# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer
apresentadas em 16 de Março de 1999 *

*«Niño — dijo con voz alta a esta sazón Don Quijote -, siguid vuestra historia línea recta y no os metáis en las curvas o transversales»* [1].

## I — Introdução

1. O presente processo coloca a questão de saber se é oportuno que o Tribunal de Justiça abandone a sua jurisprudência tradicional para adoptar uma interpretação autónoma da noção de «lugar onde a obrigação foi ou deva ser cumprida» que se encontra no artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2] (a seguir «Convenção de Bruxelas» ou, simplesmente, «convenção»).

2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, adoptada há agora mais de vinte anos no acórdão Tessili [3] e confirmada no acórdão Custom Made Commercial [4] obriga o juiz a quem foi apresentado o pedido em matéria contratual a procurar em primeiro lugar o direito aplicável ao acto jurídico em causa para definir em seguida o lugar de cumprimento segundo este direito. O método utilizado no acórdão Tessili, cuja lógica conflitualista é contrária ao espírito da convenção e mesmo à restante jurisprudência do Tribunal nesta matéria, não é satisfatório. Foi criticado com veemência por uma boa parte da doutrina e foi objecto de uma aplicação desigual e muitas vezes defeituosa pelos órgãos jurisdicionais. Por todas estas razões, discute-se nas reuniões, que têm lugar no seio do Conselho com o fim de rever a Convenção de Bruxelas, a possibilidade de modificar o artigo 5.°, n.° 1, ou de o suprimir completamente.

3. Os autores da Convenção de Bruxelas procuraram antes de mais facilitar o que é costume chamar a «livre circulação das decisões judiciárias». Em matéria de competência judiciária, trata-se de fixar critérios uniformes e simples para o conjunto do território europeu, de maneira a que o processo de unificação tenha tradução igualmente no domínio da administração da justiça. Por conseguinte, é paradoxal, na minha opinião, que uma matéria que necessita fundamentalmente de respostas práticas e simples que permitam aos juízes europeus — de preferência, durante a primeira instância — saber, rapidamente, se são ou não competentes internacionalmente, tenha sido caracterizada, tanto na jurisprudência, como na doutrina, por um elevado grau de abstracção que fez perder de vista os problemas que devem enfrentar os operadores habituais do comércio jurídico.

4. Não creio que existam em matéria de competência internacional — como tam-

* Língua original: espanhol.

1 — Cervantes y Saavedra, M. de: El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Parte II, Capítulo 26, Ed. RBA, Barcelona, 1994, p. 823.

2 — Publicada, na versão consolidada que nos interessa aqui, no JO 1990, C189, p. 1.

3 — Acórdão de 6 de Outubro de 1976 (12/76, Colect., p. 585).

4 — Acórdão de 29 de Junho de 1994, Custom Made Commercial (C-288/92, Colect., p. I-2913, a seguir «acórdão Custom Made»).

bém não existem em matéria de competência interna — razões particulares que militem em favor deste ponto de vista abstracto: a prioridade não deve consistir em encontrar a solução interpretativa mais perfeita em teoria, mas em fornecer aos juízes e aos particulares critérios operacionais.

## II — Os factos do litígio principal

5. Os factos em litígio tais como resultam da decisão de reenvio, assim como as peças constantes do processo que a acompanham podem ser resumidos da seguinte maneira.

6. Dois contentores com alguns milhares de caixas de cartão com garrafas de vinho foram embarcados no Havre, em França, a bordo do navio «Suhadiwarno Panjan» com pavilhão indonésio, para serem transportados em regime de conhecimento de carga até ao porto de Santos, no Brasil. O transportador era a sociedade alemã Pro Line Limited and Co., cuja sede social está situada em Hamburgo. Como foi constatado à chegada ao porto de destino que certas mercadorias faltavam e que outras apresentavam defeitos, nove companhias de seguros que seguravam a carga (a seguir «seguradoras»), das quais o GIE Groupe Concorde é a seguradora líder, indemnizaram o destinatário no montante global de 666 279 FF. Sub-rogadas nos direitos deste último, as seguradoras, por acto de 22 de Setembro de 1991, apresentaram um pedido de reparação do prejuízo contra o capitão e o armador do navio, o transportador Pro Line assim como a sociedade sueca, que segurava o navio quanto à responsabilidade civil, perante o tribunal de comércio de terra e do mar do Havre.

7. A Pro Line e o segurador sueco fizeram valer cada uma das cláusulas atribuindo competência exclusiva aos tribunais de Hamburgo e de Gotemburgo, respectivamente. O tribunal de comércio aceitou as excepções e declinou a sua competência, por sentença de 3 de Janeiro de 1995. As seguradoras apresentaram então um incidente processual limitado à questão da competência jurisdicional (contredit). Estatuindo sobre este incidente, a cour d'appel de Rouen confirmou, no seu acórdão de 24 de Maio de 1995 a decisão atacada, modificando todavia a fundamentação. Para a cour d'appel, embora as cláusulas atributivas de jurisdição não fossem válidas, por não preencherem as condições do artigo 17.° da convenção, convinha apesar de tudo afastar a competência internacional dos tribunais franceses, aplicando o artigo 5.°, n.° 1, da citada convenção. Com efeito, por força desta última disposição, em matéria contratual é competente — além do foro geral do domicílio do réu — o juiz do lugar de cumprimento do contrato, lugar que — sempre de acordo com o órgão jurisdicional francês — não era outro senão o porto brasileiro de Santos.

8. As seguradoras apresentaram um recurso em cassação contra este acórdão, invocando nomeadamente a violação do

artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça depois do seu acórdão de 6 de Outubro de 1976, Tessili, supracitado.

9. A secção comercial, financeira e económica da Cour de cassation (França), confirmou a incompetência dos tribunais franceses para examinarem o pedido, na medida em que era dirigido contra o capitão do navio. Todavia, o alto órgão jurisdicional considerou que a competência para examinar a acção, na medida em que ela era posta contra o transportador, levantava uma questão séria de interpretação da Convenção de Bruxelas; por conseguinte, em conformidade com o artigo 1.° do protocolo de 3 de Junho de 1971, relativo à interpretação da Convenção de Bruxelas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ela suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Se o lugar em que a obrigação foi ou deve ser cumprida, para efeitos da referida disposição, deve ser determinado de acordo com a lei que regula a obrigação em litígio nos termos das normas de conflito do tribunal da causa ou se os juízes nacionais devem determinar o lugar do cumprimento da obrigação averiguando, em função da natureza da relação obrigacional e das circunstâncias do caso, o lugar onde a prestação foi ou deva ser efectivamente fornecida, sem terem de se reportar à lei que rege a obrigação em litígio nos termos das normas de conflito do foro».

## III — As disposições aplicáveis da Convenção de Bruxelas

10. A Convenção de Bruxelas institui uma regra geral de competência jurisdicional no seu artigo 2.°, primeiro parágrafo, nos termos do qual:

«Sem prejuízo do disposto na presente Convenção, as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado».

11. Entre as competências especiais figura a do artigo 5.°, n.° 1, o qual no que respeita ao presente processo, é redigido da seguinte maneira:

«O requerido com domicílio na território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante:

1. Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida...».

Por conseguinte, esta última disposição cria uma competência excepcional por força da

qual o autor pode, desde que as condições prescritas na norma estejam reunidas, escolher entre dois foros: o do domicílio do réu ou o do lugar de cumprimento da obrigação contratual, que é portanto apresentado como um caso de competência concorrente ou facultativa.

## IV — Breve recapitulação da jurisprudência

12. Para recordar, vou passar em revista sucintamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 5.°, n.° 1, da convenção na medida em que interessa ao presente processo.

13. O processo Tessili, supracitado, deu origem ao primeiro acórdão sobre esta matéria. O Tribunal decidiu, nessa época, que o lugar de cumprimento da obrigação que cabe ao vendedor de garantir os vícios ocultos da mercadoria devia ser determinado pela lei aplicável ao contrato de compra e venda segundo as regras de conflito do juiz a quem o pedido foi apresentado.

Num outro acórdão do mesmo dia, relativo ao processo De Bloos [5], o Tribunal precisou, a propósito da antiga redacção do artigo 5.°, que a obrigação contratual que devia ser tomada em consideração era a que servia de fundamento ao pedido [6].

14. O Tribunal apenas admitiu uma excepção à regra geral enunciada no acórdão Tessili. Faço alusão às obrigações decorrentes de um contrato de trabalho. Com efeito, no seu acórdão Ivenel [7], o Tribunal julgou que, de todas as obrigações com origem num contrato de trabalho, era preciso tomar em consideração, para aplicação do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, exclusivamente, aquela que «caracterizava» o contrato. Esta obrigação deve ser considerada cumprida, na prática, no lugar onde o trabalhador fornece os seus serviços [8]. O Tribunal recusou estender esta interpretação a outros casos [9].

15. No seu acórdão Custom Made, supracitado, e apesar das considerações do advogado-geral Lenz, que o convidavam a aceitar a competência do juiz do lugar que apresentasse o elemento de conexão mais estreito com o litígio, o Tribunal preferiu manter o seu método tradicional: o juiz devia determinar o lugar de cumprimento em conformidade com a lei aplicável à

5 — Acórdão de 6 de Outubro de 1976 (14/76, Colect., p. 605).

6 — Esta jurisprudência conduziu à modificação de certas versões linguísticas da Convenção de Bruxelas, quando da adesão do Reino da Dinamarca, da República da Irlanda e do Reino Unido que, desde então, integram a fórmula do Tribunal de Justiça. Considero pessoalmente que teria sido preferível e mais conforme com a economia geral do artigo 5.°, da convenção de apenas tomar em consideração para os fins da definição do lugar de cumprimento de uma dada obrigação, que a obrigação que caracteriza a relação jurídica, ou antes, para esses mesmos fins afastar a obrigação «não característica», que é geralmente a obrigação de pagar um preço.

7 — Acórdão de 26 de Maio de 1982 (133/81, Recueil, p. 1891).

8 — Esta «rectificação jurisprudencial» também foi inserida na Convenção de Bruxelas, no momento, da Convenção de Adesão de 1989.

9 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1987, Shenavai (266/85, Colect., p. 239).

obrigação considerada, mesmo quando esta lei incorporava a lei uniforme sobre a compra e venda internacional de 1964.

V — As observações dos participantes

a) *As observações das partes no processo principal*

16. Os advogados do GIE Groupe Concorde e as outras autoras fazem valer que, ao apresentar ao Tribunal de Justiça o presente pedido de decisão prejudicial, a Cour de cassation, em substância, convida-o a abandonar a sua presente jurisprudência bem estabelecida e a interpretar de maneira autónoma a noção «o lugar de cumprimento da obrigação». Não se tendo verificado nenhuma circunstância que apoie esta nova orientação da jurisprudência, as autoras do processo principal consideram que o lugar de cumprimento das obrigações resultantes de um contrato deve continuar a ser determinado em conformidade com o direito material aplicável por força das regras de conflito do juiz a quem o processo foi apresentado.

17. Os réus Pro Line e a sociedade que segurava o navio chegam, nas suas observações, a uma conclusão idêntica, não sem terem sublinhado previamente as importantes divergências que subsistem ainda entre as diversas ordens jurídicas europeias em matéria de determinação do lugar de cumprimento de uma obrigação contratual e as suas consequências quanto à previsibilidade desejada do foro competente em matéria contratual.

b) *As observações dos governos intervenientes.*

18. O Governo Alemão defende a interpretação autónoma do «lugar onde a obrigação foi ou deva ser cumprida». Segundo ele, tendo em conta a diversidade dos tipos de contratos, convém definir o lugar de cumprimento em função de cada categoria. Além disso, a fim de respeitar o necessário equilíbrio entre as partes, o lugar de cumprimento de um contrato deve ser determinado, em cada caso, em função da prestação concreta considerada.

Assim, no caso de contratos de cessão ou fruição de bens transferidos a título oneroso, quando a prestação característica serve de base ao pedido, o lugar de cumprimento poderia ser definido como sendo aquele em que, segundo as estipulações contratuais, se encontra o bem móvel.

Nos contratos de prestação de serviços diferentes do contrato de trabalho, o lugar de cumprimento poderia ser aquele onde

deve ser fornecido o essencial da prestação em causa, quando esta serve de fundamento ao pedido.

Em contrapartida, quando o litígio diz respeito à contrapartida pecuniária, o lugar de cumprimento poderia ser definido como situando-se na área de competência do foro do réu no momento da conclusão do contrato.

19. O Governo do Reino Unido preconiza igualmente a interpretação autónoma da noção de «lugar de cumprimento». Segundo este Governo, esta solução não só iria no sentido de uma maior segurança jurídica e de uma aplicação mais justa e mais uniforme dos direitos e obrigações decorrentes da convenção, mas também permitiria além disso reduzir, em harmonia com os objectivos desta última, as possibilidades de «nomadismo judiciário» (forum shopping) [10].

Ainda segundo o Reino Unido, a aplicação prática de uma tal interpretação deve ser efectuada caso a caso. No que diz respeito ao caso em apreço, como se trata de uma acção decorrente de uma entrega de mercadorias defeituosas efectuada no quadro de um contrato de transporte, o lugar de cumprimento da obrigação é o que tinha sido convencionado para a recepção da carga.

20. O Governo Francês admite liminarmente que foi constatado que certos órgãos jurisdicionais nacionais tinham dificuldades em aplicar a jurisprudência Tessili e que esta estava na origem de uma certa falta de previsibilidade quanto ao foro competente, para litígios relativos a contratos. Todavia, tendo em consideração que os vínculos obrigacionais não estão sempre submetidos a um regime jurídico uniforme, permitir ao juiz designar o lugar de cumprimento em função das circunstâncias do facto que caracterizam cada um desses vínculos, seria uma fonte de imprevisão e, portanto, de insegurança jurídica. Nestas condições, o Governo Francês considera que não é desejável acolher a solução indirectamente proposta pela Cour de cassation e que consistia em dar uma interpretação autónoma do lugar de cumprimento.

21. O Governo Italiano reconhece que o artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas deu lugar a interpretações divergentes; é por esta razão que a oportunidade de modificar estas disposições introduzindo um critério de conexão uniforme está a ser estudado. Portanto, não parece oportuno, actualmente, abandonar a jurisprudência Tessili. De momento, bastaria introduzir a reserva seguinte: quando em aplicação do artigo 5.°, n.° 1, é o foro do autor que é competente, este deve coincidir com o foro do lugar de cumprimento da obriga-

10 — Escolha de um foro em função das vantagens que podem resultar do direito material (ver do direito processual) que nesse foro é aplicado.

ção, entendido num sentido autónomo e uniforme pelo juiz a quem o processo foi submetido.

c) *As observações da Comissão*

22. Segundo a Comissão, a solução que o Tribunal adopta no seu acórdão Tessili revestiu desde o início um carácter conjuntural, na medida em que não era possível, na época, chegar a uma interpretação comunitária garantindo a aplicação uniforme do artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas. A Comissão indica, em seguida, que esta solução dá lugar a certas dificuldades tanto teóricas como práticas. Com efeito, o juiz a quem o litígio foi submetido deve procurar, em primeiro lugar, em conformidade com as suas próprias regras de conflito, qual é o direito aplicável à obrigação em litígio para determinar em seguida o foro competente em aplicação desse direito. Ora, este método afasta-se da regra geral do direito internacional privado, em virtude da qual a determinação do juiz competente é independente da determinação da lei aplicável.

Por conseguinte, a Comissão propõe ao Tribunal interpretar de maneira autónoma a expressão «lugar de cumprimento». Esta solução impõe-se, nomeadamente, em matéria de contratos de transporte marítimo, cujas características específicas tornam difícil a aplicação efectiva da jurisprudência Tessili. Depois de ter analisado as possibilidades de interpretação disponíveis para determinar o lugar da obrigação de entregar as mercadorias sem defeito no quadro geral de um contrato de transporte marítimo internacional, a Comissão escolhe o «lugar onde as mercadorias foram ou devem ser entregues».

## VI — A análise da solução adoptada no acórdão Tessili

23. A questão prejudicial colocada pela Cour de cassation ao Tribunal de Justiça não parece dever ser examinada, em princípio em reunião plenária. Com efeito, trata-se de interpretar o artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, isto é, interrogarmo-nos sobre o que se deve entender por «lugar de cumprimento da obrigação em litígio» para os fins deste código de processo europeu. Ora, o Tribunal já se pronunciou sobre esta mesma questão desde 1976, naquele que devia ser o seu primeiro acórdão a propósito da Convenção de Bruxelas. Para saber se é competente, o juiz a quem o pedido é apresentado «deve determinar, em virtude das suas próprias normas de conflito, qual a lei aplicável à relação jurídica em causa e, em conformidade com essa lei, definir o lugar de cumprimento da obrigação contratual em litígio» [11]. Esta jurisprudência foi confirmada, recentemente, nos mesmos termos, no processo Custom Made [12] no quadro de um pedido de decisão prejudicial

11 — Acórdão Tessili, supracitado (nota 2), ponto 13.
12 — Acórdão Custom Made, supracitado (nota 3), ponto 26.

do Bundesgerichtshof. O Tribunal propõe desde há mais de vinte anos uma solução quase sem falhas [13].

24. É verdade que, em relação à jurisprudência Tessili, o processo Custom Made continha um elemento novo, na medida em que a lei aplicável à relação jurídica resultava, não das regras de conflito, mas do direito uniforme, de origem convencional, sobre as transacções internacionais; na ocorrência, tratava-se da Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Coisas Móveis Corpóreas, anexada à Convenção da Haia, de 1 de Julho de 1964. Todavia, esta referência não é válida no caso em preço. A Cour de cassation não indica nenhuma particularidade do presente litígio que seja de natureza a justificar uma resposta do Tribunal de Justiça diferente da que já foi dada a propósito dos processos Tessili e Custom Made, supracitados. Também não se pode dizer — pelo menos em minha opinião — que as circunstâncias que serviram de fundamento ao acórdão Custom Made tenham variado sensivelmente. Ao colocar de novo a questão da interpretação do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, a Cour de cassation tomou como fundamento a faculdade de que gozam os órgãos jurisdicionais nacionais, e que foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça para as questões colocadas em aplicação do artigo 177.°, do Tratado CEE, de interrogar o Tribunal, quando julgam oportuno, sobre as questões já decididas [14].

25. A Convenção de Bruxelas consagra a regra geral («actor sequitur forum rei»), conhecida pela quase totalidade das ordens jurídicas, segundo a qual é competente o juiz do lugar do domicílio do réu [15]. Todavia, além deste autêntico foro geral, a convenção criou outras razões de competência, especiais ou opcionais, por um lado, e exclusivas, pelo outro. Entre as primeiras figura aquela que nos interessa hoje: o autor pode apresentar o pedido ao juiz do lugar onde «a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deve ser cumprida». Mais à frente, vou expor a razão de ser deste foro especial. Neste momento, basta dizer que o autor que pretende fazer valer em justiça um direito decorrente duma obrigação contratual pode recorrer, na medida da sua conveniência, pelo menos a dois juízes: o do domicílio do réu e o do lugar de cumprimento da obrigação.

26. A noção de *lugar de cumprimento de uma obrigação*, aparentemente simples, encontra rapidamente múltiplas interrogações: o que se deve entender por «matéria contratual»? De que obrigação se trata? Da obrigação de entregar a coisa ou de efectuar a prestação, por exemplo, ou da obrigação de pagar o preço? Como deve ser determinado o lugar de cumprimento? Em conformidade com que direito? Com o do foro? Com qual outro direito?

27. O Tribunal, no seu acórdão Tessili, deu uma resposta a todas estas questões. Em primeiro lugar, tanto a noção de «obriga-

13 — A única falha que se produziu relativa ao cumprimento de obrigações resultantes do contrato de trabalho, corresponde a um critério específico de protecção particular do assalariado que um pretenso esquecimento da convenção justificava. De resto, este caso específico foi integrado no próprio texto da convenção, quando da sua revisão de 1989.

14 — V. sobre este aspecto, o acórdão de 27 de Março de 1963, Da Costa en Schaake e o. (28/62 a 30/62, Colect., pp. 233 e segs., especialmente, p. 237).

15 — O Tribunal reconheceu o alcance geral deste princípio em numerosíssimos acórdãos. V., a título de exemplo, o acórdão de 17 de Junho de 1992, Handte (C-26/91, Colect., p. I-3967, ponto 14).

ção» como a de «matéria contratual» devem ser interpretadas de maneira autónoma [16], isto é, independentemente das noções utilizadas pelas ordens jurídicas nacionais. Em seguida, o juiz deve qualificar a obrigação que serve de fundamento ao pedido e procurar qual é o direito aplicável a esta obrigação para, finalmente, determinar o lugar de cumprimento designado em função deste direito. Se ele coincide com o do próprio foro, ele é competente; ele não é competente, no caso contrário.

28. Em teoria, a solução Tessili parece tecnicamente impecável. Num mundo ideal, onde as normas jurídicas estas desprovidas de ambiguidade e onde os juízes são omniscientes, ela permite soluções previsíveis e uniformes que respeitam ao mesmo tempo a letra — e talvez mesmo o espírito — da convenção. Todavia, a prática reserva mais de uma surpresa desagradável. Com efeito, a jurisprudência Tessili obriga o juiz a efectuar sucessivamente três operações relativamente árduas do ponto de vista jurídico. Em primeiro lugar, deverá, com os elementos de que dispõe qualificar ou caracterizar o obrigação contratual que serve de fundamento ao pedido. Para este fim, verificará que se trata, com efeito, de uma relação jurídica contratual e classificará o vínculo obrigacional nas categorias geralmente admitidas (contratos de compra e venda, de transporte, de cessão, de crédito, entre outros). Esta primeira tarefa, talvez a mais simples, não está sempre isenta de dificuldade. Por exemplo, como devem ser qualificados os elementos de conexão que unem a associação aos seus membros? Ou ainda, quais são os limites do direito à indemnização de origem contratual em relação ao direito de indemnização de origem delitual? Em todo o caso, deve proceder a um primeiro exame aprofundado das condições do pedido.

29. Em seguida, o juiz deverá procurar se a relação jurídica que lhe foi apresentada está ou não submetida a um regime internacional uniforme, tarefa que a proliferação constante de convenções internacionais na matéria complica, por vezes, mais do que simplifica. Se não for este o caso, deverá recorrer às suas próprias regras de direito internacional privado para descobrir qual a lei que é aplicável ou, desde a sua entrada em vigor, à Convenção de Roma, de 19 de Junho de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Este trabalho pode necessitar uma análise ainda mais profunda dos aspectos que tocam ao mérito da causa. Qualquer profissional do direito conhece as dificuldades que comporta qualquer recurso às regras de conflito de uma determinada ordem jurídica, dificuldades cuja importância só é igualada pela fascinação que provoca o seu estudo entre os professores de direito.

30. Num terceiro tempo, uma vez identificada a lei aplicável, o juiz deverá definir qual é, por força dessa lei, o lugar de cumprimento da obrigação em litígio. Se não encontra regras uniformes a este respeito, será obrigado a deduzi-las quer do seu próprio direito quer dum direito estrangeiro. As dificuldades que implica esta última hipótese, que depende tanto do foro do juiz como da lei aplicável em causa, podem revelar-se praticamente inultrapassáveis. Em qualquer caso, a determinação do lugar de cumprimento dessa categoria determinada de obrigações defronta-se com

16 — V., igualmente, entre outros, os acórdãos de 22 de Março de 1983, Peters (34/82, Recueil, p. 987, pontos 9 e 10); de 8 de Março de 1988, Arcado (9/87, Colect., p. 1539, n.os 10 e 11) e Handte, supracitado, ponto 10.

a antipatia geral que a maior parte das ordens jurídicas professam a respeito das definições abstractas. Com excepção, talvez, das obrigações de pagar uma quantia pecuniária, as ordens jurídicas nacionais contentam-se habitualmente com um reenvio geral à vontade, tácita ou expressa, das partes. Uma situação que obriga o juiz a aprofundar ainda mais o exame da matéria quanto ao mérito da causa [17].

31. Todos estes esforços serviram, na melhor das hipóteses, para confirmar a competência do juiz a quem o pedido foi apresentado; na pior, para afastar a aplicação do artigo 5.° ou para designar como competentes os tribunais de outro Estado-Membro, os quais se lhes for apresentado um novo pedido deverão, no entanto, efectuar uma análise idêntica para verificar a sua competência.

32. Neste momento, proponho-me aplicar ao presente processo as etapas que acabo de expor.

## VII — A aplicação da jurisprudência Tessili ao presente processo

33. As autoras no processo principal são companhias de seguros. Elas seguravam o transporte por via marítima de certas mercadorias entre os portos do Havre, em França e de Santos, no Brasil. À chegada ao porto de destino, descobriu-se que a mercadoria segurada tinha sofrido danos; portanto, as companhias de seguros indemnizaram o destinatário. Sub-rogadas nos meios de recurso e direitos deste último, as seguradoras voltaram-se contra os responsáveis do transporte (o capitão do navio, a companhia de navegação que é proprietária do navio, a empresa de transporte e a companhia de seguros que cobria a responsabilidade civil do navio) apresentando ao órgão jurisdicional de primeira instância do Havre o pedido que está na origem do presente processo.

34. Obrigado a examinar a sua própria competência, o juiz do Havre, deveria ter procurado, aplicando a jurisprudência Tessili, por meio de uma interpretação autónoma, se estava perante uma acção de origem contratual. Não parece que esta questão tenha podido reter demasiado o nosso juiz. Trata-se, sem dúvida, de uma acção cuja origem reside, pelo menos indirectamente, num contrato de transporte de mercadorias. Na realidade, isto não é verdade, senão em relação à acção apresentada contra o transportador. É provável que, em relação aos outros réus, o fundamento da acção de indemnização tenha sido delitual. Neste último caso [18] e em aplicação da jurisprudência do Tribunal, o juiz deveria afastar, em relação a estes últimos, a aplicação do artigo 5.°, n.° 1, da

17 — Em contradição flagrante com as finalidades e o espírito da convenção, que «exige uma interpretação do seu artigo 5.° que permita ao tribunal nacional pronunciar-se sobre a sua própria competência, sem estar obrigado a proceder a um exame do mérito da causa» (acórdão Custom Made, supracitado, ponto 20).

18 — Que a Cour de cassation pode tomar em consideração para afastar a competência dos juízes franceses relativamente, pelo menos, ao capitão do navio (ver o ponto nove, acima).

convenção visto que não se tratava de obrigações de «natureza contratual» [19].

35. Uma vez estabelecida a natureza contratual da acção, pelo menos no que diz respeito a um dos réus, o juiz devia determinar a obrigação concreta que serve de base ao pedido. Como -segundo declarou o Tribunal — «nos casos em que o autor invoca o direito ao pagamento de uma indemnização... a obrigação a que o n.º 1 do artigo 5.º se refere é sempre a que decorre do contrato cujo incumprimento é invocado para justificar tais pedidos» [20] é claro que a obrigação que o juiz devia ter considerado como determinante é a obrigação de transportar a mercadoria e entregá-la no porto de destino sem danos.

36. Em seguida, o juiz devia determinar o direito aplicável; para este fim, e ainda de acordo com a jurisprudência Tessili, devia utilizar as suas próprias regras de conflito. Os elementos de conexão compreendidos nas regras de conflito em matéria contratual são extremamente variados. Imaginemos — colocando-nos num domínio puramente hipotético — que teriam podido entrar em consideração, sucessivamente, a lei escolhida pelas partes, a lei nacional comum das partes, a do lugar de celebração e em último lugar, a do lugar de cumprimento do contrato. Na falta de qualquer indicação sobre a lei escolhida pelas partes, as quais não têm, segundo parece, a mesma nacionalidade, e visto que podem existir sérias dúvidas quanto ao lugar de celebração do contrato — na medida em que liga um transportador e um destinatário das mercadorias por meio da entrega. a este último do conhecimento de carga — é provável que o juiz seja levado a determinar o direito aplicável ao contrato em função... do lugar do seu cumprimento!

37. Em seguida, imaginemos que o juiz a quem o processo foi apresentado tenha chegado à conclusão, referindo-se à vontade expressa ou suposta das partes ou recorrendo a uma norma imperativa ou supletiva, no quadro do seu exame conflitualista [21] que o direito aplicável seja o direito brasileiro. Ser-lhe-á ainda preciso procurar qual o lugar que este direito designa como sendo o lugar de cumprimento da obrigação de transporte marítimo. Como é pouco provável que o juiz francês de primeira instância tenha conhecimentos suficientes do direito brasileiro ou disponha de meios apropriados para o compreender, ele abandonará provavelmente um método tão complicado para aplicar uma outra solução que tenha em conta, se possível, as circunstâncias próprias do caso em apreço.

38. Se, por acaso, o juiz francês dispõe dos conhecimentos necessários de direito brasileiro, verificar- se- á, com uma grande probabilidade, que o direito desse país — como qualquer outro sistema jurídico — prefere abster-se de dar definições abstractas em matéria contratual, confiando a definição dos elementos do contrato ao acordo das partes. Se os elementos de que

19 — Acórdão de 27 de Outubro de 1998, Réunion européenne e o. (C-51/97, Colect., p. I-6511, ponto 20).

20 — De Bloos, supracitado, ponto 14.

21 — Tal como uma norma nacional que determina o lugar de cumprimento de uma obrigação de transporte marítimo no porto de embarque.

ele dispõe lhe permitem deduzir que a vontade das partes foi de estabelecer que o lugar de cumprimento da obrigação era o porto de destino da mercadoria, ele deverá considerar que é o porto de Santos que foi designado.

39. Uma vez que um lugar situado no Brasil é designado como sendo o lugar de cumprimento da obrigação contratual, não resta outra escolha ao juiz francês que não seja a de se declarar incompetente e de se abster de conhecer ulteriormente do pedido no que diz respeito à aplicação do artigo 5.°, primeiro parágrafo, da convenção. A dificuldade reside no facto de esta convenção dispor, quanto ao que aqui nos interessa, no primeiro parágrafo deste artigo, que «o requerido com domicílio no território *de um Estado contratante* pode ser demandado *num outro Estado contratante*». Com efeito, quando o juiz constata que a acção que lhe foi apresentada com fundamento numa obrigação que foi ou deve ser cumprida «fora do território dos estados contratantes, não há outra alternativa senão de concluir que o lugar previsto pelo artigo 5.°, n.° 1, da convenção não pode conduzir a fundamentar uma competência no interior deste território e que esta disposição não pode, portanto, ser aplicada» [22].

40. Que me seja permitido indicar, simplesmente a título de exemplo, que, se o pedido tivesse sido apresentado em Espanha, o juiz teria aplicado a lei à qual as partes intervenientes no acto jurídico se tinham expressamente submetido, na condição de ela ter um elemento de conexão com o acto em causa; não havendo uma escolha expressa, a lei nacional comum das partes; na sua falta, a lei da residência habitual comum, e, por fim, a lei do lugar da celebração co contrato [23]. As indicações contidas no acórdão de reenvio não permitem saber que lei teria sido aplicada mas, com toda a probabilidade, para a procurar, deveria ser necessário precisar o significado de termos tais como «residência habitual» tratando-se de sociedades e dos seus estabelecimentos, ou «lugar de celebração do contrato», no caso de «contratos celebrados à distância».

41. Todavia, creio poder deduzir dos dados de que disponho que o juiz francês poderia ter recorrido, para determinar a *lex causae*, à Convenção de Roma, de 19 de Junho de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Com efeito, esta convenção entrou em vigor, no que diz respeito à República Francesa, em 1 de Abril de 1991, enquanto que o pedido foi apresentado no órgão jurisdicional do Havre, em 22 de Setembro de 1991 (ver o ponto 6, acima). Assim, a solução teria sido um pouco mais simples, e, bem entendido, uniforme no conjunto dos Estados Contratantes; todavia ela não teria permitido, por si só, eliminar o risco de interpretações divergentes. Com efeito, o artigo 4.°, n.° 1, desta convenção prevê, na ausência de lei escolhida pelas partes, que o contrato seja regido pela lei do país com o qual ele apresenta os elementos de conexão mais estreitos. Quanto ao que aqui nos interessa, o n.° 4, do mesmo artigo, prevê que

22 — Acórdão de 15 de Fevereiro de 1989, Six Constructions (32/88, Colect., p. 341, ponto 19).

23 — Artigo 10.°, n.° 5, primeira alínea, do Código Civil Espanhol. Notar a dificuldade que existe em precisar o lugar de celebração de um contrato quando a oferta e a aceitação são feitas em lugares diferentes. Em direito espanhol — por força do último traço do artigo 1262.° do Código Civil -, esta dificuldade resolve-se presumindo que o contrato foi celebrado no lugar onde foi feita a oferta. Isto implica, que no presente processo — supondo que a oferta tenha sido reputada efectuada na sede social do transportador, o direito alemão poderia ser aplicável.

«presume-se que este contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor». Não parece que seja este o caso; por conseguinte, o único critério que permite escolher o direito aplicável é muito simplesmente o dos «elementos de conexão mais estreitos» do artigo 4.°, n.° 1.

42. Se o contrato tivesse sido celebrado em França e que os danos fossem imputáveis a um erro de carga ou de arrumação da carga, poderia sustentar-se que é este o país que apresenta os elementos de conexão mais estreitos com a obrigação contratual, e portanto que o direito francês é aplicável. Se, pelo contrário, se considera que do ponto de vista da obrigação em litígio, a actividade concreta de descarga ou o estado em que se encontravam as mercadorias revestiam uma importância maior, o Brasil seria o país designado e é o seu direito que seria aplicado. Em matéria de obrigações características, o recurso à *lex causae* apenas desloca o momento de incerteza, e com ele o risco subsequente de dispersão da competência, a uma etapa ulterior, sem por isso a eliminar.

43. Todavia, uma vez que a lei aplicável ao contrato foi identificada, as dificuldades de definição do lugar de cumprimento que ela comporta continuam intactas, assim como os problemas relativos ao carácter não apropriado do reenvio para a *lex causae* para resolver as questões de competência; é um ponto que abordarei ulteriormente.

## VIII — A crítica da jurisprudência Tessili

44. As críticas dirigidas à jurisprudência estabelecida nos acórdãos Tessili e Custom Made concentram-se essencialmente sobre dois aspectos: a dificuldade prática com a qual se defronta a sua aplicação e as consequências indesejáveis que resultam da procura da lei material aplicável para decidir uma questão de competência jurisdicional. Entre estes defeitos indesejáveis, deve citar-se o facto de o foro do domicílio do autor enquanto foro geral em matéria contratual ser imposto cada vez com mais frequência.

### a) *As dificuldades da aplicação da jurisprudência Tessili*

45. Como já afirmei, a jurisprudência Tessili impõe ao juiz a quem o pedido foi apresentado uma tripla operação: a qualificação autónoma da obrigação que serve de fundamento ao pedido; a determinação da lei aplicável a esta obrigação segundo as suas próprias normas de conflito; e a definição do lugar de cumprimento da obrigação em conformidade com esta lei.

46. Penso ter suficientemente demonstrado, através do exemplo do caso em

apreço, que o método Tessili é, pelo menos, extremamente trabalhoso, sobretudo quando o avaliamos em relação ao único objectivo que prossegue: determinar se o juiz a quem o pedido foi apresentado é competente [24]. Esta complexidade suscitou numerosas críticas na doutrina, mas provocou igualmente — o que é mais grave — uma desafectação sensível dos órgãos jurisdicionais nacionais. Em resumo, a jurisprudência Tessili não é seguida [25]. E, nos casos em que efectivamente é respeitada, isso deve-se ao facto de a lei aplicável à obrigação em causa ser a lei do foro [26], isto é, a lei que o juiz conhece melhor, ou, quando é caso disso, o direito uniforme internacional.

47. Devo precisar que, em meu entender, a aplicação correcta da jurisprudência Tessili exige que o juiz não só percorra as etapas do raciocínio supracitadas, no seu foro íntimo, mas que ele as explicite e as motive. Não aplica a jurisprudência Tessili o juiz que, na sua decisão, se limita a indicar um lugar de cumprimento da obrigação em litígio para os fins do artigo 5.°, n.° 1, que coincide com aquele que teria sido designado através de uma correcta aplicação da jurisprudência em questão.

48. Quando o juiz não aplica o método conflitualista, fundamenta-se geralmente nas circunstâncias do caso em apreço, para determinar o lugar de cumprimento [27]. Por fim, houve casos de verdadeira «rebelião» contra a jurisprudência Tessili: deve citar-se, devido às suas particularidades, a conduzida pela Cour de cassation, o órgão jurisdicional de reenvio no presente litígio [28].

49. Todavia, o que é talvez mais desencorajador, no exercício árduo que é exigido ao juiz nacional, é que, na prática, o resultado que ele obterá será quer o lugar do domicílio do réu, caso em que bastaria aplicar o foro geral previsto no artigo 2.° da convenção, quer o domicílio do autor, em contradição não só com a maior parte das tradições processuais europeias, mas igualmente com a própria economia da Convenção de Bruxelas, *sem que nada garanta que um destes lugares seja aquele que está situado mais perto do litígio*,

24 — Com efeito, se no fim do exame se considera competente, poderá ainda, examinando o mérito da causa, afastar-se das conclusões às quais chegou para os fins da competência, visto que «a interpretação das referidas expressões e noções [tiradas do direito do direito civil, comercial e processual] para efeitos da convenção, não tem influência na escolha da norma material aplicável à situação em litígio» (acórdão Tessili, supracitado, nota 3, ponto 11). Pelo contrário, como já afirmei -, se ele considera que é incompetente, a sua análise será inútil, para o juiz seguinte, a quem o pedido será apresentado.

25 — Acerca da resistência à aplicação da jurisprudência Tessili, consultar: Droz, G. «Delendum est forum contractus? (vinte ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5, point 1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *Recueil Dalloz*, 1997, p. 351.

26 — V., por exemplo, o acórdão da Cour de cassation (primeira secção civil) de 6 de Fevereiro de 1996, San Carlo Gruppo alimentare APA/SBC Vito, citado na *Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 504.

27 — V. a este respeito Gaudemet-Tallon, H.: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, n.° 173, p. 129.

28 — Enquanto, num acórdão de 25 de Fevereiro de 1997 (Société Bateg Delta/Société Ward Groupe e o., *Recueil Dalloz*, 1997, Jurisprudence, p. 562) a secção civil aplicava fielmente o método Tessili, alguns dias mais tarde, a mesma secção confirmava uma decisão de exequatur considerando que o juiz da causa tinha definido correctamente o lugar de cumprimento «em função da natureza do vínculo obrigacional e das circunstâncias do caso concreto» (SA Comptoir commercial d'Orient/Société Medtrafina, acórdão de 11 de Março de 1997, *ibidem*). De novo, alguns dias mais tarde, a secção comercial do mesmo tribunal anulava um acórdão de recurso com fundamento na falta de base legal, pelo motivo de ele não ter indicado qual era a lei aplicável (Ernesto Stoppani SPA/SARL Stoppani France, acórdão de 18 de Março de 1997, *ibidem*). Só posso ficar perplexo e sentir um certo mal estar perante a insegurança jurídica provocada por esta agitação jurisprudencial.

critério que constitui a justificação específica do artigo 5.°, n.° 1, como será visto mais à frente. Isto produz-se nomeadamente no caso de obrigações de pagar um preço.

b) *O recurso à lex causae para resolver questões de competência não é apropriado*

50. A segunda grande crítica dirigida ao método escolhido pelo Tribunal da Justiça para interpretar o artigo 5.°, n.° 1, consiste em deplorar a transposição, no domínio da competência jurisdicional, de critérios que têm a sua razão de ser no direito material, operada transferindo elementos próprios das regras de conduta para o domínio de regras conceptuais ou constitutivas tais como as regras de competência [29]. Uma tal transposição reduz a zero igualmente a pretensa pureza teórica que se quis ver no método Tessili.

51. Em resumo, a crítica diz respeito essencialmente à instauração de um foro geral, em matéria contratual, que coincide com o domicílio do autor, ou antes, do vendedor.

52. Com efeito, é incontestável, que o tipo de contrato mais frequente nas relações comerciais internacionais é o contrato de compra e venda. De resto, a maior parte dos litígios têm por objecto o pagamento do preço convencionado. No que diz respeito ao lugar onde o pagamento deve ser efectuado, duas tendências co-existiram tradicionalmente na Europa: o lugar do domicílio do devedor (Alemanha, Bélgica, Espanha e França) e o lugar do domicílio do credor (Dinamarca, Grécia, Irlanda, Itália, Países Baixos e Reino Unido). A primeira opção sofreu uma erosão contínua em favor da segunda. Assim, o artigo 59.°, n.° 1, primeira frase da Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de 1964 declarava que o lugar de cumprimento da obrigação de pagar o preço da venda é o lugar onde está estabelecido o vendedor ou, na falta de estabelecimento, o lugar onde ele tem a sua residência habitual. O artigo 57.° da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que entrou em vigor, em 1 de Janeiro de 1988, generaliza ainda mais, se tal é possível, a obrigação de efectuar o pagamento no domicílio do vendedor.

53. Na decisão de reenvio que está na origem do acórdão Custom Made, o Bun-

29 — Kelsen sublinhou que expressões tais como «competência», «poder», «capacidade» ou «imputabilidade» remetem para o mesmo conceito ou, em todo o caso, para noções extremamente próximas umas das outras, porque nos quatro casos uma norma jurídica *autoriza* num sentido amplo *(ermächtigt)* certos comportamentos e, por este facto, transforma-os em comportamentos jurídicos pertinentes (Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, pp. 150 e segs.), Alf Ross (Ross, A.: *On Law and Justice*, Londres, 1958, pp. 52 e segs.) e Lars Lindahl (Lindahl, L.: *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Boston, 1997, pp. 194 e segs.) qualificam estas regras de competência de regras conceptuais ou constitutivas em oposição às regras de conduta. As regras de competência definem um conceito (o de legislador, ou de juiz, por exemplo) e tornam possível uma actividade (a de legislar ou de julgar) que, sem a sua cobertura, não existiriam porque eles não são naturais. São as regras de competência que determinam que tipos de comportamento são considerados como actos legislativos ou jurisdicionais e quem pode efectuar tais actos, enquanto que as regras de conduta regem o conteúdo destas actividades. A situação é similar no caso de competências conferidas a particulares, embora o direito privado prefira o termo «capacidade». São as regras de competência que definem o que se deve entender por contrato, testamento ou promessa e que tornam juridicamente pertinentes as actividades em questão, enquanto as regras de conduta precisam os limites e as características destas actividades (ver, a este propósito, Bulygin, E.: «Sobre las normas de competencia», *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 485 e segs.).

desgerichtshof, interrogava-se, com razão, se devia procurar o lugar de cumprimento segundo a *lex causae* «mesmo numa matéria regida pelo direito uniforme de compra e venda, o que conduziria a generalizar o forum actoris nas acções de pagamento do preço da coisa comprada» [30].

54. Ao responder de maneira afirmativa, o Tribunal facilitava, por um lado o trabalho de investigação do juiz nacional, que podia, para este fim, referir-se a um direito internacional uniforme. Isto permitia, ao mesmo tempo, reforçar as possibilidades de chegar a uma resposta uniforme. Infelizmente, isto agravava, por outro lado, a tendência perniciosa de recorrer a critérios de direito material para resolver problemas de ordem processual, como são os que dizem respeito à competência.

55. Todavia, deve dizer-se que em princípio não há nada pernicioso — é completamente lógico, pelo contrário — no facto de tratando-se de uma obrigação contratual, o lugar do seu cumprimento coincidir com o lugar do domicílio de uma das partes, mesmo se este domicílio é o da parte vendedora. Na maioria dos contratos, com efeito, é uso que as obrigações respectivas sejam cumpridas no domicílio de uma das partes. O que não é lícito [31], é desnaturar a função própria do direito material, que consiste, no caso em apreço, em repartir os riscos contratuais entre as diferentes partes, para designar foros competentes que estejam em conformidade com estes mesmos critérios de repartição. É assim quando a aceitação cada vez mais generalizada, no domínio internacional, do domicílio do vendedor como lugar de cumprimento da obrigação de pagamento abre a porta, em virtude da jurisprudência Tessili-De Bloos, a um vasto forum actoris em matéria de obrigações pecuniárias, sem qualquer relação com o lugar onde a contra-prestação característica do contrato devia ser cumprida. O réu, que alegará em geral que a prestação fornecida não está em conformidade com o que estava estabelecido, ver-se-á obrigado a litigar perante um tribunal talvez muito afastado do seu domicílio. Pela sua parte, o juiz a quem o pedido foi apresentado deverá declarar-se competente, *mesmo se, para recolher os elementos* de prova essenciais, isto é, para verificar a veracidade das alegações de não conformidade avançadas pelo réu, deve recorrer a longas e dispendiosas comissões rogatórias internacionais.

56. Nas conclusões que apresentou no processo Custom Made, o advogado-geral Lenz consagrou a este problema a parte essencial da sua crítica à jurisprudência do Tribunal. Depois de ter lembrado que, segundo a intenção dos redactores da convenção, a noção de lugar de cumprimento devia permitir designar um órgão jurisdicional próximo dos factos, Lenz sublinhou que «a regra da *lex causae* relativa ao lugar de cumprimento da obrigação... comporta... elementos que apenas servem para a repartição do risco... e que não dão indicações fiáveis quanto ao *objectivo* económico das obrigações do vendedor» [32]. Daí resulta que esta regra não seja apta para designar um órgão jurisdicional próximo dos factos do litígio.

30 — Decisão de reenvio de 26 de Março de 1992 [parágrafo V, ponto 3, sub-alínea d), no fim].

31 — V., neste sentido, Droz, G., obra citada, nota 25, p. 355, no fim.

32 — Ponto 80, Colect., 1994, p. I-2933.

Por conseguinte, para Lenz, o defeito principal do método, que consiste em determinar o forum contractus em função do direito material aplicável em virtude das regras de conflito, reside não tanto numa pretensa «antipatia» geral para com a competência do foro do réu — que não admite — mas na inutilidade deste método para realizar o objectivo específico do artigo 5.°, n.° 1, a saber, a criação de um foro especial em matéria contratual que esteja próximo dos factos do litígio.

57. Embora a crítica que acabo de expor seja perfeitamente justificada, deve-se reconhecer que ela tem a sua origem na jurisprudência De Bloos e no isolamento das obrigações sinalagmáticas que ela instituí mais do que no método Tessili. Como já indiquei acima, a controvérsia relativa à caracterização correcta da obrigação para os fins do artigo 5.°, n.° 1, sai fora do objecto do presente processo. Com efeito, mesmo que no caso em apreço a pretensão das autoras no processo principal consista em reclamar uma quantia em dinheiro, é verdade que elas agem em virtude de uma sub-rogação do destinatário da mercadoria e, por conseguinte, elas exercem uma acção com fundamento na obrigação característica do contrato, a saber a obrigação de transportar a mercadoria e de a entregar em boas condições ao seu destinatário [33].

58. Todavia, gostava de precisar que a determinação do lugar de cumprimento por meio da *lex causae* contribui em grande medida para complicar a aplicação prática da jurisprudência Tessili. Como precedentemente indiquei, a principal tarefa do direito material — em matéria de obrigações contratuais — consiste em geral em repartir as responsabilidades ou, em outros termos, o risco, entre as partes contratantes. Daqui resulta que a legislação civil ou comercial raramente define, na falta de acordo entre as partes, o que se deve entender por lugar de cumprimento de uma obrigação. Em geral, o que é definido legalmente, é o momento a partir do qual a responsabilidade é transferida de uma das partes do contrato para a outra parte. Neste caso, trata-se de ordinário, do único índice que o direito material dá ao juiz para lhe permitir definir o que se poderia entender por lugar de cumprimento [34]. Duvido seriamente que seja legítimo definir o lugar de cumprimento de uma obrigação em função das regras de repartição dos

33 — No entanto não posso deixar de pensar que há qualquer coisa de artificial em permitir, por um lado, o isolamento das obrigações sinalagmáticas com o fim de aplicar o forum contractus e em considerar, pelo outro lado, para esses mesmos fins, a obrigação de indemnização do prejuízo equivalente à obrigação não cumprida ou cumprida de maneira defeituosa. V., a este respeito, Gothot, P. e Holleaux, D.: *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 769.

34 — Assim, a título de exemplo, se no presente processo principal o direito espanhol fosse aplicável, o juiz encarregado de se pronunciar sobre a sua competência jurisdicional só podia dispor, no que respeita ao transporte marítimo concretizado num conhecimento de carga, das disposições da lei de 22 de Dezembro de 1949 (BOE, n.° 358 de 24 de Dezembro). O artigo 5.°, n.° 3, desta lei — que integra a Convenção de Bruxelas de 25 de Agosto de 1924 — prevê que o transportador é obrigado a «proceder com o cuidado e a diligência necessários ao carregamento, à arrumação da carga, à conservação e ao transporte, à vigilância e à descarga das mercadorias que transporta». Não parece que existam em direito espanhol, índices mais claros sobre o que se deve considerar em abstracto como sendo o lugar de cumprimento da obrigação de transporte marítimo internacional de mercadorias sob conhecimento de carga. Todavia, em conformidade com o artigo 24.° da mesma lei, e para a sua aplicação, o juiz deve ter a certeza previamente que o transporte se efectua unicamente entre nações que ratificaram a Convenção de Bruxelas de 1924. Se não for esse o caso, deverá recorrer às regras relativas ao transporte marítimo contidas no Código Comercial cujas disposições são, se é possível, ainda mais obscuras quanto à eventual existência de um lugar de cumprimento de uma obrigação como a obrigação em litígio. Se constata que não existem regras imperativas na matéria, o juiz deve voltar ao princípio geral da autonomia das partes em matéria contratual, consagrado no artigo 1255.° do Código Civil, para concluir que o lugar de cumprimento da obrigação não é diferente daquele que as partes designaram. Se lermos isto conjuntamente com as disposições que delimitam a repartição dos riscos, sobressai que este lugar coincide com o lugar de destino da mercadoria. Eis-nos bem avançados!

encargos contratuais. O que é que acontece quando é convencionado que os riscos do transporte correm por conta do destinatário? Isto significa que deslocando para o porto de embarque o momento da transferência da responsabilidade, desloca-se ao mesmo tempo o lugar onde a obrigação deve ser cumprida? Ou, quando a lei dispõe que, em certas circunstâncias, o transportador não é responsável pelos danos resultantes do facto de o navio não estar em estado de se fazer ao mar[35], implica isto, para os fins da acção de não cumprimento que poderá ser apresentada, que o transportador que fizesse valer a excepção legal pode pedir que seja considerado como lugar de cumprimento da sua obrigação o lugar onde ele depositou as mercadorias no navio defeituoso, pelo motivo de ser neste lugar que a sua responsabilidade terminou no processo em questão?

As regras relativas à repartição dos riscos comerciais não são de qualquer utilidade para designar o foro competente.

## IX — Os objectivos prosseguidos pelo artigo 5.°, n.° 1, da convenção

59. Qualquer tentativa para interpretar a disposição contida no artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas deve necessariamente ter por ponto de partida a determinação do objectivo daquilo que se designa por forum contractus. Qual é o objectivo atribuído ao artigo 5.°, n.° 1, no quadro da Convenção de Bruxelas? Por que razão pode ser criado um foro especialmente competente situado no lugar de cumprimento de uma obrigação contratual e não, por exemplo, no lugar onde o contrato foi celebrado?

### a) *Os objectivos gerais da Convenção de Bruxelas*

60. O artigo 5.°, n.° 1 inscreve-se no quadro da convenção que foi adoptada pelos Estados-Membros com fundamento no artigo 220.° do Tratado CEE, segundo o qual «os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais:... a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais». É evidente que o alcance da Convenção de Bruxelas é mais extenso que o objectivo preciso fixado pelo artigo 220.° Todavia, desejo insistir nos objectivos de «simplificação» que ele consagra.

Entre as finalidades prosseguidas pela convenção, o seu preâmbulo acentua a «sim-

35 — Artigo 8.°, n.° 1, da lei espanhola de 22 de Dezembro de 1949.

plificação das formalidades» do artigo 220.º [36], assim como a «protecção jurídica» das pessoas estabelecidas na Comunidade Europeia [37].

61. O corolário desta segunda preocupação de «segurança jurídica» [38] que inspira o conjunto da convenção é de fornecer ao particular soluções previsíveis.

62. No acórdão Mulox IBC, o Tribunal definiu o objectivo que deve garantir a aplicação uniforme da convenção e que consiste na «uniformização das regras de competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes, evitando,... a multiplicação da titularidade da competência judiciária a respeito de uma mesma relação jurídica, e em reforçar a protecção jurídica das pessoas domiciliadas na Comunidade, permitindo, simultaneamente, ao requerente identificar facilmente o órgão jurisdicional a que se pode dirigir e ao requerido prever razoavelmente aquele perante o qual pode ser demandado» [39].

b) *Os objectivos específicos do artigo 5.º, n.º 1 da convenção*

63. Os grandes objectivos que inspiram a Convenção de Bruxelas na sua globalidade refletem-se com a maior clareza no que é costume denominar o seu foro geral, isto é o do domicílio do réu. Com efeito, este foro responde simultaneamente e de uma maneira apropriada aos objectivos de uniformidade, de previsibilidade, de reagrupamento da competência, de facilidade de designação e de protecção jurídica. Todavia, a convenção quis dotar-se de um número limitado de foros especiais cuja justificação varia de um caso para o outro. Assim, em matéria imobiliária, o artigo 16.º declara exclusivamente competente o juiz do Estado da situação do bem imóvel em razão das vantagens que resultam para a administração da justiça da sua proximidade do objecto do litígio [40]. De maneira similar, em matéria de seguros, o segurado pode escolher apresentar o pedido no tribunal do seu domicílio a fim de poder beneficiar de uma protecção jurídica reforçada. Portanto, não há qualquer dúvida que a adopção de um foro especial, opcional, em matéria contratual deve responder igualmente a uma justificação também específica.

64. Os próprios objectivos do artigo 5.º, n.º 1, geralmente mencionados são em número de dois: a proximidade do tribunal

36 — O qual tem por objecto, segundo a interpretação do Tribunal de Justiça de «suprimir os entraves às relações jurídicas e à solução dos litígios, no quadro das relações intracomunitárias» (Acórdão Tessili, supracitado, ponto 9).

37 — Que comporta como elemento importante, a possibilidade de oferecer uma «solução uniforme em todos os Estados-Membros» (acórdão de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis, 189/87, Colect., p. 5565, ponto 17). Com efeito, « o princípio da segurança jurídica na ordem comunitária e os objectivos prosseguidos pela convenção por força do artigo 220.º do Tratado, em que se baseia, exigem uma aplicação conforme em todos os Estados-Membros das noções e qualificações jurídicas estabelecidas pelo Tribunal no quadro da convenção» (acórdão de 14 de Julho de 1977, Bavaria e Germanair, 9/77 e 10/77, Colect., p. 1517, ponto 4).

38 — V. os acórdãos de 4 de Março de 1982, Kantner (38/81, Colect., p. 825, ponto 6 e Handte, supracitado, ponto 11).

39 — Acórdão de 13 de Julho de 1993, Mulox IBC (C-125/92, Colect., p. I-4075, ponto 11). No ponto 45 das suas conclusões no acórdão Custom Made, o advogado-geral Lenz enumera estes objectivos referindo-se aos seus fundamentos convencionais e jurisprudenciais (Colect., 1994, p. I-2925).

40 — Relatório oficial sobre a versão original da Convenção de Bruxelas elaborado por P. Jenard (JO 1979, C59, pp.122 e segs., a seguir «relatório Jenard»).

declarado competente em relação aos factos em litígio e o equilíbrio processual entre as partes.

65. A justificação da proximidade em relação aos factos em litígio é reconhecida desde o relatório Jenard [41]. Em princípio, não há dúvidas, que o facto de o juiz estar próximo do lugar onde a obrigação em litígio devia ser cumprida parece ser de natureza a facilitar, na maioria dos casos, a administração da prova. É aí que a coisa se encontra em geral ou que deve ser efectuada a prestação em causa. É nesse local, igualmente, que se poderia contactar mais facilmente as testemunhas ou proceder com menos despesa a eventuais peritagens evitando lentas e dispendiosas comissões rogatórias. Ora, isto só é verdade, na realidade, no que diz respeito ao lugar onde deve ser executada a obrigação característica do contrato. É por esta razão que eu me declarava mais acima partidário de uma rectificação da jurisprudência De Bloos, no sentido de não ser mais tomada em consideração, para os fins do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, a obrigação simplesmente pecuniária e portanto não característica do contrato. Com efeito, mesmo quando o autor alega a falta de pagamento da prestação convencionada, é o lugar de cumprimento da obrigação en *nature* que está melhor colocado para nele ser designado um órgão jurisdicional próximo do litígio visto que, por um lado, o réu invoca geralmente, em sua defesa, o não cumprimento total ou parcial da obrigação do autor e que, por outro lado, a prova do cumprimento do pagamento reveste, em regra geral, um carácter documental: é por isso que ela é, numa grande medida, independente de um lugar concreto na proximidade do qual seria conveniente estabelecer uma razão de competência. De qualquer modo, repito que estas considerações, mesmo sendo importantes, não têm incidência directa na solução do litígio principal que diz respeito, como se sabe, ao cumprimento da obrigação característica do contrato.

66. O Tribunal de Justiça admitiu esta justificação na sua jurisprudência, em mais de uma ocasião [42].

67. Pessoalmente, mais do que de um critério de «proximidade em relação aos factos» penso que se deveria falar de um critério de «conexão com o contrato», na medida em que os elementos de conexão do tribunal competente com o contrato podem ser fundamentados em simples declarações de vontade, em vez de em factos propriamente ditos. É assim, habitualmente, em caso de não cumprimento total da prestação em dívida. Num tal caso, o lugar onde a obrigação devia ser cumprida só pode ser determinado a partir de elementos de natureza ideal.

Visto sob este ângulo, o critério do elemento de conexão recebe uma nova legiti-

41 — Relatório Jenard, supracitado, p. 153.

42 — O Tribunal reconheceu que é desejável que exista « uma conexão especialmente estreita para efeito da organização útil do processo, entre a contestação e o órgão jurisdicional que pode ser chamado a conhecê-la» (acórdão Tessili, supracitado, ponto 13).

midade — fora das considerações sobre a boa administração da justiça — do princípio geral da autonomia da vontade das partes contratantes.

68. Certos autores acrescentam que a criação do forum solutionis permite repartir equitativamente entre o autor e o réu as vantagens e os riscos ligados à determinação do órgão jurisdicional competente [43]. Assim, o artigo 5.°, n.° 1, agiria como um contrapeso à regra geral da competência do foro do domicílio do réu.

69. Alguns destes autores utilizam esta pretensa finalidade da disposição supracitada para defender uma interpretação extensiva do seu conteúdo [44]. Eles sustentam que o artigo 5.° da convenção, lido juntamente com o artigo 2.°, se inspira na ideia que, em certos casos particulares, o interesse do autor deve primar sobre a protecção do réu, e que, por conseguinte, se lhe atribui uma opção de competência. A efectividade deste direito de opção exige que não seja interpretado restritivamente; no caso contrário, com efeito, o artigo 5.°, n.°1, e o artigo 2.° poderiam fundir-se numa única e mesma disposição, vendo-se o primeiro artigo privado de qualquer efeito [45].

70. Penso, pessoalmente, que esta última tese, embora original, não está suficientemente corroborada pelas tradições jurídicas dos Estados-Membros, para que possa ser considerada como autêntica. Além disso, penso que esta justificação não é necessária nem útil. É verdade que, na prática, ao designar em numerosos casos o juiz do domicílio do autor, o artigo 5.°, n.° 1, pode compensar numa certa medida o foro geral. Todavia, esta circunstância está mais ligada ao simples facto de em geral as obrigações deverem ser cumpridas, no lugar onde reside pelo menos uma das partes, do que a uma pretensa intenção de chegar a um equilíbrio em matéria de competência entre as partes de um contrato.

c) *Primeira conclusão provisória*

71. Neste ponto da análise, considero útil formular uma primeira conclusão provisória relativa aos objectivos gerais e particulares prosseguidos — em minha opinião — pela instauração do forum contractus no quadro da Convenção de Bruxelas.

Decorre das considerações que precedem que a interpretação apropriada do artigo 5.°, n.° 1, deve conduzir à designação como foro competente, daquele que está situado num lugar que possui um elemento de conexão estreito com a obrigação contratual considerada, lugar que é determi-

43 — V., neste sentido, Schack, F.: *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Francfurt, 1985, parágrafos 144 e seg., 207 e 218.

44 — V., neste sentido, Huet, A.: «La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual», in *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Madrid, 1993, pp. 75 e 76.

45 — Uma estatística elaborada por G. Droz sublinha que, em 48 processos julgados que tinham a ver com o artigo 5.°, n.°1, da convenção, 24 foram considerados como sendo da competência do tribunal do domicílio do réu. Por outras palavras, em metade dos casos, é o foro geral do artigo 2.° da convenção que foi considerado (estatística publicada na *Revue critique de droit international privé*, 1987, pp. 802 e 803).

nado com o respeito das exigências gerais de previsibilidade, de reagrupamento da competência, de uniformidade dos critérios e de facilidade de designação.

## X — Os métodos de interpretação possíveis

72. Como já indiquei, o primeiro acórdão do Tribunal de Justiça em aplicação do protocolo de 3 de Junho de 1971 tinha precisamente por objecto o artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas. Na época, tratava-se de determinar qual era o lugar de cumprimento da obrigação do vendedor entregar uma mercadoria em conformidade com as condições convencionadas. A sociedade ré no processo principal, Dunlop AG, já nesse momento expunha, nas suas observações escritas, as duas principais possibilidades que se apresentavam ao Tribunal: por um lado, uma interpretação uniforme, com base em elementos de direito comparado; por outro lado, uma interpretação conflitualista dependente da lei material aplicável em cada caso. No que diz respeito a esta última hipótese, os advogados de Dunlop assinalavam já o perigo de assimilar o lugar de cumprimento da obrigação com o do domicílio do vendedor, para propor finalmente que fosse aceite como lugar de cumprimento, aquele onde a prestação deve ser efectivamente fornecida, a saber, aquele que é designado pelas circunstâncias do caso em apreço, em função do vínculo obrigacional em causa [46].

73. Mais de vinte anos passaram e, embora o artigo 5.°, n.° 1, tenha sido objecto de mais controvérsias judiciárias, e tenha retido mais a atenção da doutrina que qualquer outra disposição da Convenção de Bruxelas, as soluções possíveis são em substância, sempre as mesmas, a saber:

a) a interpretação uniforme no quadro da convenção, que é independente em si própria das que prevalecem nos direitos dos Estados-Membros, mesmo se ela neles se inspira, e que hoje é designada comumente por «interpretação autónoma»;

b) o método conflitualista, geralmente seguido pelo Tribunal, que consiste em definir o lugar de cumprimento da obrigação em função da lei material aplicável ao caso em apreço em virtude das normas de conflito do juiz a quem o pedido foi apresentado;

c) a designação do lugar de cumprimento em função das circunstâncias particulares do caso em apreço e da natureza do vínculo obrigacional em causa; é a solução que parece sugerir a Cour de cassation [47].

46 — No que diz respeito à obrigação de garantir a mercadoria contra os vícios ocultos, Dunlop sustentou que o lugar de cumprimento devia ser aquele onde se encontra a mercadoria defeituosa, porque é nesse lugar que os defeitos eventuais podem ser mais facilmente examinados e, se for caso disso, reparados (Colect., 1976, p. 1477).

47 — Evidentemente, afasto, pela razão da inevitável dispersão das soluções que ela arrastaria, qualquer interpretação da noção de «lugar de cumprimento da obrigação» que se fundamente necessariamente na lei material do foro.

74. Estas três categorias, assim definidas, devem ser compreendidas como instrumentos ao serviço da análise de preferência a verdadeiras opções científicas perfeitamente definidas. Com efeito, a terceira variante é na realidade uma sub-categoria da primeira. Isto leva, num primeiro tempo, a escolher entre, por um lado o recurso à *lex causae* e, por outro, lado a interpretação autónoma. Uma vez esta escolha feita, é preciso procurar o critério de interpretação que corresponde melhor às exigências gerais e particulares do forum executionis, tal como as enumerei acima. Por outras palavras, considero prudente distinguir entre métodos e critérios de interpretação e examinar uns e outros sucessivamente.

a) *A interpretação autónoma*

75. «Em princípio, é preferível uma interpretação autónoma dos termos utilizados na Convenção, pois isso contribui para garantir uma aplicação uniforme da Convenção e portanto, para a realização do objectivo que lhe está subjacente, ou seja, uniformizar as regras de competência dos Estados contratantes. Tal unificação é necessariamente impedida se o significado dos termos utilizados na Convenção variar em função da lei aplicável». Aprovo plenamente o ponto de vista expresso pelo advogado-geral Jacobs no quadro do processo Mulox IBC [48].

48 — Acórdão Mulox IBC, supracitado. Conclusões publicadas na Colect., 1993, p. I-4091.

76. A interpretação autónoma responde a um dos objectivos fundamentais da Convenção de Bruxelas: chegar a um grau elevado de uniformidade no território europeu, no que diz respeito ao tratamento das questões de competência internacional.

77. Além disso, a interpretação autónoma contribui para facilitar, em boa medida, a aplicação da convenção, evitando o recurso permanente à lei aplicável às relações jurídicas em causa. Como sublinhei precedentemente a propósito do *locus solutionis*, a necessidade de interpretar as noções da convenção recorrendo à *lex causae* faz penetrar no domínio da simples designação do foro competente as dificuldades do problema de fundo agravadas pela especificidade da técnica do conflito de leis (qualificação, questão prévia, ordem pública e outras noções).

78. Não é surpreendente que o Tribunal tenha preferido empregar, na quase totalidade dos casos, a interpretação autónoma. Assim, interpretou de maneira autónoma não só a noção de «matéria contratual» [49], mas igualmente, entre outras, as de «matéria civil e comercial» [50], «matéria delitual ou quase delitual» [51], e «credor de alimentos» [52]. Só parece que tenha afastado este método em casos muito raros, a saber, aqueles nos quais a própria convenção impõe o recurso ao direito nacional (por exemplo, no que diz respeito à noção de

49 — V., acima, o ponto 27 das presentes conclusões.

50 — Acórdão de 14 de Outubro de 1976, LTU (29/76, Colect., p. 629).

51 — Acórdão Kalfelis, supracitado.

52 — Acórdão de 20 de Março de 1997, Farrell (C-295/95, Colect., p. I-1683).

domicílio), e, precisamente, o do artigo 5.°, n.° 1, e mesmo no que diz respeito a esta última disposição, unicamente no que está ligado à definição de «lugar de cumprimento» [53].

79. A interpretação autónoma permite portanto respeitar os objectivos de uniformidade de critérios e de facilidade de designação. Nos pontos seguintes, insistirei no facto de, em relação aos objectivos da convenção, a técnica do acórdão Tessili não apresentar qualquer vantagem.

b) *O método conflitualista*

80. Os partidários da solução conflitualista sublinham, em primeiro lugar, os limites inerentes à interpretação autónoma dos termos de uma convenção internacional [54]. Além disso, sustentam que nada permite deduzir que a competência dos tribunais do domicílio do autor é incompatível com o foro especial do lugar de cumprimento da obrigação [55]. De resto, consideram que a possibilidade de o lugar definido, em aplicação da *lex causae*, não apresentar qualquer elemento de conexão com os factos em litígio constitui um risco inerente a todos os casos de competência especial. A suposição que este elemento de conexão existe, justifica a criação do foro especial do cumprimento da obrigação. Todavia, quando da aplicação desta regra especial de competência, o juiz só se pode deixar guiar por critérios formais adoptados pela convenção [56].

81. O próprio Tribunal de Justiça justifica a sua preferência pelo recurso à *lex causae* invocando a segurança jurídica e a previsibilidade [57].

82. Em minha opinião, o recurso à *lex causae* garante unicamente, em último caso, uma certa tranquilidade teórica. Há algo de atraente na aparente lógica matemática do método Tessili, na sua formulação abstracta. Na realidade, a solução conflitualista não apresenta *qualquer* vantagem em relação à interpretação autónoma, mas, na verdade, numerosos inconvenientes.

83. Podia-se interpretar de maneira autónoma o lugar de cumprimento do artigo 5.°, n.° 1, fazendo-o coincidir, por exemplo, na falta de acordo entre as partes [58] com o «lugar que apresenta os

53 — Byrne, P. : *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, 1990, pp. 29 e 44.

54 — Limitações das quais parecem ter estado conscientes os próprios autores da Convenção de Bruxelas, visto que inseriram nos artigos 6.°, n.° 4, e 22.°, n.° 2, reenvios para o direito nacional. Em favor do método conflitualista, ver, além disso, Gaudemet-Tallon, H.: *Revue critique de droit international privé*, 1994, pp. 698 e segs. e Tagaras, H.: «Chronique Convention de Bruxelles», *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 222.

55 — Com efeito, no momento da elaboração da Convenção de Bruxelas, as obrigações pecuniárias deviam ser cumpridas no domicílio do credor em diversos Estados-Membros e ao mesmo tempo em virtude de um acordo internacional em vigor numa parte do território da Comunidade (Convenção da Haia, de 1 de Julho de 1964 e o seu Anexo).

56 — V., Tagaras, H.: *op. cit.*, p. 255.

57 — Acórdão Custom Made, supracitado, pontos 14 e seg.

58 — Os contratos estando sujeitos ao princípio geral da autonomia das partes, considero que, se houver acordo sobre o lugar de cumprimento, ele deve ser válido para a aplicação do artigo 5.°, n.° 1. Os abusos eventuais, que podem daí resultar, devem ser tratados em conformidade com as disposições relativas à fraude à lei.

elementos de conexão mais estreitos com o contrato». Esta possibilidade é afastada categoricamente, apesar da sua incontestável simplicidade, porque ela forçaria o juiz a apreciar o mérito da causa e abriria a porta, em razão da incerteza quanto ao resultado da apreciação dos factos que ele seria levado a efectuar, a eventuais soluções divergentes e, em definitivo, à multiplicação das razões de competência. Ao contrário, segundo os conflitualistas, apoiados neste ponto pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, é preciso recorrer à *lex causae*. Por outras palavras, o juiz a quem o pedido foi apresentado deve, em primeiro lugar, procurar o direito aplicável à relação jurídica em litígio. Para este fim, ele utiliza, depois da sua entrada em vigor, a Convenção de Roma, de 19 de Junho de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais; o artigo 4.°, n.° 1.°, desta convenção prevê que na ausência de escolha da lei aplicável «o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita». Seguem uma série de disposições que obrigam o juiz a aprofundar cada vez mais o mérito da causa (instauração de presunções e de excepções a ele relativas, natureza e objecto do contrato, definição da prestação característica). A solução conflitualista limita-se a diferir, para um momento ulterior da análise do juiz, a inevitável apreciação dos elementos de fundo do litígio. Além disso, não vejo porque razão o critério da conexão mais estreita, consagrado pela Convenção de Roma de 1980, deveria permitir soluções mais uniformes que as que têm por fundamento o critério — também ele indeterminado — do lugar de cumprimento.

84. A diferença entre os dois métodos reside no facto de, enquanto o juiz que preferisse a interpretação autónoma dispunha já de uma resposta, com os eventuais erros e deficiências que, em direito, ciência não exacta, são inevitáveis, aquele que optasse pela via conflitualista devia ainda definir em conformidade com a lei que julgou aplicável, o lugar de cumprimento da obrigação em litígio. Se a lei do foro que o juiz conhece melhor, é aplicável, a tarefa será mais fácil; se, pelo contrário, é a lei estrangeira, talvez muito longínqua que se aplica [59], o exercício complica-se sensivelmente. Quando, como no nosso caso, se trata da obrigação característica do contrato, qualquer que seja o direito consultado responderá sem dúvida que o lugar de cumprimento é aquele escolhido pelas partes e que, na ausência de acordo sobre este assunto, convém designar este lugar à luz das circunstâncias próprias do vínculo obrigacional em causa, isto é, através de uma apreciação dos factos. Por conseguinte, volta-se ao ponto de partida.

Em resumo, o método consagrado no acórdão Tessili não garante melhor a segurança jurídica que a interpretação autónoma e complica, inutilmente, a tarefa do juiz a quem o pedido foi apresentado.

85. Além disso, nada garante que o método Tessili designe um tribunal mais próximo dos factos ou mais estreitamente ligado à obrigação em causa do que aquele que seria

59 — Antes da entrada em vigor da Convenção de Roma de 1980, o juiz espanhol a quem foi apresentado um pedido relativo ao não cumprimento de um contrato, por um cidadão nigeriano, residente na cidade fronteiriça de Irun, contra um compatriota, domiciliado duas ruas mais abaixo, em Hendaye (França), devia definir, em aplicação da jurisprudência Tessili e por força do artigo 10.°, n.° 5, do Código Civil Espanhol, o lugar de cumprimento da obrigação em causa, em conformidade com a lei nigeriana.

designado recorrendo a uma interpretação autónoma.

c) *Segunda conclusão provisória*

86. Chego assim à segunda conclusão provisória da minha análise. O método autónomo apresenta incontestáveis vantagens em relação à interpretação conflitualista, nomeadamente, no que diz respeito à uniformidade dos critérios e à facilidade de designação do foro competente em aplicação do artigo 5.°, n.° 1. Quanto aos objectivos de previsibilidade, de reagrupamento da competência, da proximidade ou do elemento de conexão, o método Tessili só consegue diferir o recurso para um elemento de conexão que impõe uma pesquisa dos factos do processo. Todavia, devido à sua complexidade técnica, a solução conflitualista favorece os erros quando da sua aplicação, e mesmo da sua não aplicação, com a insegurança jurídica que comporta.

**XI — O critério de interpretação proposto pelo advogado-geral Lenz**

87. Entre os diferentes critérios que se apresentam no quadro de uma interpretação autónoma, considero útil deter-me na proposta formulada por Lenz a propósito do processo Custom Made.

Lenz começou a sua construção original recordando que um foro que foi designado como sendo competente em virtude de um conceito tirado do direito material não se justifica a não ser por razões processuais, em particular, pelo facto de este foro estar próximo dos factos em litígio. Assim, é preciso distinguir claramente — segundo Lenz — entre a repartição dos riscos económicos, efectuada pelo direito material e as razões processuais que são objecto do artigo 5.° Confundir estas duas noções é perigoso: em virtude da lei uniforme sobre a compra e venda (e, em particular, do seu artigo 59.°, n.° 1) isto é, o direito material aplicável em virtude da jurisprudência Tessili, chegava-se a criar, no quadro do artigo 5.°, n.° 1, uma verdadeira competência geral do domicílio do autor.

Tomo como minha a preocupação de Lenz, embora continue a pensar que as dificuldades práticas da sua aplicação, o inevitável risco de divergências e de insegurança jurídica que ela implica constituem o principal defeito do método conflitualista.

88. Lenz propôs que, sendo certo que para litígios sobre o pagamento do preço — quando a própria celebração do contrato não está em litígio -, na maioria dos casos, trata-se da questão de saber se a prestação

(do vendedor) foi fornecida de maneira regular, o tribunal competente em aplicação do artigo 5.°, n.° 1, é aquele que está melhor colocado para apreciar a regularidade desta prestação.

89. Como reconhece o próprio Lenz, a sua proposta supõe uma certa releitura do acórdão De Bloos, na medida em que é preciso entender por «obrigação contratual» apenas «a que é nitidamente mais susceptível de permitir determinar um tribunal próximo dos factos do que a obrigação controvertida» [60]. Segundo a tese de Lenz, a jurisprudência Tessili continuaria a aplicar-se não à determinação do lugar de cumprimento da obrigação em litígio, mas à prestação (material) da outra parte (ponto 78). Todavia, o advogado-geral emite em seguida uma «reserva»: «Ora, se nós utilizamos os elementos referidos quando examinámos as regras relativas ao lugar de cumprimento da obrigação de pagamento, para nos afastarmos do direito substantivo do contrato, devido ao facto de essas regras não poderem servir para determinar um tribunal próximo dos factos do litígio, pareceria ilógico, aquando do exame das regras relativas ao lugar de cumprimento da obrigação de entrega do vendedor, utilizar outro método.» E Lenz conclui propondo uma interpretação completamente autónoma do lugar de cumprimento no caso do processo em apreço: «... em relação aos litígios sobre o pagamento do preço devido, que surgem com fundamento no carácter defeituoso, alegado pelo comprador da coisa fornecida pelo vendedor... O tribunal do lugar de destino da entrega está, em geral, mais próximo dos factos do que o do lugar da expedição. Isto vale independentemente da questão de saber qual destes dois lugares é o 'lugar de cumprimento', na acepção do direito substantivo» (ponto 80). E, é este mesmo tribunal que o advogado-geral propõe designar como sendo competente para os fins do artigo 5.°, n.° 1, da convenção.

90. Em resumo, a solução do advogado-geral Lenz supõe uma certa rectificação da jurisprudência De Bloos (introduzindo, com uma outra denominação, a noção de obrigação característica) e, na prática, o abandono da jurisprudência Tessili a favor de uma interpretação autónoma, segundo a qual o forum contractus é o do lugar mais próximo dos factos.

91. Embora subscreva a orientação do meu iminente colega, difiro sobre a questão do *critério mínimo abstracto da interpretação autónoma* que tem a preferência de Lenz, a saber, a proximidade em relação aos factos. Esta última ou se quisermos, o elemento de conexão ao contracto, enquanto objectivos da disposição, são o resultado previsível da determinação autónoma e não o critério de interpretação.

92. Lenz conclui propondo ao Tribunal de Justiça que responda que o lugar de cum-

60 — Ponto 77, Colect., p. I-2933.

primento das obrigações com origem num contrato de empresa, na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, é o lugar de destino da entrega [61].

**XII — A solução que proponho: a designação do lugar de cumprimento em função das circunstâncias particulares do caso em apreço e do vínculo obrigacional em causa**

a) *A oportunidade de uma mudança da jurisprudência*

93. Este ponto conduz-me ao que constitui talvez a principal crítica (ou o principal receio) de que foi objecto a interpretação autónoma assim entendida e que consiste em dizer que ela obrigaria o Tribunal a proceder a uma definição, caso a caso, do lugar de cumprimento de cada uma das inumeráveis categorias de contrato [62].

94. Em minha opinião, é ilusório pensar que é possível proceder a um recenseamento exaustivo de todas as formas de obrigações contratuais presentes e futuras e à atribuição abstracta, a cada uma delas, de um lugar de cumprimento específico. A autonomia da vontade não se pode apreender totalmente. Além disso, este exercício obrigaria os órgãos jurisdicionais nacionais, na falta de uma maior precisão do texto da convenção, a interrogar o Tribunal de Justiça cada vez que se encontrassem confrontados com uma nova categoria de obrigações — os casos especiais são potencialmente inumeráveis — traindo assim os objectivos de simplificação da convenção. Todo o critério de interpretação deve ser simples e inequívoco.

95. As dificuldades decorrentes da jurisprudência estabelecida no acórdão Tessili advogam em favor de uma nova orientação jurisprudencial do Tribunal. Embora ela esteja em vigor desde há mais de vinte anos, e ela tenha sido confirmada solenemente no acórdão Custom Made, a interpretação proposta não se impôs nos órgãos jurisdicionais nacionais, que a seguem de maneira desigual e, sobretudo, muito imperfeitamente. Ora, o facto é que a aplicação correcta da técnica elaborada pelo acórdão Tessili é de uma dificuldade diabólica [63].

96. A questão prejudicial colocada pela Cour de cassation, que está ao corrente da posição adoptada pela jurisprudência comunitária, deve ser compreendida como um apelo desesperado para se chegar a que o objectivo de uniformização, que o Tribunal de Justiça deve prosseguir, se concretize em critérios hermenêuticos cujo rigor científico seja maior ou menor, mas que respondam às necessidades que deve enfrentar

61 — Ponto 1 da sua conclusão, Colect., p. I-2947.

62 — É, todavia, a proposta do Governo Alemão e do Governo do Reino Unido.

63 — Recorde-se que, interrogados durante a audiência sobre o resultado ao qual teria conduzido a aplicação do método Tessili nos seus direitos nacionais respectivos, nenhum representante dos governos intervenientes — relativamente aos quais se deve presumir que são peritos na matéria — foi capaz de dar uma resposta satisfatória. Então, como é que se poderia exigi-lo do tribunal de comércio, que nem sequer é composto por magistrados profissionais?

e aos meios de que dispõe um juiz de instância na Comunidade, sem comprometer *sensivelmente os outros objectivos* da convenção.

97. Creio que chegou o momento em que a sabedoria e a prudência do Tribunal de Justiça se devem impor de novo. Convém proceder a uma mudança da jurisprudência para interpretar o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas, em conformidade com as exigências da realidade social.

98. É preciso resistir à tentação de esperar que a necessária mudança venha das negociações relativas à modificação da Convenção de Bruxelas que se desenvolvem actualmente no seio do Conselho [64]. Primeiro, porque um tal comportamento seria contrário às características da função jurisdicional: por detrás do caso em apreço, há concretamente particulares que, depois de anos de litígio, têm o direito de obter uma resposta jurídica, independentemente das vicissitudes de uma negociação política. Em seguida, porque a experiência ensina que o resultado de tais negociações políticas é sempre incerto, como o é igualmente a data na qual ele deve ter lugar. Por fim, porque tratando-se de uma questão de técnica processual, ninguém está melhor colocado que o juiz para encontrar a solução que combina o mais habilmente possível os interesses de uma boa administração da justiça e os de uma protecção adequada dos particulares.

b) *O novo critério de interpretação*

99. A terceira via de interpretação que evoquei mais acima constitui, como já indiquei uma variante daquela que expus em primeiro lugar. Ou, melhor ainda, uma interpretação autónoma concreta em oposição ao que se poderia chamar uma interpretação autónoma abstracta. Enquanto existia nesta última versão uma definição abstracta do lugar de cumprimento de cada uma das obrigações contratuais características, naquela que abordo presentemente, a abstracção limitar-se-ia a enunciar um critério de interpretação muito simples, deixando ao juiz nacional o cuidado de o aplicar no caso em apreço.

100. Segundo esta proposta [65], o juiz a quem o pedido foi apresentado deve determinar «o lugar onde a obrigação foi ou deva ser cumprida» em função das circunstâncias particulares do caso em apreço tendo em conta a natureza do vínculo obrigacional em causa.

101. Não contesto que esta óptica obriga o juiz a apreciar os factos que servem de base ao litígio, mas qualquer solução — assim

64 — Para um resumo das propostas de revisão ver Hertz, K.: *Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*, Copenhague, 1998, pp. 159 e segs.

65 — Que não tem nada de revolucionário visto que é tão velha como a própria Convenção de Bruxelas.

como expliquei acima — requer uma certa análise das condições de facto do pedido. Ainda por cima, considero que uma certa apreciação das condições de facto não só é inevitável, mas legítima. A razão de ser da noção de «lugar de cumprimento» de uma obrigação contratual reside nos critérios factuais [66], como é o caso igualmente da noção de «lugar de ocorrência do facto nocivo». Todavia, o Tribunal não teve o menor embaraço em interpretar este último conceito de modo autónomo [67]. É evidente que, apreciando estas circunstâncias de facto, tendo em conta a natureza da obrigação considerada, juízes diferentes podem chegar a soluções diferentes. Mas é a localização do «facto nocivo» sempre unívoca?

102. É uma característica própria da administração da justiça humana que, quando se ligam certas condições de facto a uma norma, pode acontecer que juízes diferentes cheguem a conclusões divergentes. Todavia esta é uma situação inevitável e que, portanto, a ordem jurídica deve tolerar. O que é mais difícil de admitir, do ponto de vista da boa administração da justiça — para a qual em definitivo tende a convenção no seu todo — é que, para verificar unicamente se o juiz a quem o pedido foi apresentado é competente internacionalmente, sejam necessárias quatro instâncias judiciárias e mais de sete anos de processo [68].

103. Salvo no que diz respeito às obrigações de pagamento de uma soma de dinheiro, o reenvio às circunstâncias do caso em apreço em função da natureza da obrigação em litígio deve permitir, na maioria dos casos, determinar com uma fiabilidade suficiente o ou os lugares de cumprimento de uma obrigação.

Esta afirmação não é válida — reconheço-o — no que diz respeito às obrigações de simples pagamento. Em definitivo, é fácil notar que é a existência de diferentes regimes na Europa, quanto ao lugar onde estas obrigações devem ser cumpridas, que levou a recorrer ao método conflitualista. A culpa é do acórdão De Bloos! A solução devia consistir, desde o princípio, em só tomar em conta, para os fins do artigo 5.°, n.° 1, a única prestação característica do contrato em causa. Assim, teria sido possível designar, na imensa maioria dos casos, um lugar de cumprimento para fins processuais próximo dos elementos essenciais do contrato. Todavia, para evitar esta leitura razoável do texto da convenção — que teria sido perfeitamente apropriada aos seus objectivos -, instaurou-se, para todas as categorias de obrigações, um método

66 — V. Jayme, E.: «Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer — Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», *IPrax*, 1995, pp. 13 e segs., em particular p. 14.

67 — V. a este propósito, Pocar, F.: «Las competencias especiales del artículo 5 del Convenio en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario», *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, op. cit. pp. 119 e segs.

Em violação do artigo 6.°, n.° 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da exigência de um julgamento «num prazo razoável», que ele estabelece.

cuja aplicação foi ao encontro de grandes dificuldades.

Por conseguinte, considero que, para os fins do forum contractus, o juiz deve presumir que o lugar de cumprimento de uma obrigação é aquele em que foi ou deve ser cumprida a prestação que caracteriza a relação jurídica considerada.

104. A solução proposta por Lenz no quadro do processo Custom Made já se inscrevia numa óptica autónoma. Todavia, em minha opinião, a proximidade em relação aos factos (à qual — como expliquei — prefiro o «elemento de conexão com o litígio») não pode constituir em si própria o critério de determinação do forum executionis, mas a justificação principal da criação deste foro especial. Os autores da convenção julgaram oportuno oferecer a possibilidade de apresentar um pedido ao juiz do lugar de cumprimento da obrigação contratual em litígio *porque*, entre outras coisas, este foro seria, na prática, próximo dos factos. Se eles tivessem querido que em matéria contratual o juiz mais próximo dos factos pudesse ser sempre competente, porque razão não o ter dito? [69].

105. O elemento de conexão com o litígio, embora não possa constituir por si um critério de interpretação, deve constituir para o juiz nacional um corrector ou um indicador se dúvidas, que seriam de outro modo insolúveis, se colocarem quanto ao lugar de cumprimento da obrigação. Tais casos apresentam-se quase sempre a propósito de certas obrigações de entregar um bem móvel. Todavia, estou convencido que, na imensa maioria dos litígios, um exame das circunstâncias do caso em apreço em função da natureza da obrigação em causa chega para designar um lugar de cumprimento que corresponde, com uma fiabilidade razoável, aos objectivos da convenção [70].

106. Por consequência, considero que o critério da «proximidade» só deve desempenhar um papel acessório na interpretação do critério convencional do «lugar». Por mais importantes que sejam, a minha escolha não se apoia exclusivamente em argumentos tirados da fonte autorizada que constitui o texto da convenção, mas tem uma justificação mais profunda. Por um lado, a noção de «proximidade em relação aos factos» parece-me relativamente mais imprecisa do que aquela de «lugar de cumprimento» (definido simplesmente em função das circunstâncias do caso em apreço e da relação jurídica em causa), com o risco acrescido de multiplicação dos foros possíveis [71]. Por outro lado, considero que qualquer disposição — mesmo processual —, em matéria contratual, deve ser objecto da interpretação que melhor tome em consideração a própria fonte dos vínculos obrigacionais: a vontade das partes.

69 — V., neste sentido, Tichadou, E.: «Conventions internationales unifiant le droit matériel et détermination du lieu d'exécution, au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 87, especialmente o parágrafo 17.

70 — O critério do «elemento de conexão ao litígio» pode igualmente permitir localizar, em caso de dúvida, as obrigações de simples pagamento enquanto o isolamento das obrigações instituído pela jurisprudência De Bloos não for abandonado.

71 — «... a utilização de outros critérios que não o do lugar de cumprimento, quando, em virtude deste, o foro competente não tem qualquer conexão com o litígio, pode comprometer a previsibilidade do foro competente, sendo assim incompatível com o objectivo da convenção» (acórdão Custom Made, supracitado, ponto 18).

Quando tenta determinar o lugar de cumprimento duma obrigação, é evidente que o juiz deve procurar antes de mais qual foi ou pode ter sido exactamente a vontade das partes, sem o consentimento das quais a obrigação não existiria. Se o juiz pode deduzir das circunstâncias do processo em apreço, tendo em conta a natureza da relação jurídica em litígio, qual foi o lugar de cumprimento querido pelas partes, de modo expresso ou tácito, o forum contractus assim designado beneficiará — para além da justificação que lhe dá a sua proximidade previsível em relação aos factos — da legitimidade que lhe confere o facto de ter sido — mesmo indirectamente — querido pelas partes. Por outras palavras, o réu pode ser levado perante o juiz do lugar de cumprimento da obrigação contratual porque, de certa maneira, terá consentido, pela expressão da sua vontade que o juiz se encarregará de procurar, na criação dessa razão de competência especial. É evidente que esta legitimidade falta ao tribunal que é competente em razão da circunstância puramente objectiva de se encontrar na proximidade dos factos do litígio.

107. Se ele tivesse aplicado este critério ao caso em pareço, fundamentando-se nos elementos de que o Tribunal dispõe, parece que, tendo em conta as circunstâncias do processo em apreço e o facto de se tratar de uma obrigação de transportar uma coisa sem a danificar, o juiz de primeira instância teria podido deduzir facilmente que, perante as partes efectivamente ligadas por um contrato de transporte, o lugar de cumprimento desta obrigação é aquele que as partes tinham designado como tal. Sem ter que entrar em longas digressões sobre a lei aplicável ao acto jurídico em causa, parece resultar dos factos do processo principal que o porto de destino mencionado no conhecimento de carga é o porto de Santos, no Brasil. Com base neste elemento, este porto deve ser considerado como sendo o lugar de cumprimento. Em caso de designação de órgãos jurisdicionais de um Estado que não é parte na convenção, a competência especial do artigo 5.° não se aplica. Na ausência de outras razões de competência concomitantes, o juiz francês deverá declinar a sua competência. Todavia, recordo que este exame deve ser feito pelo órgão jurisdicional nacional e não pelo Tribunal de Justiça.

108. Em definitivo, o foro designado pelo lugar de cumprimento de uma obrigação contratual em função das circunstâncias do processo em apreço, tendo em conta o vínculo obrigacional em causa, alia as vantagens da interpretação autónoma às que resultam da aplicação de um critério simples e unívoco para todos os contratos. Em si mesmo, não implica dispersão de competência maior do que a ocasionada pela técnica Tessili, e respeita escrupulosamente tanto a letra como o espírito da convenção. As dúvidas que podem surgir para o determinar devem ser resolvidas em conformidade com o critério do elemento de conexão, que o litígio tem com um lugar concreto, sendo este o objectivo especial do forum contractus criado pela convenção.

## XIII — Conclusão

109. Pelos fundamentos anteriormente apresentados, propomos que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial colocada pela Cour de cassation da seguinte forma:

«O artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de se dever entender por *lugar de cumprimento* de uma obrigação contratual, aquele que é designado em função das circunstâncias do processo em apreço e da natureza da relação jurídica em litígio, sendo entendido que é presumido que este lugar coincide com aquele onde foi ou deve ser cumprida a prestação que caracteriza a relação jurídica considerada. Se vários lugares são designados, convém reter aquele que apresenta o elemento de conexão mais estreito com o litígio.»