

O MERCADO ÚNICO E AS FONTES DO DIREITO PRIVADO EUROPEU *

ALFREDO CALDERALE

Professor das Universidades de Bari e de Foggia, Itália

1. O DIREITO PRIVADO EUROPEU: DO MERCADO COMUM AO MERCADO ÚNICO

Por direito privado europeu se entende também o sistema de normas que disciplinam o mercado interno da União¹, ou seja, o mercado único cuja constituição representa o objetivo estratégico do Ato Único e do Tratado de Maastricht.

A evolução do direito privado europeu está ligada ao desenvolvimento do processo de integração econômica entre países pertencentes à Comunidade.

* Palestra proferida na EMERJ, em 27/04/2001, por ocasião do seminário "Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu"

¹ O direito privado europeu foi definido como "o conjunto das disposições que regulam uma relação entre particulares ou todavia incidem diretamente sobre este, são dotados de eficácia imediata e tutela jurisdicional das situações singulares, são destinadas a uma aplicação uniforme no sentido em que constituem cada uma o direito nacional interno dos Estados membros, mas, ao mesmo tempo, direito *comunitário* vigente de modo uniforme em cada um dos mesmos Estados"

[Nestes termos, SCANNICCHIO, "O direito privado europeu no sistema das fontes", *in* LIPARI (a cura de), *Direito Privado Europeu*, v. I, Padova, 1997, p. 100] Trata-se de uma matéria em constante expansão, que tem coberto "um número importantíssimo de aspectos, institutos e relações do direito privado geral", como afirmou VAN GERVEN, "The Case Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to Europeanisation of Private Law", *in* *European Review of Private Law*, 1995, p. 368 ss. Este autor sublinhou que "Matérias como a responsabilidade para produtos danosos, o crédito ao consumo, as vendas a domicílio, as vendas a distância, o contrato de viagem, os depósitos bancários dos poupadores, o contrato de seguros, a circulação de valores mobiliários, o direito autoral, as condições de contrato, a multipropriedade, a 'pessoa jurídica' (sob o perfil das associações profissionais produtoras de 'normas' ou código de conduta, e também sob aquele das associações de operadores investidos de uma tarefa de controle e aplicação dos direitos, como no caso dos consumidores, ambiente, usuários etc.), a regulamentação da concorrência etc., já podem constituir um notável *corpus* de direito privado da comunidade europeia, mesmo limitando-se as diretivas mais relevantes na matéria"

No primeiro período de vida da Comunidade Européia², isto é, desde 1957, ano da assinatura do Tratado de Roma, instituidor da Comunidade³, até 1986, quando foi subscrito o Ato Único⁴, o objetivo dos Estados membros foi aquele de dar vida ao mercado comum, ou seja, facilitar a troca entre Países da Comunidade. Para criar o mercado comum foram eliminadas as barreiras técnicas e jurídicas que obstaculizavam a livre circulação física das mercadorias, das pessoas, dos capitais e se combateram os acordos de anticoncorrência. Nesta fase desenvolveu um papel decisivo a Corte de Justiça CE, a qual fez com que fosse superada a dificuldade encontrada no processo que deveria harmonizar as leis, sobretudo aquelas que individualizam as características técnicas das mercadorias. O instrumento jurídico utilizado pelos juízes foi a combinação do disposto nos artigos 30 e 36 do Tratado, disposições estas, que vetam as restrições quantitativas às exportações, bem como medidas equivalentes, a menos que estas não sejam justificadas por motivos particulares⁵.

Assim, a partir do caso **Cassis de Dijon** de 1979⁶, a Corte decidiu que, se determinados produtos circulavam livremente nos países de origem de conformidade com as normas técnicas ali em vigor, os outros países não podiam impedir a circulação em seu interior pelo fato de aqueles produtos estarem sujeitos a uma disciplina doméstica mais rigorosa. Em tal perspectiva, cada um dos Países da Comunidade conservou a própria especificidade com respeito à normativa, expressa pelo direito civil e pelo direito comercial, relativamente aos sujeitos econômicos, às disposições sobre o contrato em geral e àqueles simples tipos contratuais, regras que disciplinam o mercado. Por isto é correto dizer que o mercado “comum” reclama a idéia da

² Sobre a história da Comunidade Européia, MAMMARELLA E CACACE. *História e Política da União Européia*, Bari, 1998.

³ O Tratado Instituidor da Comunidade Européia foi assinado em Roma, em 13 de março de 1957 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958. Pode ser lido in TIZZANO. *Codice Dell'Unione Europea*, Padova, 1998, p. 3ss.

⁴ Assinado em Luxemburgo em 17 de fevereiro de 1986 e em Haia em 28 de fevereiro de 1986 (GUCE L. 169 de 29 de junho 1987, p. 4). Entrou em vigor em 1º de julho de 1987.

⁵ Segundo o art. 36 trata-se de motivos de moralidade pública, de ordem pública, de segurança pública, da tutela da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou da preservação dos vegetais, de proteção do patrimônio artístico, histórico, arqueológico nacional ou da tutela da propriedade industrial e comercial.

⁶ Corte de Justiça CE. “*Rewe Zentral AG (Cassis de Dijon) c Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein*”, causa 120/78, in *Racc.*, p. 649.

comunicação entre os mercados nacionais, que permanecem sempre diversos, ainda que compartilhem de um certo número de regras que visem à eliminação dos obstáculos a igual comunicação⁷. É natural que, no período considerado, ficou em segundo plano o processo de harmonização das próprias regras de cada mercado nacional. Ora, enquanto destinada a premiar os produtos qualitativamente mais depreciados, a “integração negativa” entre as simples disciplinas nacionais tendia a alterar a mesma competição entre as empresas, privilegiando aquelas inclinadas a uniformizarem-se em *standards* qualitativos menos severos e caros e se arriscava de corromper os mesmos “gostos” dos consumidores, além de deixá-los privados de tutela.

Este estado de coisas despertou as instituições comunitárias e, a partir de 1986, a escolha fundamental, reconfirmada no Tratado de Maastricht⁸, foi aquela da constituição de um mercado interno entre os Países da Comunidade. Desde que a formação de um mercado único conduza à unidade a dimensão territorial, quantitativa e relacional do mercado, torna-se necessária a aplicação de regras iguais sobre todo o território do “mercado”, não só para os produtos e serviços, mas também para as atividades e as relações jurídicas⁹. Por esta razão, vão desaparecendo as diferenças entre as disciplinas nacionais que regulamentam os mercados particulares e se afirmam regras jurídicas comuns relativas a todos os perfis jurídicos do mercado: aqueles relacionados às mercadorias enquanto tais, aqueles que atendem aos operadores econômicos e aos contratos com os quais circulam os bens ou serviços em favor dos beneficiários finais e governam as relações entre as mesmas empresas¹⁰. Um papel particularmente importante reveste o direito contratual, destinado, graças à adoção de técnicas jurídicas particulares, a ser o lugar privilegiado para eliminar a assimetria informativa que caracteriza o mercado final de bens e serviços para influenciar o exercício e a organização da atividade das empresas, chamadas a suportar um custo jurídico das operações tendencialmente uniformes, em vista do correto funciona-

⁷ SCANICCIO. *Il diritto privato*. cit. . 26

⁸ Assinado em 7 de fevereiro de 1992 (GUCE. C 91 de 29 de julho de 1992, p. 45) Entrou em vigor em 1º de novembro de 1993

⁹ SCANICCHIO. *Il diritto privato*. cit. . p. 26

¹⁰ Para um maior aprofundamento do exame dos processos descritos se dirige a JANNARELLI. *La disciplina dell'Atto*. cit. . p. 490 ss

mento do mercado competitivo¹¹. Na perspectiva acima, merece ser sublinhado que, no que diz respeito aos produtos, se passou da simples equivalência do *set* de regras asseguradas pela Corte de Justiça à uniformização da norma - técnica, que se exprime em regras homogêneas, que fixam *standards* comuns às mercadorias: a exemplo, a diretiva 92/59 CEE sobre a segurança geral dos produtos. Neste novo quadro, para não sacrificar a peculiaridade dos produtos de idêntico setor mercadológico, conquistaram importância as normas para o fim de etiquetagem, de atestados relativos a origem etc.¹²

2. DIRETIVAS E REGULAMENTOS COMUNITÁRIOS: A EFICÁCIA NAS ORDENAÇÕES DOS ESTADOS MEMBROS

As normas jurídicas chamadas a realizar os objetivos de natureza econômica do passado ou do presente estão contidas essencialmente nos regulamentos e nas diretivas. De conformidade com o artigo 189 do Tratado de Roma¹³, estão dentre os atos por meio dos quais as instituições europeias cumprem os seus deveres¹⁴. O regulamento, "equivalente à lei nos ordenamentos estatais¹⁵", tem importância geral, porque se destina não a sujeitos particulares, mas considerados abstratamente em seu conjunto¹⁶. O regulamento é "diretamente aplicável em cada um dos Estados membros¹⁷", isto é, dotado de uma eficácia direta. Por sua vez, esta eficácia direta é

¹¹ JANNARELLI, op. Ult. Cit., p. 491

O A ressalta que um dos mais importantes instrumentos técnicos do qual se fez recurso é o assim chamado neoformalismo de negociação. Por formalismo de negociação se entende uma rígida ligação entre a forma escrita do ato e a "recorrência nesse de um específico conteúdo". Como resulta de uma leitura horizontal da disciplina comunitária, o legislador fixou uma grade de cláusulas contratuais, que o proponente deve necessariamente inscrever no contrato, com o intuito de fornecer à outra parte, as informações necessárias ao tratamento jurídico da relação. Uma vez que estas cláusulas podem ser preenchidas pelos vários conteúdos segundo a escolha de cada um dos proponentes ou do êxito da tratativa entre as partes, é evidente que venha restaurado entre as mesmas empresas um correto jogo de concorrência, porque agora o consumidor, removida a nuvem do contrato, com razão, pode aderir, entre as várias propostas, àquela que lhe pareça a mais conveniente, avaliando de maneira adequada o valor compreensivo do negócio sem ser forçado a concentrar-se exclusivamente sobre o preço

¹² JANNARELLI, op. Ult. Cit., p. 491

¹³ TESAURO, *Diritto privato comunitario*, Padova, 1995, p. 104 ss

¹⁴ Estando no mesmo artigo 189 do Tratado Instituidor da CE, a tipologia dos atos compreende também as decisões, as recomendações e pareceres. Sobre o ponto de vista, TESAURO, op. Loc. Ult. Cit.

¹⁵ TESAURO, op. Ult. Cit., p. 89

¹⁶ "*Federation boucherie en gros*" Causas reunidas 19 C 22/62, sentença de 14 de dezembro de 1962, in *Raccolta*, p. 915 ss, specie a p. 931

¹⁷ Art. 189, parágrafo 2. do Tratado Institutivo da CE

vertical ou horizontal, a saber, enquanto o regulamento contenha disposições favoráveis aos indivíduos, essas são *ipso iure* geradoras de situações tuteladas, quer em confronto do Estado (eficácia vertical), quer em confronto de um outro sujeito privado (eficácia horizontal). A diretiva é um ato que “vincula o Estado membro ao qual é dirigida, porquanto diz respeito ao resultado a alcançar, ficando a salvo a competência dos órgãos nacionais quanto ao mérito, à forma e aos meios”¹⁸. Por isto se diz tradicionalmente que a diretiva vincula somente os Estados destinatários e, portanto, é dotada de uma eficácia útil, mas não de *direct effect*. Em linhas gerais, a diretiva, impondo aos Estados membros uma obrigação de resultado, deixam-nos livres quanto ao modo e aos instrumentos para alcançá-lo. Todavia, em mais vezes a Corte de Justiça CE reduziu o valor prático desta afirmação comum. De fato, a Corte precisou que existe uma importância vinculante da diretiva, ao menos no que diz respeito ao prazo fixado para a entrada em vigor das medidas internas de atuação¹⁹, além do que, estabeleceu que o instrumento formal pré-escolhido pelo Estado deve satisfazer à exigência de certeza e clareza das situações jurídicas, sobretudo com o intuito de permitir aos interessados de fazer valer os próprios direitos diante dos juizes nacionais²⁰: por conseqüência, foram declaradas inadequadas as simples práticas administrativas, sob o fundamento de que estas, seja por não contradizerem o imposto pela diretiva ou por perfeita adequação ao seu conteúdo, por sua própria natureza, eram modificáveis pela vontade da administração e privadas de publicidade²¹. Com o intuito de assegurar a execução da diretiva e de sancionar a inércia dos Estados renitentes²², a mesma Corte de Justiça editou uma série de decisões que em seu complexo asseguram um certo grau de eficácia direta e também para as diretivas de um determinado tipo. De fato, se a diretiva contém disposições que atribuem direitos claros, precisos e incondicionais, os quais, por isso não requeiram alguma intervenção discricionária de poder do Estado quanto às suas precisas determinações, ou seja, se se trata de uma diretiva detalhada, os juizes estabeleceram, em pri-

¹⁸ Art. 189, parágrafo 3. do Trattato Istitutivo della CE

¹⁹ Commissione c. Italia, causa 52/75, sentença de 26 de fevereiro de 1976, *in Raccolta*, p. 277

²⁰ Commissione c. Germania, causa 29/84, sentença de 23 de maio de 1985, *in Raccolta*, p. 1661, ponto 23

²¹ Commissione c. Irlanda, causa C-384/92, sentença de 22 de dezembro de 1993, *in Raccolta*, p. 107055, ponto 5. a

²² TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 114

meio lugar, que essa é dotada de eficácia direta, mesmo sendo somente vertical²³. A consequência é que a situação subjetiva vem reconhecida e protegida no confronto com o Estado membro. Por exemplo, algumas diretivas estabelecem o princípio da não-discriminação entre sexos em matéria de trabalho²⁴. Estas contêm disposições bem detalhadas ao estabelecer, quantos sejam os direitos das gestantes que trabalham. Se o Estado não dá plena aplicação à diretiva e, por causa de sua inércia, permanecem em vigor regras nacionais, que permitam às partes uma disciplina discriminatória do contrato de trabalho, os trabalhadores, que vêm recusado um determinado tratamento ou que venham a ser licenciados com violação do princípio de igualdade de tratamento, não podem agir diretamente contra o empregador, a fim de fazer valer a diretiva na relação privada de trabalho, mas poderiam agir somente contra o Estado, pedindo-lhe substancialmente que aplique a diretiva. As coisas porém estão destinadas a mudar radicalmente se o empregador é o Estado, mesmo porque contra o Estado a diretiva seria imediatamente aplicável. Ora, o próprio grau de enfraquecimento da tutela dos direitos dos privados, ilustrado no exemplo, conduziu a Corte de Justiça a predispor formas de relação horizontal “indiretas” da diretiva não aplicada. As técnicas das quais os juizes se serviram foram diferentes. A primeira consistiu em afirmar o dever dos juizes nacionais de interpretar as disposições internas vigentes, sejam estas anteriores ou sucessivas à diretiva não acolhida, de maneira o mais possível conforme à própria diretiva²⁵. Para justificar formalmente esta decisão foi citado o art. 5º do Tratado de Roma, o qual obriga todos os Estados membros²⁶ a se empenharem para assegurar a eficácia das disposições comunitárias. Um exemplo ilustra a importância

²³ Faccini Dori c. Soc. Recreb., causa C-91/92, sentença de 14 de julho de 1994, in *Foro It.*, 1995, IV, c. 38, com nota de DANIELE, “La Corte di giustizia conferma l’efficacia diretta ‘intermittente’ delle direttive comunitarie”

²⁴ Dir. 76/207 CE, dir. 97/7 CE

²⁵ Faccini Dori, cit.; “Soc. Marleasing c. Soc. La Commercial Internacional de alimentacion”, causa C-106/89, sentença de 13 de novembro de 1990, in *Foro It.*, 1992, IV, c. 173, com nota de DANIELE, “Novita in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuale”

²⁶ Por Estado a Corte de Justiça entende “qualquer organismo que, independentemente da sua forma jurídica, tenha sido encarregado, com um ato de autoridade pública, de prestar sob o controle desta última um serviço de interesse público” (“Foster e a c. British Gas Plc”, causa C-188/89, sentença de 12 de julho de 1990, in *Raccolta*, I-3313) Portanto, constituem “Estado” as Prefeituras, as Regiões, as USL e também organismos independentes que desenvolvem serviços públicos sob o controle estatal (“Marshall c. Southampton and South West”, causa 152/84, sentença de 26 de fevereiro de 1986, in *Raccolta* I-723

desta consolidada tendência jurisprudencial. Em alguns casos italianos era pedida a aplicação direta da dir. 85/577/CEE, a qual, na hipótese de vendas estipuladas fora dos locais comerciais, prevê que o comprador possa desistir do contrato ao término de sete dias a partir da entrega do bem.

A estratégia dos consumidores era ditada pela circunstância de que, no momento da estipulação da venda, a diretiva acima mencionada ainda não havia sido acolhida pela código italiano²⁷. A Corte de Justiça, no exame da questão de conformidade com o art. 177 do Tratado de Roma, no caso **Faccini Dori**, embora reafirmando, para a desilusão de alguns estudiosos, a inexistência do *direct effect* de uma diretiva não recepcionada nos códigos dos Estados membros, repetia o princípio acima mencionado em matéria de interpretação. Na Itália, a Corte de Cassação, ignorando a orientação da Corte de Justiça, desde o início reafirmou que, na falta de uma providência de aplicação da diretiva, o direito de desistência não podia ser exercido pelo consumidor²⁸, mas depois mudou a orientação com base em um raciocínio que merece ser exposto²⁹. À Corte se pedia que cassasse a decisão com a qual o Conc. Roma em 5 de junho de 1992 tinha decidido conceder com base na equidade (art. 113 do Código de Processo Civil) a rescisão de um contrato estipulado antes que a diretiva fosse aceita. Evocando antigos modelos de coexistência entre os sistemas jurídicos (*common law e equity* e *ius civile*) e (*jus praetorium*), a Cassação reteve que a mera existência de uma diretiva, ainda que não atuante, é suficiente para legitimar a decisão do conciliador com base na equidade. Em outras palavras, embora o direito à rescisão não representasse ainda na regra legal da relação, esta se constituiria em regra equitativa, como tal aplicável pelo conciliador³⁰. À parte a peculiaridade da decisão, fundamentada sob os poderes equitativos do conciliador, é preciso sublinhar que, em linhas gerais, a adequação da interpretação de uma norma interna a uma diretiva não atuante pode conduzir à desaplicação da regra doméstica e isto pode abrir as portas para o ingresso

²⁷ A diretiva em questão foi aceita na Itália com d lgs. de 15 de fevereiro de 1992, n° 50, em G.U. de 23 de fevereiro de 1992, n° 27, suppl. Ord. n. 22. In argumento, JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995. Sob o direito de desistência, CALDERALE e VITI, *Condizioni e modalità del diritto di recesso*, iv, p. 147 ss.

²⁸ Cass., de 28 de fevereiro de 1995, n° 2275, in *Giur. It.*, 1995, I, I, c. 99 e de 5 de maio de 1995, n° 2589, in *Consumer Law Journal*, 1996, p. 10.

²⁹ Cass., de 20 de março de 1996, n° 2369, in *Foro It.*, 1996, I, c. 1665, com nota de PALMIERI.

³⁰ SCANICCHIOA, *Il diritto privato*, cit., p. 59 s.

de direitos e obrigações das partes que não existiriam se a regra interna viesse a ser aplicada. A título de exemplo se pode citar o caso, tratado em precedência, de atribuição de novos direitos aos trabalhadores dependentes do Estado³¹. Um segundo sistema para dar proteção uniforme aos direitos individuais dos cidadãos foi reconhecer isoladamente a possibilidade de acionar o próprio Estado a juízo para obter o ressarcimento do dano causado pela falta de atuação da diretiva comunitária. **Leading case - Francovich**³²: a dir. 80/87/CEE previu a instituição de um fundo de garantia com o intuito de tutelar os trabalhadores contra eventuais insolvências do empregador. Na Itália a diretiva não foi tempestivamente recebida, de modo que algumas pessoas particulares, trabalhadores de empresas insolventes ou falidas, pediram para fazer valer o direito de obter diretamente do Estado as garantias previstas (na prática o pagamento de salários devidos segundo a diretiva) ou, alternativamente, uma indenização. O primeiro pedido foi negado enquanto, na falta de uma intervenção estatal, não era determinada a pessoa do devedor, ou seja, o Fundo de garantia e, por isso, a diretiva não podia ser oposta ao Estado. Ao invés, foi acolhido o segundo pedido, com a consequência de que os autores foram autorizados a dirigir-se contra o Estado para o reparo da perda patrimonial sofrida, que a Corte pareceu ter fixado na medida mínima prevista pela diretiva. Ao motivar a própria decisão, a Corte se baseou nos artigos 5º e 189 do Tratado de Roma, já ilustrados, anteriormente, e precisou que, entre as obrigações dos Estados, existe também aquela de eliminar as consequências ilícitas de uma de suas violações. Em substância, foi afirmada a responsabilidade do Estado pela falta do exercício da própria atividade legislativa, responsabilidade geralmente excluída em quase todos os países da comunidade³³. Ao comentar a sentença, alguns estudiosos aprovaram o julgamento dos juizes

³¹ JANNARELLI, "Le tecniche giuridiche di attuazione giudiziale del diritto comunitario al bivio. il caso del lavoro notturno femminile", in margine a Cass., de 3 de fevereiro de 1995, nº 1271, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, c. 106.

³² Corte de Justiça CE, "Francovich c. Repubblica italiana, Bonifaci e altri c. Repubblica italiana" causa C 9/90, sentença de 19 de novembro de 1991, in *Foro It.*, 1992, IV, c. 146, com nota de BARONE e PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore* e de PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*.

³³ As condições sob as quais é acordado o ressarcimento são as seguintes: a) que a providência intenda atribuir ao particular um direito, b) que o conteúdo deste direito seja preciso, c) que haja uma ligação de causalidade entre a violação por parte do Estado e o dano sofrido pelo indivíduo; este último é a única condição "comunitária", que caracteriza o ato ilícito.

comunitários, reafirmando que “a responsabilidade do Estado legislador se impõe com base mesmo na prevalência do direito comunitário. A legislação nacional deve ser adequada a fim de garantir a tutela dos direitos aos cidadãos comunitários”³⁴. Todavia, também é assinalada a opinião dos que teorizam a responsabilidade do Estado sobre bases diversas. A responsabilidade do Estado se apoiaria mais sobre o direito individual ao cumprimento dos comandos comunitários, enquanto que os art. 5º e 189 do Tratado não criariam situações de vantagem em relação aos indivíduos, sobre a violação da específica situação patrimonial privada protegida pela particular diretiva não aplicada. Isto, com respeito ao direito italiano em tema de responsabilidade civil, serve para mudar a base do ressarcimento do dano sofrido pelo comportamento ilícito do Estado para a injustiça do dano sofrido pelo sujeito. O raciocínio assenta-se no pressuposto de que, eliminada a separação entre legislação comunitária e legislação interna, o particular é titular de um direito que a disposição comunitária, dotada pelo menos de eficácia direta, atuante ou não atuante, introduz, nada obstante, em todas as legislações internas³⁵. Em todo caso a solução *di Francovich* foi definida, com razão, como revolucionária no campo do efetivo gozo dos direitos conferidos às pessoas pelas normas da Comunidade³⁶. Em primeiro lugar, a sentença produziu a ampliação da tutela jurisdicional dos direitos privados. De fato, pôs um remédio à ineficácia horizontal das providências comunitárias deslocando para o Estado inadimplente os custos que a aplicação das diretivas teria imputado ao singular cidadão: a não-aplicação da diretiva poupou as empresas do pagamento dos impostos necessários à constituição do Fundo de garantia, mas a poupança da empresa se traduziu em uma despesa por parte do Estado, pois estendeu a legitimidade processual também aos destinatários de disposições não precisas e detalhadas. Além do que a sentença, ao enunciar o princípio em referência, potencializou a proteção dos direitos comunitários porque:

³⁴ KOVAR, “Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire”, in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*. Bruxelas, 1984, p. 274

³⁵ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit p 77.

³⁶ SCANICCHIO, *op. Ult Cit*, p 72 ss

a) Reforçou a obrigação de interpretar o direito nacional à luz do direito comunitário, tornando o cumprimento de tal dever necessário para evitar uma ação de responsabilidade contra o Estado³⁷.

b) Através do ressarcimento do dano, completou a tutela contra o de cumprimento estatal com respeito a situações não diretamente apresentadas.

c) Abriu a estrada ao ressarcimento para a lesão dos direitos comunitários atribuídos aos indivíduos³⁸: tal resultado foi definitivamente alcançado no caso **Brasserie du pêcheur**³⁹, no qual foi enunciada a regra da responsabilidade extracontratual do Estado, concorrente ou alternativa com outros instrumentos de tutela, no caso de violação de normas comunitárias, como a que foi, em uma das situações examinada pela corte, o art. 30 do Tratado de Roma, que precisamente reconhece aos cidadãos da Comunidade o direito de fazer circular livremente as mercadorias⁴⁰.

Como evolução do direito privado europeu, também a afirmação da eficácia horizontal indireta das diretivas responde às exigências da criação de um mercado único. De fato, na fase da construção do mercado comum, a

³⁷ Cfr. nota 75. À luz do quanto foi dito se pode pôr em questão se aos consumidores, aos quais a Corte de Cassação havia negado o direito de desistência dos contratos de venda concluídos fora dos locais comerciais antes que a diretiva 85/577 CEE fosse aceita no código italiano (cfr. a nota nº 75 e o relativo texto), teria podido esperar uma ação de ressarcimento dos danos sofridos por causa da falta de moderação dos juizes da Cassação (órgão do Estado Italiano) a teor do o art. 5º do Tratado.

³⁸ De fato, ao ponto 33 da sentença se diz que a plena eficácia das normas comunitárias seriam postas em risco se cada indivíduo não tivesse a possibilidade de obter um ressarcimento quando os seus direitos fossem lesados por uma violação do direito comunitário. Todavia, uma vez que na causa avaliada pela Corte de Justiça, a obrigação dos Estados membros foi estabelecida pela violação das disposições privadas de efeito direto, era possível sustentar que "nos limites em que uma legitimação de agir seja reconhecida na legislação nacional para fazer valer direitos de que cada indivíduo ostente por força da disposição provida de efeito direto do direito comunitário, seria de fato necessário deferir-lhes em acréscimo um direito ao ressarcimento diretamente fundamentado no direito comunitário em caso de violação destas disposições".

Cfr. n. 18 do caso "Brasserie du pêcheur", infra no texto e a nota seguinte

³⁹ Corte de Justiça CE, "Brasserie du pêcheur AS c. Repubblica Federale di Germania, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Limited e a", causas reunidas C-46 e 48/93, sentença de 5 de março de 1996, in *Foro It.*, 1996, IV, c. 185.

⁴⁰ Na causa, a Brasserie du pêcheur, sociedade francesa produtora de cerveja, em 1981 foi forçada a suspender as exportações da bebida para a Alemanha enquanto a cerveja por ela fabricada não estivesse em conformidade com os requisitos de genuinidade prescritos pelos art. 9 e 10 de *Biersteuergesetz* (lei fiscal sobre a cerveja). Tais disposições foram acolhidas pela Corte de Justiça CE em contraste com o art. 30 do Tratado de Roma, que, em geral, proíbe restrições às exportações (Commissione c. Germania, causa 178/84, sentença de 12 de março de 1987, in *Raccolta*, p. 1227). Por tal razão o autor havia pedido um ressarcimento do dano que a restrição às importações lhe causaram entre os anos de 1981 a 1987.

técnica de realização deste objetivo foi dada pelo interesse das empresas, que era o de ver reconhecido pelo Estado destinatário o regime jurídico do produto ou serviço fixado no Estado de origem, mas não aquele de alcançar a uniformidade dos regimes jurídicos em cada um dos países e, ainda menos, a identidade dos regimes das relações privadas inerentes à circulação dos bens e serviços, pois uma vez que as normas com as quais se quis construir o mercado comum eram dirigidas a orientar a atividade dos órgãos dos Estados e eram destinadas a valer contra estes, o problema da eficácia das diretivas entre os particulares ficou no cenário. Mas, com a construção de um mercado único, as diretivas, pelas razões de política do direito chamadas a atuar como objetivos congêntos aos regulamentos, não se propõem a regular a atividade econômica considerada em si mesma, mas principalmente sob o perfil de seu desenvolvimento em confronto com terceiros e, deste ponto de vista, o problema da eficácia horizontal tem um significado preciso. Este é o de assegurar uma disciplina uniforme sobre um mercado que compreende todos os países, reforçando de qualquer modo a eficácia das diretivas para evitar que a retardada atuação das regras comunitárias nos exclusivos ordenamentos alterem o correto jogo da concorrência entre as empresas e, em última análise, o correto funcionamento do mesmo mercado⁴¹.

3. A TUTELA JURISDICIONAL DAS SITUAÇÕES SUBJETIVAS

Em defesa das situações subjetivas garantidas pelo direito comunitário, a Corte de Justiça CE criou, nos particulares ordenamentos nacionais, um sistema de tutela jurisdicional, uniforme, cheia e efetiva, da forma como se viu completa com a previsão do ressarcimento do dano por violação do direito comunitário. Resulta, portanto, visível o importante comentário, segundo o qual “houve uma progressiva comunitarização do nível de adequação da tutela jurisdicional e também a introdução nos sistemas nacionais de medidas novas ou mais favoráveis ao indivíduo”⁴². Pelas mesmas razões acima mencionadas deve-se observar que este sistema de tutela acompanhou o processo de estruturação do mercado único. Em extrema síntese, pode-se dizer que o sistema construído pela Corte se baseia sobre os seguintes princípios: o primeiro é que a tutela atribuída a um direito originário de

⁴¹ Nestes termos. SCANICCHIO. *Il diritto privato*. cit. p. 80 s.

⁴² TESAURO. *Diritto comunitario*. cit. p. 81ss

um norma comunitária deve ser ao menos igual àquela reservada à correspondente situação do direito interno. O segundo diz que não é permitida a existência de regras jurisdicionais tais, capazes de tornar, na prática, impossível a realização de uma exigência de ordem comunitária⁴³. Por fim, foi estabelecido que, se não existe um remédio jurisdicional interno apropriado a uma exigência comunitária, este remédio deve ser criado pela jurisprudência local. Sobre tal critério inovador convém reportar as expressões mais significativas. Uma lei inglesa proibia a atividade de pesca a quem não tivesse efetuado a inscrição em um registro específico. Suspeitava-se que esta lei contradizia a diretiva comunitária, que garantia a igualdade de tratamento no exercício de tal atividade. Para verificar a conformidade das disposições inglesas ao direito comunitário, a Corte de Justiça iniciou um julgamento. A pedido dos autores, que lamentavam não poder desenvolver as suas atividades na pendência da sentença comunitária, a Corte estabeleceu que, a extinção do processo e na iminência de um grave prejuízo dos interessados, o juiz interno pode dispor de uma medida provisória de suspensão da disposição de lei suspeita, não obstante o direito interno exclua toda possibilidade de medida do gênero, na espécie porque se tratava de providências a serem emitidas contra a Coroa⁴⁴. Pelo contrário, em um outro caso a Corte afirmou o poder do juiz interno de adotar uma medida provisória, ainda que não prevista pelo direito interno, para suspender a execução dos atos nacionais que davam aplicação ao regulamento comunitário na espera de que fosse resolvida a questão de validade deste último⁴⁵.

4. AS MEDIDAS COMUNITÁRIAS E AS FONTES DO DIREITO ITALIANO

Sabe-se que o sistema das fontes é constituído pelo complexo de normas dirigidas a regular as condições de validade e de eficácia de todas as regras do ordenamento jurídico⁴⁶. O sistema das fontes do direito italiano se

⁴³ Marshall II, causa C-271/91, sentença de 2 de agosto de 1993, *in* Raccolta, p. 1-4367, pontos 24-30. Na causa foi julgado que não era conforme à diretiva comunitária, que proíbe toda discriminação com base no sexo e por isto exige medidas jurisdicionais adequadas e eficazes à norma nacional, que, para dissuadir o empregador a ter comportamentos discriminatórios, fixava um certo limite ao montante do ressarcimento devido ao trabalhador injustamente despedido e, além do mais, não previa que sobre tal soma fossem calculados juros.

⁴⁴ "The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factorame Ltd", causa C-213/89, sentença de 19 de junho de 1990, *in* Raccolta, I- 2433.

⁴⁵ Zuckerfabrik Suderdithmarschen, causa C-143/88 e C-92/98, sentença de 21 de fevereiro de 1991, *in* Raccolta, I-415.

⁴⁶ Cfr. GUASTINI, "Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", *in* Riv. Fil. Dir., 1986, p. 424 ss.

formou em momentos históricos diversos. Aquele delineado pelo Código de 1942, no art. 1º das leis introdutórias, submeteu-se a uma significativa mudança em 1948: logo após a queda do fascismo e com o advento da República, a Constituição introduziu um ulterior critério de “validade” das normas do ordenamento, com respeito às quais ela se põe como fonte primária e hierarquicamente superior. Logo após a adesão da Itália à Comunidade europeia, a eficácia das disposições internas reconhecidas válidas com base no parâmetro constitucional deve conviver com aquelas outras normas “externas”, que encontram origem e fundamento no ordenamento comunitário. Portanto, no ordenamento italiano coexistem atualmente duas diferentes perquirições de validade das normas⁴⁷. Cada um delas faz referência a regras diversas, pertence a um sistema de fontes diferentes (comunitário e nacional), não é subordinada à outra e é administrada por dois órgãos judiciais distintos (Corte de Justiça CE e Corte Constitucional). Isto deu lugar a problemas muito delicados de coordenação, dos quais foram portadores, a Corte de Justiça e a Corte Constitucional italiana⁴⁸.

Desde seus primeiros pronunciamentos a Corte de Justiça CE afirmou a “a superioridade do direito comunitário” sobre aquele interno e foi decisivamente contrariada pela nossa Corte Constitucional. Com uma sentença de 1964⁴⁹, os juizes da Consultam enfrentaram o problema da eficácia de uma lei nacional em seguida a um procedimento de aplicação de uma regra comunitária, mas conflitante com esta. Eles estabeleceram a supremacia da lei nacional sobre a base do ordinário critério das sucessões das leis no tempo, critério vigente no ordenamento italiano. Como foi justamente observado, tratou-se de um ponto de vista absolutamente incompatível com a supremacia do direito europeu, ponto de vista baseado na idéia de que ambas as leis tivessem o nível de lei ordinária⁵⁰. Esta posição foi recusada pela Corte de Justiça que, com a famosa sentença Costa do mesmo ano de 1964, reafirmou em substância que o direito comunitário prevalece em virtude de uma *força própria* sobre o direito interno⁵¹. Depois de uma dezena

⁴⁷ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. I, “Le categorie generali. Le persone, la proprietà”, Padova, 1990, p. 56 ss

⁴⁸ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit., p. 34 ss

⁴⁹ Corte cost., de 7 de março de 1964, n.º 14 *in Giust. Cost.*, 1964, p. 129

⁵⁰ SCANICCHIO, *Il diritto privato*, cit., p. 35

⁵¹ Costa c. Enel, causa 6/64, sentença de 15 de julho de 1964, *in Racc.*, p. 1127.

de anos a Corte constitucional modificou o próprio ponto de vista. Assentada a separação entre o ordenamento italiano e o ordenamento comunitário, a Corte identificou no art. 11 da Constituição⁵² o seguro fundamento da obrigatoriedade da atuação das regras comunitárias e reconheceu o caráter imediatamente vinculante das disposições contidas em um regulamento, isto é, reconheceu não ser necessária uma norma de recepção. Todavia, o conflito entre normas comunitárias e normas de direito interno vinha colocado sobre o plano da compatibilidade entre o art. 11 da Constituição e a lei de adaptação que tivesse recebido a norma comunitária. Assim resultou que, na presença de tal conflito, um juiz ordinário não pudesse, por sua conta, reconhecer a superioridade da norma comunitária, mas devesse submeter a questão à Corte constitucional⁵³.

Também esta posição foi rejeitada pela Corte de Justiça CE.

Entretanto, no famoso caso *Simmenthal*⁵⁴ não só foi confirmada a incompatibilidade da prévia investigação de constitucionalidade com a imediata eficácia do direito comunitário, como acrescentou-se que a existência de uma regra comunitária impedia a *formação* válida de uma norma doméstica incompatível, ainda que sucessiva. Finalmente, nos anos oitenta, a Corte Constitucional operou uma mudança radical em direção à efetiva integração dos dois ordenamentos. Com a sentença *Granital* de 1984⁵⁵, os juizes partem ainda da premissa da distinção dos dois ordenamentos, adequados a várias matérias, mas, desta vez, reconhecem que mesmo tal autonomia faz com que a norma comunitária (invocada no ordenamento interno em virtude do art. 11 Cost.), dotada de imediata aplicação, impeça a aplicação de qualquer previsão subsequente pelo legislador italiano sobre a relação controversa, sendo isto contudo, subtraído à sua competência normativa. Portanto, a previsão nacional superveniente não é *inválida*, como diz a Corte de Justiça CE, mas não pode ser aplicada. Assim permite que o juiz de mérito passa proceder *diretamente* à aplicação da norma comunitária depois de ter *desaplicado* aquela nacional. Coerentemente com este ponto de vista a mesma

⁵² O art. 11 da Constituição prescreve, entre outros que "A Itália permite, em condições de igualdade com os outros Estados, as limitações de soberania necessárias a um código que assegure a paz e a justiça entre as Nações, promove e favorece as organizações destinadas a este fim".

⁵³ Corte cost., de 27 de dezembro de 1973, n.º 183, *in Foro It.*, I, c. 314 e 30 de setembro de 1975, n.º 232, *ivi*, 1975, I, c. 2661.

⁵⁴ *Simmenthal*, causa 106/77, sentença de 9 de março de 1978, *in Raccolta*, p. 629.

⁵⁵ Corte cost., de 8 de junho de 1984, n.º 170, *in Giur. Cost.*, I, p. 1098.

Corte Constitucional estabeleceu sucessivamente que, colocada esta questão nestes termos, o julgamento constitucional sobre a norma interna conflitante se torne inadmissível⁵⁶.

5. O DIREITO CONTRATUAL EUROPEU E A FORMAÇÃO DO MERCADO ÚNICO

Entre as várias normas do direito privado europeu, aquelas que disciplinam os contratos se distanciam profundamente da tradicional estrutura codicística da matéria, ou seja, do *set* de regras que dizem respeito à conclusão, à forma, à causa, ao objeto, aos efeitos, ao adimplemento, à inadimplência, à nulidade e à resolução. A razão é que, enquanto as normas acima citadas disciplinam um mercado já definitivamente formado, as novas regras se propõem a estruturar em tema de concorrência sobretudo os assim denominados mercados finais, ou seja, para dar-lhes a formação e assegurar-lhes uma adequada efetividade. A tarefa não é das mais fáceis, visto que atualmente as relações entre empresas e consumidores, a propósito, os sujeitos protagonistas dos assim chamados mercados finais, tendem a ser desequilibrados em favor dos primeiros. De fato, a par da igualdade de bens ou serviços presente no mercado, a diferença específica é dada pelo regulamento abrangente da operação, vale dizer pelo tratamento jurídico da relação, o qual, pressupostas empresas, baseadas em experiências e conhecimentos técnicos bastantes sofisticados, é dificilmente visível e sobretudo compreensível pelos potenciais compradores. Para dar um exemplo, no caso e para o caso, é mais ou menos indiferente comprar um ou outro videocassete de 4 cabeças, enquanto a diferença pode ser dada pelo diferente regime de garantia. Isto significa que o preço nominal, isoladamente considerado, não está mais em grau de absorver a tradicional função de informar de modo adequado e orientar o consumidor: para a igualdade de bens ou serviços, não é dito por isso que o preço mais baixo seja o mais conveniente, visto que como, no nosso exemplo, depende do pacote de regras que disciplinam a relação contratual. Além do que a posição do consumidor é tida como mais fraca também, ao difundirem-se novos sistemas de vendas que têm colocado a estipulação do contrato fora dos locais comerciais e transferiram ou para o domicílio ou para o lugar de trabalho do consumidor, colhido assim de surpresa pela incursão do vendedor, ou mesmo para a tela da TV ou para as redes telemáticas, o que coloca o potencial comprador distante

⁵⁶ Corte cost. de 26 de março de 1993, n° 115, in *Giur. It.*, I, 1, c. 2238

do proponente e do próprio objeto da transação, mesmo dando-lhe a ilusão de que este se desenvolve no recinto da casa. Se considerar-se que o mercado é tornado ainda mais opaco pela dificuldade de comparar as diversas ofertas de bens e serviços e, igualmente pelo escasso reconhecimento dos indivíduos com os quais forem ajustadas as relações contratuais, pode-se entender toda a distância que separa o atual modelo de mercado do mercado concorrente clássico, representado pelo exemplo tradicional da feira e caracterizado pela contemporânea presença de todos os protagonistas das trocas e pela homogeneidade dos bens e serviços oferecidos. Somente naquela situação ideal o preço representa um veículo de efetiva informação, idôneo a orientar as escolhas do comprador. Pôr remédio na “falência” do mercado significa, portanto, remover em primeiro lugar as assimetrias informativas que alteram a concorrência e prejudicam o consumidor. Esta tem constituído a tarefa de muitos legisladores nacionais. Isto explica porque o novo direito contratual europeu é o freqüente resultado da cooperação e da elaboração das experiências de diversos países. Assim, por exemplo, a diretiva sobre os contratos de crédito ao consumo (da qual o D.lgs. nº 50/1992 é a atuação) recepciona em muitos pontos o **Consumer Credit Act** inglês; a diretiva sobre as cláusulas abusivas se inspirou no **Unfair Contract Terms Act** e na lei alemã sobre condições gerais de contrato.

Ao propor-se a adequação do mercado único e assinaladamente os múltiplos mercados finais de bens e serviços de modo a tornar efetiva a concorrência e possíveis relações mais corretas entre empresas e consumidores, ou seja, os compradores não profissionais, o direito contratual europeu colocou no centro de sua intervenção a tutela destes últimos. Todavia a importância de tal intervenção será precisada. De fato a este propósito deve-se sublinhar que não foi operada a escolha de proteger mais ou menos paternalmente o consumidor, admitido como parte fraca da contratação, mas, ao invés, aquela de torná-lo árbitro do mercado, enquanto sujeito consciente, ou seja, informado, e de restabelecer por esta via a correta competição entre as empresas.

Tal perspectiva determinou a adoção de instrumentos originais do direito privado. De conseqüência, foi descartada a técnica de editar em favor do consumidor regras uniformes e inderrogáveis relativas a operações contratuais isoladas (por exemplo, preços impostos), o que teria significado uma compressão da autonomia privada, ou a opção de confiar a um ente público a tarefa de difundir as informações necessárias, o que seria muito

difícil. Também sobre o trilho de algumas experiências nacionais, as disposições destinadas a desenvolver o papel de “polícia do mercado” revelaram-se respeitadoras da economia privada quando essa determina o valor do bem e do serviço negociado. O legislador é ao invés interventor, ora para fixar *standards* mínimos em termos de qualidade dos produtos ou dos serviços, essencialmente para preencher o *gap* informativo, que divide as partes relativamente ao tratamento jurídico da relação. Como se verá daqui a pouco, a escolha fundamental foi tornar o mesmo contrato lugar privilegiado pela necessária transmissão destas informações. A este respeito se disse muito eficazmente que de tal modo não se provê somente para reforçar a tutela dos isolados especuladores não profissionais (ou seja, dos indivíduos consumidores), mas também para restabelecer as condições igualitárias entre esses mesmos especuladores profissionais, porque essas, ao propiciarem essas informações, são chamadas a suportar um custo jurídico das operações tendencialmente uniforme, fator este último de grande importância a fim de que se possa ter uma competição efetiva e isto é o correto funcionamento do mercado concorrente.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que a disciplina dos elementos estruturais de troca (na espécie do elemento informação) é utilizada pelo legislador comunitário para influenciar por sua vez o exercício e a organização da atividade.

6. AS ESCOLHAS TÉCNICAS DO DIREITO PRIVADO EUROPEU PARA A ESTRUTURAÇÃO DO MERCADO ÚNICO

Entre os instrumentos técnicos dos quais tem-se feito uso, assinalamos a exaltação da forma do contrato e o assim chamado neoformalismo de negociação. Em linhas gerais, a forma é a modalidade determinada pela lei para “a exteriorização” dos atos de autonomia privada, enquanto o formalismo é expressão de uma rígida ligação entre a forma escrita do ato e a “existência neste de um conteúdo específico”⁵⁷. No direito, por assim dizer, comum dos contratos, a forma solene, a qual derroga o princípio da liberdade da forma, tutela sejam as partes contraentes, chamando-lhes a atenção sobre a importância do compromisso, seja sobretudo os terceiros (ou seja os credores dos contraentes e os possíveis diversos adquirentes do pró-

⁵⁷ MASUCCI, “la forma del contratto”. in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, v. II, Padova, 1997, p. 575 ss

prio alienante) interessados na circulação dos bens. Por sua vez, o formalismo, à diferença da forma, serve para tutelar os direitos dos protagonistas da contratação (ainda que haja apenas um somente), seja em relação a determinadas manifestações precedentes à estipulação do ato⁵⁸, seja às específicas situações que intervenham no curso da relação contratual⁵⁹, de modo a reduzir ao mínimo as incertezas e prevenir os litígios⁶⁰.

No direito europeu, ao invés, forma e formalismo, estritamente coligados no sentido em que a primeira é arrastada pelo segundo⁶¹, assumem funções diversas daquelas tradicionais apenas descritas. Como resulta de uma leitura horizontal da disciplina comunitária, de fato, a forma é diretamente destinada a informar (o consumidor) e a consentir que se controle se o conteúdo informativo previsto está respeitado. Nesta lógica, vem justamente evidenciada que “forma e formalismo de negociação assumem para o contrato a mesma função que para os produtos alimentares assume a etiquetagem”⁶². Como iremos ver, o legislador fixou uma grade de cláusulas contratuais que cada parte contratante deve necessariamente inserir no contrato com o intuito de fornecer à outra as informações necessárias ao tratamento jurídico da relação. Uma vez que estas cláusulas podem ser preenchidas pelo mais variado conteúdo, segundo a escolha de cada proponente ou do êxito da tratativa entre as partes, é evidente que fica restabelecido entre as mesmas empresas um correto jogo de concorrência, porque agora o consumidor, removida a nuvem do contrato, pelo motivo visto, pode aderir, entre as várias propostas, àquela que lhe parece mais conveniente, pesando de maneira adequada o valor compreensivo do negócio sem ser forçado a concentrar-se exclusivamente sobre o preço. Portanto, é evidente a diferença entre o neoformalismo de negociação e o formalismo da disciplina codicística, por exemplo, em matéria de condições gerais do contrato ditada pelo art. 1341 do Código Civil italiano. A regra codicística dispõe que as condições gerais unilateralmente estipuladas por uma parte são eficazes nos

⁵⁸ Cfr. Art. 1341 do código civil italiano, que disciplina as condições gerais do contrato.

⁵⁹ Cfr. O art. 1373 do código civil italiano *in* tema de desistência do contrato. De fato, tal disposição estabelece em seu primeiro parágrafo que, se uma das partes é atribuída a faculdade de desistir do contrato, tal faculdade pode ser exercitada até que o contrato não tenha tido um princípio de execução.

⁶⁰ JANNARELLI, “La disciplina dell’atto e dell’attività”, cit., p. 513.

⁶¹ DE NOVA, “Informazione e contratto il regolamento contrattuale”, *in* Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1993, p. 705 ss.

⁶² JANNARELLI, “La disciplina dell’atto e dell’attività”, cit., p. 513.

confrontos da outra quando o proponente as torna conhecidas com ordinária diligência. Do momento em que é substancialmente indiferente que o contraente a tenha efetivamente conhecido, esta norma representa um ponto de equilíbrio ou de compromisso entre os custos que o proponente deve suportar para pôr à disposição as informações e os custos que a outra parte deve assumir para alcançá-las. Sendo expressão de um mercado já completamente estruturado, tal lógica é completamente superada pela normativa comunitária que, ao invés, visa a estruturar o mercado único. Vêm assim atribuídos exclusivamente às empresas os custos necessários, porque estes devem apresentar-se ao mercado com um contrato destinado a funcionar como veículo necessário a fornecer algumas informações destinadas ao consumidor. Isto explica o regime particular das sanções adotadas para o caso das violações do neoformalismo. Portanto, se previu a nulidade do contrato, deve ser entendida sempre como relativa, ou seja, argüível somente pelo consumidor, enquanto, se fosse absoluta, à evidência, acrescentaria o dano ao escarnecimento. Se o regulamento contratual se apresenta cheio de lacunas, também o problema relativo à eliminação da lacuna é resolvido de maneira original, em relação ao direito geral dos contratos. De fato, a disciplina codicística recorre às normas supletivas, ou seja, a disposições que receberam as soluções afirmadas na *praxis* contratual e portanto receberam uma substancial consagração por parte da autonomia privada, que age em um mercado já operante. Ao invés, no caso da lacuna em cada contrato conseqüente à violação do formalismo e da específica grade das cláusulas contratuais introduzidas pela normativa comunitária, é evidente a ausência de normas supletivas e também a dificuldade em apelar às técnicas da integração legal. Justo porque é próprio à estruturação do mercado o objetivo fundamental, ao qual tende a disciplina privada, a única técnica de intervenção sobre o ato contratual é a integração sancionária: esta é a única a preencher a lacuna e, ao mesmo tempo, a golpear a violação do formalismo. Em outros termos, enquanto no caso da disciplina tradicional, a operação vem reconduzida para a normalidade sobre base dos índices assinalados pelo próprio mercado, no caso da normativa comunitária, o contrato vem colocado fora do contexto do mercado para cuja estruturação deveria ter contribuído⁶³.

⁶³ Nestes claros termos se expressa JANNARELLI. "La disciplina dell'atto e dell'attività". cit. p. 519

Do quanto se já disse é exemplar na Itália a disciplina do crédito ao consumo, contida no Texto Único do crédito de 1993⁶⁴. Inspirando-se nas regras da transparência bancária ditadas também por contratos concluídos com pessoas que não revelam a qualidade subjetiva dos consumidores, a normativa dispõe que, nos contratos de crédito ao consumo, para estipular-se por escrito a pena de nulidade⁶⁵, devem ser indicados determinados elementos⁶⁶, entre os quais a Taxa Anual Efetiva Global (TAEG), o vencimento do contrato, as garantias e as coberturas de seguros em favor do segurador. A sanção para a violação do requisito da forma e do formalismo é a nulidade, mas esta é relativa, ou seja, acionável exclusivamente, pelo consumidor destinatário da proteção (art. 127). Por outro lado, edita o art. 124 que, “nos casos de ausência ou nulidade das cláusulas contratuais, estas últimas são substituídas de direito pelos seguintes critérios”⁶⁷. Lendo-as, é fácil perceber que estas têm um conteúdo claramente punitivo, dado o seu caráter centralizador, a obrigação da informação pode colocar-se também fora do contrato e assinaladamente na fase da tratativa, que neste sentido são também formalizadas. Esta disciplina apresenta igualmente características originais explícitas com a peculiar função atribuída. Para percebermos,

⁶⁴ D lgs. 1º de setembro de 1993, n° 385 (Texto Único delle leggi in materia bancaria e creditizia)

⁶⁵ Art. 117, parágrafo 1º. T.U. del credito: Os contratos são escritos e um exemplar é entregue aos clientes.

⁶⁶ O art. 124 do T.U. dispõe que os contratos de crédito ao consumo devem indicar:

a) O total e a modalidade do financiamento; b) o número, as importâncias e o vencimento de cada prestação; c) TAEG (Taxa Anual Efetiva Global). [Em conformidade com o art. 122 é o custo total do crédito a cargo dos consumidores expresso em percentual anual do crédito concedido. O TAEG compreende os juros e todos os ônus a pagar para a utilização do crédito], d) o detalhe das condições analíticas segundo o qual o TAEG pode ser eventualmente modificado; e) A quantia e a cláusula dos ônus que estão excluídos do cálculo do TAEG. Nos casos em que não seja possível indicar exatamente tais ônus, deve ser fornecida uma estimativa realista; fora do que por estes nada é devido pelo consumidor; f) As eventuais garantias pedidas; g) As eventuais coberturas de seguros pedidos ao consumidor e não incluídas no cálculo do TAEG. Além disso, os contratos de crédito ao consumo que tenham como objeto a compra de determinados bens ou serviços devem conter a pena de nulidade: a) A descrição analítica dos bens e serviços; b) O preço de compra em dinheiro, o preço estabelecido pelo contrato é o total do eventual pagamento parcial adiantado; c) As condições para a transferência do direito de propriedade nos casos em que a passagem da propriedade não seja imediata, em linhas gerais sobre o crédito ao consumo. cfr. MACARIO, “Il credito al consumo”, seja in LIPARI (a cura di). *Diritto privato europeo*, v. II, Padova, 1977, p. 827

⁶⁷ A) TAEG equivale à taxa nominal mínima dos bônus do tesouro anuais ou de outros títulos similares eventualmente indicados pelo Ministério do Tesouro, emitidos nos doze meses precedentes à conclusão do contrato; b) O vencimento do crédito é em trinta meses; c) nenhuma garantia ou cobertura assegurada é constituída pelo financiador.

pode-se examinar a diretiva CEE de 20 de dezembro de 1985, para a tutela dos consumidores em caso de contratos negociados fora dos locais comerciais, diretiva recebida na Itália em 1992⁶⁸. No caso de vendas, digamos, agressivas comerciais, o comprador é protegido com a possibilidade de desistir do contrato e o vendedor é obrigado a informá-lo da existência de tal direito na fase da pré-negociação. Se, porém, tal informação não é dada ou é dada de modo incompleto, se há expressa estipulação que especifique conseqüências da atividade pré-contratual incorreta, recaem sobre a regulamentação de cada contrato. De fato, o termo para exercitar o direito de desistência vem prolongado em evidente dano do empresário⁶⁹. Ele, além disso, submete-se às conseqüências de sua operação também no plano de sua atividade, estando sujeito a uma sanção administrativa destinada a crescer em caso de particular gravidade ou de recidiva⁷⁰. Por outro lado, a construção do mercado é chamada a ser medida não somente com a pouca transparência devida à carência das informações, mas também por uma fragmentação do círculo de concorrentes causada pelo excesso de informações postas mediante a publicidade pelos operadores econômicos desejosos de alcançar o público dos possíveis interlocutores contratuais. O fenômeno assumiu uma importância crescente em relação à progressiva mudança do mesmo conteúdo da mensagem publicitária, que deslocou-se progressivamente da qualidade do produto para a qualidade do contrato, ou seja, o tratamento da operação negocial. De frente a tal situação, revela-se notavelmente inadequada a tradicional resposta preparada por exemplo pelo Código italiano e consistente em uma improvável repressão à publicidade assim chamada enganosa, fadada a anulação *ex post* de cada contrato concluído em presença de um

⁶⁸ D. lgs. de 15 de janeiro de 1992, n° 50 – “Attuazione della direttiva n° 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali” (G.U. de 3 de fevereiro de 1992, n° 27 – suppl. Ord. n. 22) In argomento, JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995.

⁶⁹ Art. 6, parágrafo 2°, D. lgs. de 15 de janeiro de 1992, n° 50: “Qualquer operador comercial que tenha omitido o fornecimento ao consumidor, a informação sobre o direito de desistir, em conformidade com o art. 5°, ou mesmo tenha fornecido uma informação incompleta ou errada que não tenha permitido o correto exercício de tal direito, o termo indicado no parágrafo 1° é de sessenta dias a contar da data da estipulação do contrato, para os contratos que dizem respeito ao fornecimento de bens”. Sobre o ponto, CALDERARE-VITTI, “Condizioni e modalità del diritto di recesso”, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive*, cit., p. 147 ss.

⁷⁰ Cfr. art. 11, que prevê como sanção administrativa o pagamento de uma soma de um milhão de liras a dez milhões de liras, limites mínimos e máximos para serem dobrados nos casos em que haja particular gravidade ou imputação de recidiva.

dolus malus ou a uma ação de indenização. A necessária atualização da resposta do Código comunitário a nível da tutela de cada consumidor e do mercado consiste em valorizar a atividade publicitária enquanto tal e em instaurar ainda uma vez uma estreita ligação entre a disciplina de tal atividade e a disciplina do contrato, sobre o evidente pressuposto de que esta última foi concluída por efeito da solicitação desenvolvida pela empresa.

De fato, a diretiva CEE nº 90/314, concernente às viagens, às férias e aos circuitos “tudo incluído”, em vigor na Itália por uma lei de 1995⁷¹, diz que “as informações contidas no opúsculo (eventualmente posto à disposição do consumidor) vinculam o organizador e o vendedor em relação às respectivas responsabilidades” e afirma que as informações fornecidas são fontes de responsabilidade contratual. Em segundo lugar, esclarece que a responsabilidade surge somente por ocasião da estipulação do contrato que evidentemente ignora as condições que foram publicadas e portanto prometidas, frustrando as legítimas expectativas do consumidor que nelas havia confiado (art. 9).

O princípio mínimo de tutela do consumidor é assegurado pela diretiva nº 13 de 1993 sobre as cláusulas abusivas⁷² e recepcionadas pelo Código Civil com a Lei nº 52 de 1996⁷³. No momento, se propõe somente uma breve reflexão. É necessário, isto é, evidenciar que as regras em referência não têm a intenção de distanciar-se do escopo de assegurar o correto funcionamento do mercado. De fato, a avaliação da iniquidade de cada cláusula, com a conseqüente ineficácia não depende de algum modo da avaliação do conteúdo econômico do acordo e em particular de um juízo sobre o preço dos bens ou dos serviços, elemento completamente remetido à apreciação da autonomia privada⁷⁴, nem deriva automaticamente da pura e simples di-

⁷¹ D lgs de 17 de março de 1995, nº 111 – “Attuazione della direttiva nº 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti *tutto compreso*” (G.U. de 14 de abril de 1995, nº 88. *In argomento*, SALINGARDI e MORANDI, *La “vendita di pacchetti turistici”*. La direttiva 13 giugno 1990/314/CEE ed il d lgs 17 marzo 1995, nº 111, 2 ed., Torino, 1998.

⁷² PARDOLESI, “Clasole abusive (nei contratti dei consumatori) una direttiva abusata?”, *in Foro It.*, 1994, V c 138

⁷³ No Código Civil italiano o capítulo XIV – bis, *Dei contratti del consumatore*, foi inserido pelo art. 25 pela lei de 6 de fevereiro de 1996, nº 52 *Disposizione per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza all’Italia alle comunità europee legge comunitaria 1994* Supplemento alla G.U. del 10 febbraio 1996, nº 54

⁷⁴ Art. 1469 Ter “A avaliação do caráter vexatório da cláusula não diz respeito à determinação do objeto do contrato, nem à adequação da correspondência dos bens e dos serviços, desde que tais elementos sejam determinados de modo claro e compreensível”

ferença de poder e de força contratual das partes. A avaliação do abuso diz respeito às cláusulas que regulam os direitos e as obrigações das partes, se estas não foram objeto de uma negociação individual. Trata-se, portanto, daquelas cláusulas contidas nos contratos por adesão pré-estabelecidas, não daquelas redigidas preventivamente pelo operador profissional segundo o esquema do assim denominado pegar ou largar. Em tal caso, a diretiva (e agora o art. 1469 *sexies*) prevêem uma forma de controle que atua prescindir da estipulação em cada contrato enquanto o julgamento pode ser solicitado por pessoas coletivas legitimadas a tutelar os interesses dos consumidores⁷⁵. Se, ao invés, o controle se dirige a um específico contrato, então, a confirmação do espírito da diretiva acima evidenciada assume uma grande importância, a exceção, pela qual a cláusula salva foi objeto de uma tratativa desenvolvida, em relação às circunstâncias e segundo o critério da boa-fé. Dado que as cláusulas abusivas servem ao proponente para transferir ao aderente determinados riscos cuja superveniente confirmação lhe foi manifestada pelo andamento dos negócios do qual ele é *expert*, é evidente que, ao predispô-las, ele se vale de conhecimentos e de experiências que não são do conhecimento do outro contraente: nesses termos, guardando conformidade com o objetivo de fazer funcionar corretamente o mercado que a cláusula venha a ser salva somente se o empresário *expert* no curso da tratativa tiver preenchido o *gap* informativo, tomando claramente informada a contraparte do risco que assumiria, se subscrevesse uma cláusula deste tipo. ◆

⁷⁵ A lei de 30 de julho de 1998, n.º 241, "*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*" (in G.U. de 14 de agosto de 1998) legitima "as associações dos consumidores e dos usuários inseridos no elenco do qual o art. 5.º para agir na tutela dos interesses coletivos, requerendo ao juiz competente, a) inibir os atos e os comportamentos lesivos dos interesses dos consumidores e dos usuários, b) adotar as medidas idôneas para corrigir ou eliminar os efeitos danosos das violações accertadas, c) ordenar a publicação da medida em difusão nacional ou mesmo local nos casos em que a publicidade da medida possa contribuir para corrigir ou eliminar os efeitos das violações accertadas". Sobre o ponto, BASTIANOS, "Brevi osservazioni sulla legge n. 281/1998 in materia di tutela dei consumatori", in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, p. 527 ss "Per un'applicazione giurisprudenziale". Trib. Torino, 3 ottobre 2000 (ord.). in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 389