma reforma mais ao estilo norte americano do atual *Restatement*, o que parece já estar acontecendo na prática, quando do convencimento dos juizes, portanto, de menor impacto. Importante, sim é o significado indireto da reforma, de uma clara hierarquia ou prevalência do Art. 7 em relação ao Art. 5 e 6 da Convenção. Da reforma nasceria a necessária hierarquia de aplicação inicial do Art. 7 da Convenção de Roma para só após o juiz aplicar o Art. 5, especial dos consumidores.²²⁰ A doutrina européia há muito discute se o juiz deve primeiro ter em conta as normas imperativas ou de aplicação imediata (ou de ordem pública internacional), normas materiais de proteção do indivíduo em geral, do país do foro, para só depois aplicar a regra de "favor consumidor", o Art. 5 da Convenção, que expressamente impõe a aplicação das normas imperativas do país de residência habitual do consumidor (geralmente também país do foro, em virtude da Convenção de Bruxelas), se mais favoráveis a ele neste contrato de consumo. A ordem e hierarquia destes artigos é polêmica e divide a doutrina, pois o Art. 7 é geral e o Art. 5 é específico, logo deveria ter preferência em casos de contratação de consumo.²²¹ A reforma esclareceria que o Art. 7 é uma espécie de "favor parte mais fraca" (inclusive dos

²¹⁷ Informação inoficial publicada pela redação, in IPRAx 2000, p. 164,V.

²¹⁸ Assim informa JUNKER, Abbo, *Empfehl es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrung zu präzisieren?*, in IPRAx 2000, p. 65.

²¹⁹ Assim sugere JUNKER, IPRAx 2000, p. 73: novo "Art. 7.(3) Eine Bestimmung, die ohne auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regelt, darf nicht nur dem Ausgleich oder dem Schutz privater Interessen dienen, sondern muss wesentliche politische, wirtschaftliche oder soziale Interessen des Staates schützen, desse innerstaatlichen Recht die Bestimmung angehört."

²²⁰ Assim conclui JUNKER, IPRAx 2000, p. 71.

²²¹ Assim a interpretação do governo alemão, que recebeu o art. 5 no Art. 29 EGBGB (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão) e o Art. 7 no Art. 34 EGBGB, veja JUNKER, IPRAx 2000, p. 67. Sobre a incorporação na EGBG alemã das normas da Convenção de Roma, veja BRÖCKER, p. 34 e seg.

não-consumidores), proteção dos direitos individuais,²²² e Art. 5, especial para consumidores, nos assuntos que trata. A prática jurisprudencial, pelo menos da Corte Federal Civil alemã, tem sido no sentido contrário: só aplica o Art. 7, quando o Art. 5, especial e portanto prevalente, não defende suficientemente o consumidor ou se mostra lacunoso.²²³ Particularmente, considero mais defensável está última posição, de preferência da regra especial do Art. 5 para contratação com consumidores e se este artigo se mostra lacunoso, o recurso ao Art. 7 da Convenção, na versão atual. A reforma terá que decidir qual o melhor caminho para a EU. Resta examinar as "Diretivas de DIPr.", como são chamadas.

JAYME/KOHLER destacam 5 Diretivas de proteção do consumidor que trazem normas específicas de DIPr., quais sejam a de cláusulas abusivas (Diretiva 93/13/CEE), a de time-sharing ou multipropriedade (Diretiva 97/47/CE), a de contração à distância (Diretiva 97/7/CE), a de garantias (Diretiva 1999/44/EC) e a de comércio eletrônico (Diretiva 2000/31).²²⁴

A primeira Diretiva de proteção do consumidor a conter normas específicas de DIPr. foi a de cláusulas abusivas de 1993 (Diretiva 93/13/CEE).²²⁵ Esta Diretiva traz em seu Art. 6, 2 uma norma unilateral de DIPr.,²²⁶ que foi bastante criticada por não definir, ao contrário do Art. 5 da Convenção de Roma, o que entende por "vínculo mais estreito".²²⁷ JUNKER entende que o Art. 6,2 é direito imperativo internacional no sentido do Art. 7,2 da Convenção de Roma devendo ter prioridade sobre o Art. 5.²²⁸ Outros autores a criticam por proteger o consumidor europeu frente à aplicação do direito de estados que não pertencem a UE, demonstrando certa desconfiança com relação à legislação de defesa do consumidor de países terceiros, enquanto a Convenção de Roma tratava da mesma forma a legislação de países terceiros e países da UE ou do Espaço Econômico Europeu, conectando apenas no nível de proteção do país de residência do consumidor.²²⁹ O texto da norma, em tradução livre, é o seguinte:

*"Art. 6. (2) Os Estados membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não perca a proteção assegurada por esta Diretiva, quando o direito de um Estado terceiro é escolhido para regular o contrato e o contrato possui um vínculo estreito com o território de um Estado Parte (da E.U.)."*²³⁰

²²² Segundo JUNKER, IPRACT 2000, p. 69.

²²³ Veja jurisprudência do BGH alemã, de 1993 a 1997, in JUNKER, IPRACT 2000, p. 67. O mesmo autor relata que, em matéria trabalhista, que tem norma especial de proteção do trabalhador no Art. 6 da Convenção de Roma de 1980, a prática da Corte Superior Trabalhista Alemã (BAG) tem sido em sentido contrário, de dar preferência ao Art. 7 sobre o Art. 6 da Convenção, in JUNKER, IPRACT 2000, p. 67. Crítica à posição do BGH de aplicação subsidiária do Art. 7, encontra-se também in EBKE, Werner F., *Schuldrechtliche Teileitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht: Zum Ende der Alfälle*, in IPRACT 1997, p. 270.

²²⁴ JAYME/KOHLER, IPRACT 1999, p. 411 a 413. Já JUNKER, IPRACT 1998, p.70 a 73 comenta apenas as Diretivas de cláusulas abusivas, de time-sharing ou multipropriedade e de garantias, como "de DIPr.", posição que não adotamos, pois a diretiva de contração à distância é bastante importante na proteção internacional dos consumidores, como demonstra hoje a diretiva especial sobre comércio eletrônico.

²²⁵ JUNKER, IPRACT 1998, p. 70.

²²⁶ Assim Jayme, IPRACT 1999, p. 412, JUNKER, IPRACT 1998, p.71 e BRÖCKER, p. 128.

²²⁷ Veja, por todos, BRÖCKER, p. 129.

²²⁸ Assim JUNKER, IPRACT 1998, p. 71.

²²⁹ Assim BRÖCKER, p. 127.

²³⁰ JUNKER, IPRACT 1998, p. 71.

A recepção ou transposição desta norma de DIPr. oriunda da Diretiva 93/13/CE causou muita polêmica, mas a Alemanha, por exemplo, modificou sua lei de condições gerais contratuais AGBGB e mudou o texto de sua norma de DIPr. nesta lei (§12 AGBG) e na lei sobre insolvência.²³¹ O novo parágrafo 12 da lei de condições gerais contratuais acabou tendo preferência - em caso de contratos de adesão - sobre o Artigo 29 da Lei de Introdução ao Código Civil alemão de 1987 (Art. 29 EGBGB), que era específico para a proteção dos consumidores e recebia textualmente o Art. 5 da Convenção de Roma.²³² Assim diminui o campo de aplicação dos mencionados Art. 5 e Art. 29 EGBGB, que permitiam ambos a escolha pelo juiz da lei de "melhor proteção do consumidor" (*Günstigkeitsprinzip*), em um verdadeiro "favor consumidor", isto quando se sabe que a proteção da Diretiva é apenas mínima ou *standard* e nunca quis ser a maior proteção...²³³

A segunda Diretiva que trouxe uma norma de DIPr. foi a referente ao time-sharing (Directiva 94/47/CE). Seu Art. 9, também de forma unilateral (quando o Art. 5 da Convenção é uma norma bilateral e atualizada),²³⁴ traz uma proteção não só para o adquirente mas para os demais usuários²³⁵ afirmando:

" Art. 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

*- "adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato."*²³⁶

*"Art. 9 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro."*²³⁷

A incorporação ou transformação desta Diretiva também foi bastante problemática.²³⁸ e o sistema tornou-se "excessivo, desnecessário e complexo"²³⁹ com a Diretiva sobre contratação à distância. A Diretiva 97/7/CE estabelece em seu Art. 12, 2 a seguinte norma unilateral²⁴⁰ de proteção dos consumidores europeus:

*Art. 12 (2). Os Estados membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não perca a proteção assegurada por esta Diretiva, quando o direito de um Estado terceiro é escolhido para regular o contrato e o contrato possui um vínculo estreito com o território de um ou mais Estados Parte (da E.U.)"*²⁴¹

²³¹ BRÖCKER, p. 131 e 174.

²³² Assim JUNKER, IPRAx 1998, p. 71 e 72.

²³³ Assim BRÖCKER, p. 132 e JUNKER, IPRAx 1998, p. 71, também JAYME, IPRAx 1999, p. 412 refere o texto da Finlândia como o que melhor preservou o equilíbrio entre o Art. 5 da Convenção e a Diretiva.

²³⁴ BRÖCKER, p. 135.

²³⁵ Assim crítica de BRÖCKER, p. 133.

²³⁶ Texto em espanhol oficial, LETE, p.345.

²³⁷ Texto em espanhol oficial, LETE, p. 348.

²³⁸ JAYME, IPRAx 1999, p. 412 noticia que cada país a transformou de forma diferente: a Itália e Espanha dão sempre a proteção da lei nacional, se o imóvel é lá localizado; Luxemburgo assegura a proteção de sua lei, mesmo se o imóvel está localizado fora da UE e do EEE; a Lei belga proibiria a escolha de leis fora dos países que assinaram a Convenção de Roma, Bruxelas e Lugano.

²³⁹ Assim se manifesta BRÖCKER, p. 136.

²⁴⁰ BRÖCKER, p. 136.

²⁴¹ Tradução livre do texto trazido por BRÖCKER, p. 135.

Esta norma é criticada por tentar (e conseguir) garantir uma proteção mundial dos consumidores através da imposição de um *standard* europeu, enquanto o objetivo da Convenção de Roma era permitir a autonomia da vontade e mesmo assim assegurar a melhor proteção dos consumidores europeus.²⁴² Parte da doutrina chega à conclusão que diretivas não são instrumentos aptos a harmonizar as regras de DIPr.²⁴³ A transformação desta Diretiva e da de time-sharing na Alemanha também foi muito criticada ao incluir um novo parágrafo na lei de Introdução ao Código Civil alemão, o Art. 29a EGBGB.²⁴⁴

Interessante notar que em todas as Diretivas a definição de consumidor sempre foi a da pessoa física que age fora de sua profissão, para fins privados, frente a um profissional.²⁴⁵ Discutia-se, na doutrina, a correção do limite contratual da proteção concedida pelas Diretivas. Note-se que a definição de "consumidor" beneficiário na caso da Diretiva sobre pacotes turístico e viagens combinadas de 1990 sempre foi outra, face a necessidade de proteger o destinatário final do serviço e o contratante, fato apoiado pela doutrina e que deve ser levado em conta em DIPr.²⁴⁶ Também a Diretiva de Time-sharing, que não deixa de tratar de uma espécie de turismo, amplia sua proteção ao usuário em geral. Isto bem demonstra os limites das regras especiais, como a do Art. 5 da Convenção de Roma de 1980 que foi recebido na Alemanha na Lei de Introdução em 1987 (EGBGB) e que depois das normas de DIPr. das Diretivas antes mencionadas teve que ser mudado, pois deixava sem proteção específica os viajantes em pacotes turísticos, que não fossem os contratantes, os usuários de time-sharing ou multipropriedade , que não fossem os contratantes originais e demonstrava outras lacunas. Se a regra do Art. 5 da Convenção de Roma de 1980 ainda não foi mudada, já houve uma mudança substancial na EGBGB com a introdução de um novo artigo especial para incorporar as regras de DIPr. das novas Directivas, o Art. 29a EGBGB. Se o Art. 29 EGBGB já era considerado complicado e pouco "sólido",²⁴⁷ o novo Art. 29a é ainda mais complexo e difícil, discrimina os direitos extra-europeus e leva, realmente, à aplicação do direito de países europeus complementar.²⁴⁸

²⁴² Assim BRÖCKER, p. 138.

²⁴³ Assim, como conclusão geral, BRÖCKER, p. 138 e JUNKER, IPRACT 1998, p. 74.

²⁴⁴ Assim JAYME, IPRACT 1999, p. 406, afirmando que o lugar de colocação do Art. 29a foi infeliz, ao impedir a utilização do Art. 36 sobre interpretação de normas comunitárias.

²⁴⁵ Assim LORENZ, Werner, *Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit*, IPRACT 1994, p. 429, excluindo a relação "Privado-Privado" ou "consumidor-consumidor", face ao campo de aplicação das diretivas, sempre voltadas para a atividade dos profissionais, fornecedores.

²⁴⁶ Assim também JUNKER, IPRACT 1998, p. 69.

²⁴⁷ Assim se manifestou JUNKER, citando Christian von BAR, in IPRACT 1998, p. 68.

²⁴⁸ "Art. 29a EGBGB. (1) Se a lei escolhida para regular um contrato não é de um Estado Membro da UE ou do Espaço Econômico Europeu, são também aplicáveis as normas das leis que incorporaram Diretivas de proteção dos consumidores (Leis de proteção do consumidor sobre Condições Gerais Contratuais, a Lei de Contratos à Distância e de Time-sharing), quando o contrato tenha um vínculo estreito com um ou mais países da União Européia-UE ou do Espaço Econômico Europeu-EEE. (2) Um vínculo estreito existe quando: 1. O contrato seja feito em virtude de uma oferta pública, publicidade ou atos negociais semelhantes realizados em um dos Estados da UE ou EEE. 2. A outra parte contratante, quando declarou a sua vontade ou aceitou a oferta, tenha domicílio nos países da UE ou EEE. (3) A lei sobre time-sharing é aplicável ao contrato, regido por uma lei de um país não membro da UE ou EEE., quando o imóvel localize-se em um Estado da UE ou EEE. (4) Diretivas de proteção do consumidor no sentido deste artigo são: 1. Diretiva 93/13/CEE...sobre cláusulas abusivas; 2. Diretiva 94/47/CEE sobre time-sharing; 3. Diretiva 97/7/CE sobre contratos à distância ..." Texto original em alemão, livremente traduzido, publicado in IPRACT 1999, p. [304] VII e in BGBL. Teil 1 Nr. 28, 29. Juni. 2000, p. 901.

Se este novo artigo da Lei de Introdução ao Código Civil alemão vem sendo criticado, a verdade é que a anterior incorporação da Convenção de Roma de 1980 não estava se mostrando suficiente para proteger os turistas, como os casos de time-sharing e de venda fora do estabelecimento comercial, chamados geralmente de casos "Gran Canaria" estavam a demonstrar.²⁴⁹ Além disso era necessário transformar as inúmeras Diretivas de DIPr.

Por fim, a Diretiva 1999/44/CE sobre garantias também trouxe uma norma de DIPr., confirmando a tendência de normas especiais e unilaterais novas a cada Diretiva de proteção do consumidor.²⁵⁰ O Art. 7,2 sobre garantias é semelhante aos das Diretivas anteriores e estabelece o seguinte:

*"Art. 7. (2) Os Estados membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não perca a proteção assegurada por esta Diretiva, quando o direito de um Estado terceiro é escolhido para regular o contrato, desde que o contrato possua um vínculo estreito com o território de um Estado Parte (da E.U.)"*²⁵¹

Note-se que a Diretiva 2000/31/CE visa a proteção dos consumidores e valorizar o fato que a transação *on-line* ocorre realmente no país de destino do serviço ou produto, país do consumidor e não no país de origem do serviço ou produto (Considerando nr. 22), mas traz um sistema de limites e exclusões bastante complicado. Em resumo, para consumidores não se aplica o princípio geral da lei do país de origem, lei do fornecedor. Para saber que lei se aplica aos contratos de consumo temos que recorrer ao regime geral das Diretivas (de cláusulas abusivas, contratação à distância e garantias), mais à Convenção de Roma de 1980. Isto porque a Diretiva expressamente anuncia, em seu Art. 1,4: "*Esta Diretiva não cria normas suplementares em Direito Internacional Privado, nem trata da jurisdição.*"²⁵² Segundo a doutrina dominante sobre a Diretiva de contratação à distância (e agora comércio eletrônico),²⁵³ a publicidade no país de residência habitual do consumidor através da Internet é suficiente para estabelecer o "vínculo mais estreito"²⁵⁴ e os requisitos dos Art.5 da Convenção de Roma e Art. 29 da EGBGB alemã: se aplicará a lei do país da residência do consumidor!

Como se observa as regras européias são muito limitadoras da autonomia da vontade em DIPr., são normas especiais (*Sonderrechte*) bastante protetivas dos consumidores, mesmo assim o Conselho ordenou sua mudança e um maior grau de proteção dos consumidores especialmente no que diz respeito à proteção do consumidor turista, também chamado de consumidor ativo e em matéria de contratação na sociedade de informação ou no comércio eletrônico.²⁵⁵

Retornando ao exame da Convenção do México de 1994-CIDIP V, conclui-se que nenhuma de suas regras traz a clareza do Art. 5º da Convenção de Roma de 1980 ou do atual sistema europeu, de Diretivas especiais para determinados tipos de contratos. Certo é que a doutrina latino-americana considera de forma quase unânime, que as regras nacionais

²⁴⁹ Sobre estes casos que se passavam com turistas alemães nas ilhas espanholas, em Portugal, mas também na Turquia e Tunísia, veja FIRSCHING/VON HOFFMANN, 376 (Rdn. 73).

²⁵⁰ Assim JAYME, IPRAx 1999, p. 412.

²⁵¹ Tradução livre do original alemã, in JAYME, IPRAx 1999, p. 412.

²⁵² No original, Art. 1,4: "*Diese Richtlinie schafft weder zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts, noch befasst sie sich mit der Zuständigkeit der Gerichte.*" Amtsbalt L 178/8, 17.7.2000.

²⁵³ Assim THORN, Karsten, Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, in IPRAx 1999, p. 4 e 5.

²⁵⁴ Neste sentido também VON BAR, p. 323 (Rdn. 437).

²⁵⁵ Assim informam JAYME/KOHLER, IPRAx 1999, p. 404.

de proteção do consumidor são de natureza de ordem pública internacional e, portanto, estariam incluídas na exceção do Art. 11 da CIDIP V, evitando assim qualquer prejuízo aos consumidores da região pelas conexões mais "flexíveis" e de autonomia da vontade dos outros artigos da CIDIP V de 1994.²⁵⁶ Efetivamente, o Art. 11 da CIDIP tenta contemporizar a situação, dando preferência às normas imperativas da *lex fori*, com o seguinte texto: "*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será a discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*"²⁵⁷

Assim, se as normas nacionais de proteção dos consumidores são geralmente consideradas nos países interamericanos como sendo de ordem pública internacional, *lois de police* ou normas imperativas do tipo "lei de aplicação imediata", não haveria necessidade de uma convenção sobre o tema, o consumidor domiciliado ou nacional de um país estaria sempre protegido pela aplicação provável destas normas. Este Art. 11 da CIDIP-V, porém, não é suficiente para a efetiva proteção do agente mais fraco, pelas duas razões antes expostas: 1. Deixa o consumidor turista, que sempre compra de forma "internacional" sem proteção especial qualquer, pois litigará normalmente em foros estranhos, pois a norma do Art. 11 da CIDIP assegura ao turista apenas a proteção da lei de proteção do consumidor do país que visitou. Se litigar em seu país poderá ter a proteção de suas leis materiais de defesa do consumidor. 2) Deixa o consumidor interamericano sem proteção especial, quando contrata a distância ou por comércio eletrônico. Isto porque, não é certo que as normas imperativas ou de ordem pública do país de domicílio do consumidor serão aplicadas por "discreción"²⁵⁸ do juiz do foro competente, geralmente o do fornecedor.

Concluindo, a opção da CIDIP V em matéria de elementos de conexões e técnica legislativa, apesar de atuais e conforme a *lex mercatoria*, não me parecem adequadas e suficientes para a matéria de proteção dos consumidores da região

Conclusão : Sugestão de futura Convenção CIDIP

Os ensinamentos da doutrina, das Convenções ora existentes sobre contratos internacionais e a própria *ratio* da norma do Art. 11 da CIDIP-V, que tenta dar preferência a normas imperativas locais do foro em relação a lei escolhida pelas partes, nos faz concluir que regionalmente (assim como universalmente), a proteção do consumidor sempre foi tema a separar-se do comércio internacional normal e deve ser tratada em DIPr. com conexões mais seguras, previsíveis e positivas para o agente mais fraco. Repita-se aqui a famosa frase de NEUHAUS: "*A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado perde seu sentido - assim como a liberdade contratual em direito material - se passa a ser instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes.*"²⁵⁹

²⁵⁶ Veja por todos HERNÁNDEZ-BRETÓN, IPRAx 1998,384, comunicando também a entrada em vigor da CIDIP V entre México e Venezuela em 14.1.1997, IPRAx, p. 379.

²⁵⁷ OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I e II, 1996, p. 29.

²⁵⁸ OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I e II, 1996, p. 29.

²⁵⁹ Repita-se a bela frase no original: "Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit-, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.", NEUHAUS, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, p. 172 *apud* von HOFFMANN, p. 396.

Concluo, portanto, da necessidade da OEA elaborar uma convenção especializada sobre a proteção do consumidor, estabelecendo elementos de conexão e normas especiais para este fim e aproveito o estudo aqui realizado para propor que o Comitê Jurídico Interamericano-CJI/OEA estude a conveniência de elaborar uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre alguns contratos e transações com consumidores. Neste sentido, inspirada no pequeno projeto de Convenção de Haia de 1980²⁶⁰ e nos ensinamentos da doutrina atualizada, apresento para crítica algumas sugestões de regras:

Proposta de Convenção CIDIP

I - REGRAS GERAIS

Campo de aplicação

Art. 1 - Definição de Consumidor

1. Consumidor para efeitos desta Convenção é qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações abrangidas por esta Convenção, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional.
2. Consideram-se consumidores também os terceiros pertencentes a família do consumidor principal ou os acompanhantes outros, que usufruam diretamente dos serviços e produtos contratados, nos contratos abrangidos por esta Convenção, como destinatários finais destes.
3. Para o caso de contratos de viagens e de multipropriedade, considerar-se a consumidores:
 - a. o contratante principal ou pessoa física que compra ou se compromete a comprar o pacote turístico, a viagem ou o time-sharing para o seu uso próprio;
 - b. os beneficiários ou pessoas terceiras em nome das quais compra ou se compromete o contratante principal a comprar a viagem ou o pacote turístico e os que usufruem da viagem ou da multipropriedade por algum espaço de tempo, mesmo não sendo contratantes principais;
 - c. o cessionário ou pessoa física a qual o contratante principal ou o beneficiário cede a viagem ou pacote turístico ou os direitos de uso;
4. Se a lei indicada aplicável por esta convenção definir de forma mais ampla ou benéfica quem deve ser considerado consumidor ou equiparar outros agentes a consumidores, o juiz

²⁶⁰ O projeto de convenção previa apenas 10 artigos e as seguintes conexões: autonomia da vontade (Art. 6, frase 1), mas a lei escolhida pelas partes não poderia privar o consumidor da proteção que lhe asseguram as normas imperativas do país de sua residência habitual (Art.6, frase 2 do Projeto), as condições relativas à existência, à validade e à forma do consentimento seriam regidas pela lei do país de residência habitual do consumidor no momento da declaração. (Art.6, 4 frase), na falta de escolha pelas partes, a lei aplicável seria a lei do país de residência habitual do consumidor (Art. 7 do projeto), a capacidade das partes e os efeitos dos contratos não seriam regidos pela *lex contractus* e sim seriam questões independentes (Art. 9) e a reserva de ordem pública típica da Conferência de Haia (Art. 10: "*L'application d'une loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.*"). Veja VON MEHREN, *Textes adoptées*, p. 2 e 3.

competente pode ter em conta esta extensão do campo de aplicação da convenção, se for mais favorável aos interesses do consumidor.

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 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 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 e a lei do domicílio do consumidor.

Art. 3 Normas imperativas

1. Não obstante o previsto 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 negocial, de marketing, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspondências, e-mails, prêmios, convites, manutenção de filial ou representantes e demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços e atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente àquelas do foro e à lei aplicável ao contrato ou relação de consumo.

Art. 4. Cláusula escapatória

1. A lei indicada como aplicável por esta Convenção pode não ser aplicável em casos excepcionais, se, tendo em vista todas as circunstâncias do caso, a conexão com a lei indicada aplicável mostrar-se superficial e o caso encontrar-se muito mais vinculado estreitamente a outra lei, mais favorável ao consumidor.

Art. 5 . Temas excluídos

1. Ficam excluídos do campo de aplicação desta convenção:

- a. Os contratos de transporte regulados por Convenções Internacionais;
- b. Os contratos de seguros;
- c. As obrigações contratuais excluídas expressamente do campo de aplicação da CIDIP V sobre contratos internacionais .
- d. os contratos comerciais internacionais entre comerciantes ou profissionais;

e. os demais contratos e relações de consumo, e as obrigações daí resultantes, envolvendo consumidores regulados por convenções específicas;

II - PROTEÇÃO EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 6 - Contratos de viagem e turismo

1. Os contratos de viagem individual contratados em pacote ou com serviços combinados, como grupo turístico ou conjuntamente com outros serviços de hotelaria e/ou turísticos serão regulados pela lei do lugar do domicílio do consumidor, se este coincidir com a sede ou filial da agência de viagens que vendeu o contrato de viagem ou onde foi feita a oferta, publicidade ou qualquer ato negocial prévio pelo comerciante, transportador, agência ou seus representantes autônomos.
2. Nos demais casos, aos contratos de viagem individual contratados em pacote ou combinados, como grupo turístico ou conjuntamente com outros serviços de hotelaria e/ou turísticos será aplicável a lei do lugar onde o consumidor declara a sua aceitação ao contrato.
3. Aos contratos de viagem, não regulados por convenções internacionais, concluídos através de contratos de adesão ou condições gerais contratuais, será aplicável a lei do lugar onde o consumidor declara a sua aceitação ao contrato.

Art. 7 - Contratos de multipropriedade ou time-sharing

1. As normas imperativas de proteção dos consumidores do país de localização física dos empreendimentos de lazer e de hotelaria que utilizem-se do método de venda, de uso ou de habitação em multipropriedade ou time-sharing, localizados nos Estados Partes, aplicam-se cumulativamente a estes contratos, a favor dos consumidores.
2. As normas do país em que for realizada a oferta, a publicidade ou qualquer atividade de marketing, como telefonemas, convites para recepções, reuniões, festas, o envio de prêmios, sorteios, estadias ou vantagens gratuitas, dentre outras atividades negociais dos representantes ou dos proprietários, organizadores e administradores de time-sharing ou multipropriedade ou a assinatura de pré-contratos ou contratos de multipropriedade ou direito de uso/aproveitamento por turno de bens imóveis, deverão ser levadas em conta a favor do consumidor, quanto à informação, o direito de arrependimento e seus prazos, bem como as causas de rescisão do contrato ou pré-contrato, assim como determinarão o exato conteúdo do contrato acertado e a possibilidade ou não de pagamento ou de assinatura de boletos de cartões de crédito neste período.