

DOCTRINA

A CONVENÇÃO DE BERNA E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A. FERRER CORREIA

I

1. A Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais foi assinada em 19 de Junho de 1980 pelos Estados membros da CEE. É um dos mais importantes instrumentos através dos quais a CEE intenta levar a cabo uma das suas primordiais tarefas, que é a unificação do direito (nas áreas de tal suscetíveis, se não para tal vocacionadas) nos países que a integram ou venham a integrar. Todos intuem quanto o cimento de instituições jurídicas comuns (ainda que só parcialmente, pelo menos na fase atual) poderá contribuir para a edificação da nova Europa.

A Convenção não entrou ainda em vigor: só entrará no 1º dia do 3º mês após o depósito do 7º instrumento de ratificação, sendo certo que até à data unicamente cinco Estados a ratificaram. A adesão de Portugal está prevista para breve.

Resultou ela de uma iniciativa dos Estados do Grupo Benelux, que em 1967 apresentaram à Comissão das Comunidades Europeias uma proposta de unificação dos sistemas de DIP em vigor nos países da comunidade. Anos mais tarde, já em

1978, reconhecia-se serem diminutas as probabilidades de adesão dos Estados a uma convenção de tão vasto âmbito e resolvia-se limitar os trabalhos à matéria dos contratos, matéria das de importância prática maior, para mais numa comunidade que se diz fundamentalmente econômica.

2. O objetivo precípua da Convenção de 1980 é criar no direito nacional dos Estados membros da CEE um conjunto de regras *uniformes*, pelas quais se resolvam os conflitos de leis em matéria de contratos internacionais, isto é, conexos com, pelo menos, dois Estados e outros tantos ordenamentos jurídicos, como p. ex. contratos em que ambas as partes são estrangeiros (ou uma delas, pelo menos, é um estrangeiro) no país onde a questão se suscita, ou têm o seu domicílio no estrangeiro; contratos celebrados ou a executar num país estrangeiro. Tratando-se de casos em que vários ordenamentos jurídicos se apresentam com vocação para governar o ato e a relação dele emergente, há necessidade de um critério de decisão deste conflito.

Tal é justamente o escopo da referida Convenção: dirimir os conflitos de leis na área indicada — com a particularidade de as normas que ela estabelece se destinarem a constituir, nos Estados que a ratificarem, direito *comum* ou *geral*. Ou seja: não estará a sua aplicabilidade em concreto dependente do fato de os contraentes pertencerem, por nacionalidade ou por domicílio, a um Estado da CEE. A Convenção de Roma de 1980 visa criar nos países da comunidade um DIP *uniforme* no domínio dos contratos. *Uniformidade que não existia nos anos 70, nem existe ainda hoje de modo perfeito*. Se há texto legal expresse a consagrar um princípio comum — isto é, a *possibilidade de escolha da lei pelos contraentes* — na Itália, Grécia, Portugal, Espanha e RFA (só a partir de 1986), já na França, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda e Dinamarca não existe texto algum. E se bem que na maioria destes países a jurisprudência seja *a favor* da aceitação daquele referido princípio (em França desde o acórdão da Cour de Cassation de 5-12-1910, no caso *American Trading Co. c. Quebec Steamship Co. Limd.*, na Holanda desde 1966, com a

decisão do S. T. no caso *Alnati*, na Inglaterra com a decisão no caso *Vita Food Products*, 1939), o certo é que regras de puro direito consuetudinário ou meros precedentes judiciais não dão garantias de certeza idênticas às de um corpo de normas de direito escrito. Demais que a simples admissão do princípio da autonomia da vontade não basta para que possamos considerar resolvidos todos os problemas que emergem neste tão importante capítulo do DIP: o dos contratos internacionais.

3. São muito relevantes as vantagens do sistema adotado pela Convenção: o da adoção de regras uniformes com *vocação universal*.

— Por ele se torna *certo* o direito de cada Estado e se aligeira a tarefa dos tribunais (que não têm de se haver senão com um corpo único de normas de DIP e não com dois: o de direito convencional a par de outro de fonte estadual).

— Por ele se favorece, nesta medida, a *previsibilidade* das decisões judiciais e a *harmonia internacional de julgados* na área das obrigações *ex contractu*.

— Através da supressão de divergências entre os sistemas de conflitos nacionais, por ele se elimina o conhecido fenômeno do *forum shopping*, que se traduz em andarem os futuros litigantes à procura da jurisdição (do foro) que *previsivelmente resolverá a demanda*, em virtude das regras de conflitos que vigoram no seu país, *pela lei de direito material que melhor sirva aos seus interesses*.

II

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E MAIS IMPORTANTES REGRAS DA CONVENÇÃO

4. Findo o introito, passemos a considerar mais de perto o sistema de normas instituído pela Convenção.

Começarei por vos dizer que dela se destacam os seguintes princípios gerais que dominam o sistema e de algum modo

o sintetizam. O primeiro é o da *autonomia da vontade* (a), o segundo o da *conexão mais estreita ou mais significativa* (b), o terceiro o da *proteção devida à parte mais fraca* (c), o quarto o da *relevância de disposições de uma outra lei* que não a indicada pela norma de conflitos (a *lex causae*), quando rigorosamente *imperativas* e aplicáveis mesmo ao caso de espécie (d).

5. A característica fundamental da Convenção é a ampla sanção que dá ao princípio a que já temos aludido: o da *autonomia da vontade* (art. 3 — 1). Aplicável ao contrato será a lei que os *contraentes tiverem designado* (escolhido) por forma expressa ou mesmo tácita (contanto que, neste último caso, a escolha resulte com segurança das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa; o que só revela a preocupação de negar relevância a uma vontade hipotética ou baseada em conjecturas).

A autonomia da vontade em matéria de contratos é hoje regra de DIP geralmente reconhecida (não só nos Estados da CEE), ao menos na sua idéia primordial. Em Portugal, consagra-a *expressis verbis* o art. 41^o do C. civ.¹ Baseia-se o princípio em duas ordens de razões. De um lado, a *extrema dificuldade de encontrar*, quer para os contratos em geral, quer para as várias espécies ou tipos contratuais, um *critério objetivo* cuja racionalidade se imponha. De outro lado, a circunstância de ser este, tradicionalmente, o campo de eleição da *liberdade individual* ou *autonomia privada*, da *livre disposição por cada qual dos seus direitos*. Os indivíduos gozam aí de vastos poderes enquanto à *conformação do conteúdo das relações jurídicas* que entre si estabelecem. Se é assim, porque não lhes consentir que escolham a seu talante a lei aplicável, que definam a lei mais apropriada ao caso, quer por ter com ele a *ligação* que achem *mais estreita*, quer inclusive por ser nela

¹ Quanto ao direito brasileiro, diz VALLADÃO que sempre adotou o princípio da autonomia na matéria que consideramos aqui (DIP I, 5^a ed., p. 366). Cf. art. 51.^o do Projeto do Código de Aplicação das Normas Jurídicas (1970), que quase reproduz na íntegra o art. 4.^o, n.^o 1, do Cód. Com. Português.

que encontrem o tipo de *regulamentação jurídica mais conveniente?*

No entanto, diga-se desde já que a *fundamentação teórica* da autonomia da vontade em DIP se não obtém por simples *transposição* ou *prolação* da autonomia privada enquanto princípio — princípio basilar, mesmo hoje — do direito privado interno. São idéias próximas, todavia diferentes.

Vejamos então qual o *modo de fundamentar teoreticamente* a regra da autonomia da vontade no direito internacional privado dos contratos.

6. *Observação liminar.* Conceder às partes a faculdade de escolher a lei aplicável *não é o mesmo que colocar a sua vontade acima da lei.* A vontade privada não é fonte originária de direito: só pode surtir os *efeitos a que uma norma ou princípio de direito* como tal reconhecido *dê sanção.*

Desta proposição, que se tem por verdadeira, tirava certa doutrina (fins do séc. XIX, 1º quartel do atual) a ilação de que às partes só é lícito proceder à determinação da lei aplicável no espaço coberto por normas *não imperativas* de um sistema jurídico previamente definido como competente. Esta doutrina teve por máximo representante em Portugal (nos anos 20) Machado Villela, grande mestre da nossa Faculdade de Direito e o fundador do DIP português.¹

Essa doutrina é, porém, inaceitável. Dá por demonstrado o que o não está, ou seja, a inexistência de uma norma, que só pode ser evidentemente uma norma de DIP, pois que é dessa matéria que se trata (e que só na lei do foro, segundo as idéias geralmente aceitas, pode pesquisar-se), de onde justamente deriva a atribuição aos contraentes do poder de escolherem eles a lei. Uma tal norma pode perfeitamente existir e até já vimos que existe.

¹ A opção só podia dar-se relativamente a normas supletivas dentro de uma lei imperativa. Esta opinião influenciou EDUARDO ESPÍNOLA e RODRIGO OCTÁVIO (VALLADÃO, *ibidem.*).

7. Há, porém, outro ponto a esclarecer, qual o do verdadeiro significado que a doutrina autonômica reconhece à vontade.

Defrontam-se aqui duas concepções: a *subjetivista* e a *objetivista*.

A) Para a 1ª concepção (é verdade que na visão talvez deformada dos seus críticos), *escolher a lei é como fixar os termos do contrato. A lei integra o contrato — ou este incorpora a lei. Portanto, não é da lei, mas da vontade, que o contrato tira a sua força vinculante.*

Corolários:

1) É possível *fixar* a escolha nas normas vigentes no sistema jurídico designado ao tempo da designação, com exclusão de quaisquer outras que no futuro as venham substituir mesmo com efeitos relativamente aos contratos em curso (convenção dita de *estabilização* ou *petrificação*); o que, porém, não pode admitir-se.

Certo que a prorrogação da vigência de uma norma é fenômeno conhecido. Só que aqui a *prorrogação derivaria da vontade*: a norma seria aplicável, como norma legal, apesar de ter perdido a sua vigência no ordenamento jurídico respectivo — *de já não ser norma de uma lei*, de qualquer lei. Com a mesma razão teria então de admitir-se como válida a referência a um direito *já revogado* no próprio momento da estipulação, ou a um direito “morto” (p. ex., o direito romano), ou ao *direito internacional público*, ou aos *usos e costumes da prática internacional*, a chamada *lex mercatoria*.

Evidentemente, nada obsta a que num tratado internacional, que institui, p. ex., um banco internacional de pagamentos, exista uma cláusula remetendo para o direito interno de um determinado Estado a disciplina do funcionamento do banco. Mas isto é assim porque nem o banco nem o tratado que o cria ficam sujeitos por isso ao direito desse Estado, pois é do *direito internacional público* que inteiramente dependem — é este o seu estatuto —, não sendo a referida remissão mais do que uma simples cláusula *material*, de *incorporação* ou *integração*.

2) É possível excluir do âmbito da referência algumas disposições do sistema jurídico referido, a despeito de se tratar de normas imperativas (*jus cogens*), o que é o mesmo que pôr a vontade — e o seu produto, o contrato — *acima da lei*. E se o contrato viola algum preceito imperativo da lei escolhida, resultando da infração nulidade, deve considerar-se tacitamente excluído da referência o preceito “infringido”.

3) Última conseqüência a que logicamente nos leva o conceito fundamental do subjetivismo — “não é a lei que rege o contrato, antes a verdade é o contrato incorporar a lei” — é a admissão do contrato que efetivamente *nenhuma lei governa*, que vive *liberto de todo o constrangimento legal*, em suma, do contrato *apátrida*, do contrato “sem lei”, pois que inteiramente regulado pela convenção das partes.

8. Só que nada disto é concebível.

1) Todo o contrato se integra num determinado *meio jurídico* e deve ajustar-se às leis aí em vigor. Essas leis refletem as idéias dominantes em assuntos tão importantes como, desde logo, a própria formação e defesa da vontade negocial, a proteção da parte que as circunstâncias colocam em situação de maior e/ou especial vulnerabilidade (o trabalhador, na relação laboral, o consumidor no mundo da concorrência empresarial desenfreada em que vivemos, o que simplesmente adere a um padrão contratual cujas cláusulas são estabelecidas pelo outro contraente: cláusulas contratuais gerais). Essas leis visam ainda a tutela de outros interesses gerais de importância premente, tais como a livre concorrência, o crédito público, a estabilidade da moeda.

Como admitir que as partes possam subtrair-se ao império de tais normas?

2) Sem uma lei como referência, como poderia o juiz determinar se um contrato realmente se formou, com vontade esclarecida e firme?

Sabido como os critérios interpretativos dos negócios jurídicos variam de uma legislação para outra, como resolver em sede judicial, sem recurso a uma lei, em tantos e tantos casos,

os problemas de qualificação e interpretação do contrato? Como saber se houve incumprimento imputável a um dos contraentes e que conseqüências jurídicas decorrem do incumprimento?

9. B) Tudo quanto pode conceder-se às partes — e chegamos agora à 2ª concepção, a *objetivista* — é a faculdade de “localização” do negócio jurídico. Escolhendo a lei, os contraentes dizem apenas *qual o meio jurídico* em que, a seu ver, o contrato se integra.

Nesta visão das coisas, a vontade tem o simples valor ou desempenha o simples papel de um *elemento de fato* que, ao lado de outros, permitirá *indiciar* a verdadeira *localização, sede* ou *centro de gravidade* do contrato e, por via de conseqüência, determinar a lei que o há-de reger. Que o há-de reger tanto através das suas disposições *atuais* como *futuras*. Só nos pontos a que na lei da sede do ato correspondem regras meramente supletivas pode admitir-se como válida uma referência exclusiva às primeiras, ou a direito já revogado.

De resto, toda a referência a uma lei tem de valer como sendo feita a um *living and changing body of law* (WOLFF).

10. C) É chegada a ocasião de dizer do fundamento das *críticas* à teoria *subjetivista* e do valor da *idéia axial da tese que se lhe contrapõe* (BATIFFOL).

1) Sem dúvida que a figura do contrato liberto de todo o constrangimento normativo é de repudiar, pelo que foi dito; e o mesmo se diga das suas formas larvadas. Nesta medida há, pois, que dizer *não* à teoria *subjetivista*.

2) Em contrapartida, corresponde a uma tendência de longe dominante na doutrina, nas codificações internas e no direito convencional a *dispensa de uma conexão* entre o contrato e a lei escolhida. É esta sem qualquer dúvida a orientação a que adere a Convenção de Roma de 1980. A escolha pode inclusive ser determinada por verem as partes vantagem em poder aproveitar da regulamentação estabelecida para o contrato por tal ou tal lei: v.g., por se tratar de um tipo de ne-

gócio jurídico que as demais legislações não conhecem ainda, ou que só imperfeitamente regulam; por ser essa a lei que oferece as soluções mais razoáveis ou tecnicamente mais perfeitas (é o caso do ordenamento inglês em matéria de direito marítimo). Quando mesmo a regra de conflitos exija (como o faz o art. 41º, 2, do nosso Cód. civil) que os contraentes se tenham motivado por um interesse "sério" (atendível, digno de tutela jurídica), deve essa exigência ser entendida em termos de grande abertura.

3) Na falta de tal restrição, poderá intervir a reação contra a *fraude à lei*, e a escolha será ineficaz. Assim, porventura, no caso apontado por BATIFFOL: A, francês, e B, belga, celebram um contrato a executar integralmente na França e na Bélgica, e estipulam a competência exclusiva do direito holandês, comprovadamente com o único fito de se furtarem a determinado preceito imperativo das leis belga e francesa. Mas esta solução não é líquida.

4) Por outro lado, não deverá admitir-se em geral a invalidação da *electio iuris* com o único fundamento ou a pretexto de ser outra a verdadeira localização do contrato. Tal poder concedido ao juiz inutilizaria *uma das vantagens* do princípio da autonomia, que é justamente *pôr cobro à incerteza reinante* em matéria de critérios objetivos de designação da lei reguladora dos contratos.

A conclusão última que ressaí do exposto é que, se as conseqüências da adoção do subjetivismo, que aponteí, são de repudiar, não deixa de ser verdade que a designação da lei aplicável tem realmente o significado e o valor de uma *eleição ou escolha* do direito regulador do contrato (*electio iuris*). Simplesmente, esta faculdade é limitada por certos outros valores, que na axiologia jurídica suplantam o da liberdade ou autonomia privada.

11. Conformando-se com a orientação prevalecente, a Convenção de Roma *não exige*, como pressuposto da validade da eleição do direito, que exista uma *conexão* (relevante) entre a lei e o contrato. Do nosso conhecimento, esse requisito só é atualmente prescrito (referimo-nos apenas aos países eu-

ropeus) pela Polônia (Lei sobre o DIP de 1965) e a Espanha (Cód. civ. com a redação que ao art. 10º do título preliminar do Cód. civ. foi dada em 31-5-1974). O art. 3º, 1 da Convenção, limita-se a dizer que “o contrato é regido pelo direito escolhido pelas partes”. Tão pouco nos aparece aí qualquer alusão ao requisito do interesse “sério”, que (como vimos) o Cód. civ. português estabelece (o critério fundamental para ajuizar da validade da escolha da lei é o da seriedade ou atendibilidade do interesse que a ela tenha presidido: v. os nossos *Temas*, p. 235).

12. É pressuposto da faculdade de escolha da lei do contrato que este esteja em conexão com, pelo menos, dois Estados e dois sistemas de direito; aliás não haverá conflito de leis, nem, por conseguinte, matéria a regular pelo DIP.

Não há, porém, razão para negar todo o efeito a uma convenção que, mesmo na ausência de um conflito de legislações, remeta para o direito civil ou comercial de certo país. Simplesmente, o contrato continuará sujeito (como se convenção não houvera) *ao direito imperativo do único Estado* a cuja vida sócio-jurídica pertence. Num contrato de empreitada entre duas empresas portuguesas, pelo qual uma delas (o empreiteiro) se obriga a construir para a outra, em Coimbra, um edifício com certas características e destinação, não é impossível estipular, quanto p. ex. aos direitos e obrigações de empreiteiro e dono da obra, a aplicabilidade da lei de um país estrangeiro. Contudo, esta cláusula não pode evitar a aplicação das regras do Cód. civ. português atinentes à referida matéria que se entenda não serem derogáveis por via de contrato. A referência à lei estrangeira não será neste caso mais do que uma simples referência *material*, não de direito conflitual. O efeito da cláusula *não consiste* em colocar o negócio jurídico *na órbita da lei estrangeira*, mas tão-só em incorporar no contrato certas das suas disposições.

Parece ser este o alcance do nº 3 do art. 3º da Convenção, embora a leitura do relatório de GIULIANO e LAGARDE levante alguma dúvida a esse respeito.

13. *Limites à determinação pelos contraentes da lei aplicável.*

A Convenção estabelece tais limites em dois grupos de casos: contratos concluídos pelos consumidores (de um produto final) e contratos individuais de trabalho. No nosso direito encontramos alguns outros casos, como p. ex. o do contrato de agência.

O 1º caso é regulado pelo art. 5º, que começa por nos dar a definição do que deve entender-se por um contrato concluído por um consumidor. Se o contrato que as partes submeteram a determinada lei tem por objeto o fornecimento de coisas móveis corpóreas ou de serviços a uma pessoa para um fim que possa ser considerado estranho à sua atividade profissional, ou se se destina ao financiamento de tal fornecimento, a escolha da lei aplicável *não poderá ter como efeito privar o consumidor da proteção* que lhe asseguram as regras imperativas da lei do país da sua residência habitual. Só que para tanto faz-se mister que determinadas condições se verifiquem: são as enumeradas no nº 2 do cit. art. 5º.

Esta norma integra-se no conjunto daquelas que formam o chamado direito do consumidor. (A proteção do consumidor intervém no domínio das relações entre, de uma parte, um indivíduo ou pessoa jurídica que, fornecendo objetos móveis corpóreos, serviços ou crédito, o faz no quadro da sua atividade profissional e, de outra parte, uma pessoa que adquire tais bens para uso particular, mesmo que seja, também ela, industrial, comerciante ou profissional livre.)

Disposição semelhante é a do art. 6º, relativa ao *contrato individual de trabalho*: a aplicação da lei escolhida não poderá ter por efeito privar a parte que de um ponto de vista sócio-económico é de considerar como sendo a mais fraca na relação contratual — isto é, o trabalhador — da proteção que lhe conferem disposições imperativas de uma das seguintes leis: a) a do país onde o trabalhador, ao executar o contrato, realiza habitualmente o seu trabalho; b) se o trabalhador não realiza habitualmente o seu trabalho no mesmo país, a lei do Estado em cujo território se encontra a empresa que contra-

tou o trabalhador (a menos que do conjunto de circunstâncias do caso resulte que o contrato apresenta laços mais fortes com outro país). E assim vemos como a Convenção de 1980 se mostra sensível ao *princípio da proteção da parte mais fraca*.

14. Outros limites à aplicação da lei escolhida (normas de aplicação necessária ou *lois de police*). Levanta-se a questão de saber se, havendo numa lei que não a escolhida, normas que pela sua natureza e fins pretendem aplicar-se seja qual for a lei reguladora do contrato, deverá conceder-se *alguma relevância* a tais normas.

Há no momento atual uma certa tendência para tomar em consideração essas chamadas normas de *aplicação necessária* de uma lei que não é a *lex causae* (v. acórdão do S. T. da Holanda no caso Alnati, o art. 13º da L. U. instituída pelo Tratado Benelux, o art. 19º da Lei federal suíça sobre o DIP, de 18-12-1987, o art. 16º da Convenção da Haia de 14-3-1978: contratos de mediação, representação). Nela se integrou também a Convenção a que nos estamos referindo, através da disposição do seu art. 7º, nº 1.

Note-se que a doutrina em questão é assaz polémica — e aí temos o fato de a Lei alemã de 25-7-1986, que nesta matéria da lei aplicável aos contratos incorporou todas as regras da Convenção de Roma, ter afastado a do nº 1 do art. 7º.

Efetivamente, é preciso que essa lei, que não é a *lex causae* (que não é a lei escolhida), tenha com a situação a regular uma *conexão estreita* — conceito este cuja extrema imprecisão é ocioso acentuar.

Depois, é mister interrogar o sistema jurídico de que essas normas imperativas fazem parte, para saber se elas são efetivamente aplicáveis, dado o seu conteúdo e função nesse sistema, à situação controvertida.

Outra dificuldade (que não será a última): que sentido atribuir às expressões “poderá conceder-se efeito às disposições imperativas...”? Segundo a interpretação mais seguida, tais expressões significam que o juiz *deve combinar* essas

disposições imperativas com as da lei normalmente aplicável ao contrato. A simples intuição nos diz ser esta tarefa extremamente delicada e difícil.

15. Por que lei aferir a validade da *electio juris*?

A *lex fori* parece pouco indicada, pela possível inexistência de contatos significativos (ou mesmo de todos e quaisquer contatos) entre essa lei e a situação a regular. O argumento de que é pelo DIP da *lex fori* que se determina em geral a concretização dos elementos de conexão não é decisivo. A nacionalidade, pelo menos, foge à regra, já que é segundo as leis do país a que pessoa diz pertencer, não segundo as leis do país do tribunal, que esta questão se resolve. Talvez se deva dizer o mesmo do domicílio.

Porque não há-de ser a própria lei designada pelos contraentes a competente para decidir da validade ou nulidade da escolha — e, assim, do momento da perfeição do acordo e da existência e relevância de vícios do consentimento? A objeção da *petitio principii* é espetacular, mas não mais do que isso. Por que motivo deveremos considerar, liminarmente, as regras da *lex fori* mais apropriadas do que as da lei indicada pelas partes para resolver o problema do momento da perfeição do acordo de vontades? E não seria chocante julgar o acordo não formado por assim resultar da concepção adotada pelo legislador do foro em relação aos negócios entre ausentes, para concluir que, todavia, o contrato está fechado em face da lei declarada subsidiariamente aplicável pelo DIP da *lex fori*? Pelo que concerne aos vícios do consentimento, cabe dizer que, em regra, só determinam a anulabilidade da declaração negocial e que esta terá, portanto, valor jurídico enquanto não for anulada judicialmente.

Há, porém, um caso que merece ser especialmente considerado. Esse caso é aquele em que se levanta o problema não da existência de um vício, senão da do próprio consentimento. Trata-se, em suma, de saber se o comportamento de uma das partes assume o significado jurídico de uma declaração ou manifestação de vontade. A hipótese mais vulgarmente considerada — mas não a única — é a do silêncio. Em que con-

dições pode o silêncio de um dos contraentes ter o valor de consentimento em relação à proposta de eleição de determinado sistema jurídico para igualar o contrato.

De harmonia com o art. 8º, nº 2, da convenção, a parte que pretende não ter dado o seu consentimento poderá apoiar-se para tanto nas disposições da lei da sua residência habitual — mas só quando resultar das circunstâncias do caso que não seria razoável determinar o efeito do seu comportamento à face da própria lei supostamente escolhida.

O problema do valor de declaração vinculativa do silêncio (ou de outra forma de comportamento) poderá, pois, em certas circunstâncias, resolver-se por aplicação de uma lei que, não sendo a *lex fori*, nada tenha a ver com a postura *electio juris*.

16. *Lei aplicável na falta de escolha.* Os contraentes podem não fazer uso da faculdade de escolher a lei, assim como pode suceder que a *electio juris* se revele inválida. Como determinar então a lei aplicável?

O problema pode resolver-se por uma de duas formas: ou com base em critérios de conexão *fixos e rígidos* (*hard and fast rules*), assumidos pela norma de conflitos *subsidiária* (assim na Itália e em Portugal), ou em critérios de maior ou menor elasticidade e vaguidade: o da vontade *hipotética* ou *conjetural* dos contraentes (assim na Alemanha, segundo a jurisprudência, antes de Julho de 1986, na Inglaterra: a lei que uma pessoa justa e razoável teria querido se pensasse no assunto no momento da conclusão do contrato), ou então o da *conexão mais estreita*.

Foi esta última a orientação adotada pela Convenção comunitária, que não se aparta da tradicionalmente seguida pela jurisprudência francesa, a qual mandava procurar em cada caso a *localização* do negócio jurídico, indiciada pelos seus diferentes elementos de conexão (DICEY também preconizava se pesquisasse *the most real, the closest connection*; no *Restatement Second* usa-se a expressão: *the most significant relationship*). “Loi du pays avec lequel (le contrat) présente les

liens les plus étroits”: tal a fórmula empregada no art. 4º, nº 1, da Convenção de Roma.

Todavia, esta solução, vendo bem as coisas, é uma solução de compromisso. Efetivamente, para obviar à extrema incerteza deste critério, vai-lhe acoplada uma importante presunção: presume-se que o país ao qual o contrato se encontra ligado mais estreitamente é o da *residência habitual* no momento da conclusão do negócio (ou o da *administração central*, no caso de uma sociedade ou de uma pessoa jurídica doutra natureza) da parte que deve efetuar a *prestação característica* do contrato (art. 4º, nº 2). *Nota*: Se o contrato for concluído no exercício da atividade profissional dessa parte, atender-se-á à lei do país da situação do seu *principal estabelecimento*, ou ao da situação do estabelecimento que, nos termos do contrato, deva fazer a referida prestação característica.

Este critério corresponde efetivamente à racionalidade das coisas (a nacionalidade e o domicílio dos contraentes, de *per si*, pouco dizem sobre a sede real do negócio jurídico, e o lugar da celebração é elemento ainda mais insignificativo). Contudo, se a determinação da prestação característica, no caso dos contratos unilaterais, não levanta dificuldades, o mesmo não se dirá em relação aos *contratos sinalagmáticos*, nos quais incumbe a cada um dos contraentes uma prestação. Na economia moderna, a contraprestação consiste habitualmente em dinheiro e, logo, o pagamento da quantia devida pela prestação feita não pode considerar-se a prestação característica do contrato. Prestação característica só pode ser exatamente a da outra parte; determinar-se-á olhando ao tipo ou categoria do negócio: pode tratar-se da *entrega de uma coisa móvel*, como na *venda* de um *fornecimento de gêneros*, de um *serviço*, como no *mandato*, no contrato de *agência* (decisiva é a prestação do mandatário, do agente), na *empreitada* (a prestação característica é, por certo, a do *empreiteiro*), de um contrato *bancário*, que será regido pela lei do país onde se encontrar o banco ou instituição bancária com a qual a operação se efetua. Na *fiança*, a lei normalmente aplicável será a da *residência habitual do fiador*, quer quanto à rela-

ção com o devedor principal, quer no que concerne à relação com o credor.

Se, porém, o contrato tem por objeto um direito real imobiliário ou um direito de utilização de um imóvel, presume-se (art. 4º, 3) ser com o país da situação deste que o contrato se encontra mais estreitamente conexo.

O art. 4º considera também em especial o contrato de *transporte de mercadorias* (nº 4). Entenderam os peritos só haver motivo para recorrer à lei do estabelecimento principal do transportador, se nesse país também estiver situado o lugar de carga ou descarga da mercadoria ou o estabelecimento principal do expedidor.

17. Se a prestação característica do contrato não puder ser determinada, retorna-se ao critério da *conexão mais estreita*. E as mesmas presunções estabelecidas nos nºs 2, 3 e 4 do art. 4º, de que falamos (como p. ex. a de que, consistindo o objeto do contrato num direito real imobiliário — compra e venda de um prédio — ou num direito de utilização de um imóvel — arrendamento —, se entende ser com o país da respectiva situação que o negócio tem a ligação mais forte), *cedem* perante a demonstração de que das circunstâncias do caso resulta que o contrato se encontra mais estreitamente relacionado com outro país.

Assim se reforça a idéia de que o princípio da conexão mais estreita não se limita a aflorar apenas em disposições isoladas da Convenção de Roma de 1980 (tal como acontece no nosso Cód. civil),¹ antes constitui, com o da autonomia da vontade — como em diversas Convenções da Haia, como no *Restatement Second*, como nas mais recentes codificações internas do DIP —, uma das pedras angulares do sistema.

¹ V. arts. 52.º, n.º 2, 55.º e 60.º.