

O DIREITO DOS CONTRATOS  
NA UNIÃO EUROPÉIA:  
POLÍTICA DE HARMONIZAÇÃO



**THIAGO CARVALHO BORGES**

Mestre em Ciências Jurídico-comunitárias e  
Doutorando em Ciências Jurídico-civilísticas  
na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.  
Professor universitário. Advogado.

# O DIREITO DOS CONTRATOS NA UNIÃO EUROPÉIA: POLÍTICA DE HARMONIZAÇÃO

2009



[www.faculdadebaianadedireito.com.br](http://www.faculdadebaianadedireito.com.br)

B732 Borges, Thiago Carvalho.  
O Direito dos Contratos na União Européia: Política de Harmonização. / Thiago Carvalho Borges -- Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009.

186 p.

Inclui bibliografia e lista de siglas e abreviaturas.

ISBN: 978-85-62756-02-3

1. Direito dos contratos – União Européia. 2. Direito privado comunitário. 3. Harmonização dos direitos do contrato. I. Título.

CDD - 340.92

**Conselho Editorial:**

Fredie Didier Júnior

Gamil Föppel El Hireche

Valton Pessoa

Dirley da Cunha Júnior

Cristiano Chaves de Farias

Nestor Távora

Rodolfo Pamplona Filho

Maria Auxiliadora Minahim

**Capa:**

Cicero Vilas Boas

**Diagramação:**

Maitê Coelho

(maitescoelho@yahoo.com.br)



Av. Visconde de Itaborahy, 989

Amaralina – Salvador – Bahia – Brasil

Cep: 41.900-000

Tel. (71) 3205-7707

[www.faculdadebaianadedireito.com.br](http://www.faculdadebaianadedireito.com.br)

# SUMÁRIO

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| <b>Agradecimentos</b> ..... | 9  |
| <b>Introdução</b> .....     | 11 |

## Parte I

### *Direito dos Contratos na União Europeia*

|  |    |
|--|----|
| <b>Capítulo I</b>  |    |
| <b>EFICÁCIA INTERNA DA NORMA COMUNITÁRIA</b> .....                                 | 17 |
| 1. Aplicabilidade Direta do Direito Comunitário.....                               | 18 |
| 1.1. Implicações da noção de aplicabilidade direta.....                            | 22 |
| 2. Princípio da Primazia do Direito Comunitário.....                               | 22 |
| 3. Interpretação Conforme .....  | 25 |
| 4. Apreciação Uniforme.....  | 26 |
| <b>Capítulo II</b>   |    |
| <b>DIREITO PRIVADO COMUNITÁRIO</b> .....   | 29 |
| 1. Aspectos Gerais.....  | 29 |
| 2. Tratados como fonte do Direito Privado Comunitário.....                         | 30 |
| 2.1. Incidência Direta.....  | 31 |
| 2.2. Incidência Indireta .....   | 32 |
| 2.2.1. Princípio da Subsidiariedade .....  | 32 |
| 2.2.2. Princípio da Proporcionalidade .....  | 35 |
| 2.2.3. Competência da Autoridade Comunitária<br>em matéria de Mercado Interno..... | 37 |
| 3. Integração Negativa .....   | 38 |
| 3.1. Livre circulação de mercadorias .....   | 39 |
| 3.2. Livre circulação de capitais .....  | 40 |
| 3.3. Livre circulação de pessoas e serviços.....                                   | 41 |
| 4. Integração Positiva .....   | 41 |
| 4.1. O Regulamento .....   | 42 |
| 4.2. A Directiva .....   | 44 |
| 4.2.1. Conteúdo da Directiva.....  | 46 |
| 4.2.2. Força Obrigatória da Directiva.....   | 46 |
| 4.2.3. Liberdade de Escolha da Forma e dos Meios.....                              | 48 |
| 4.2.4. Efeito Direto – Vertical e Horizontal.....                                  | 49 |
| 4.2.5. Aplicabilidade Direta.....  | 52 |
| 4.2.6. Interpretação Conforme.....   | 56 |

|   |    |
|---|----|
| <b>Capítulo III</b>   |    |
| <b>DIREITO COMUNITÁRIO DOS CONTRATOS</b> .....              | 59 |
| 1. Aspectos Gerais.....                                     | 59 |
| 2. Directivas sobre Direito dos Contratos já em vigor. .... | 60 |

Parte II  
*Ações Comunitárias*

|  |     |
|--|-----|
| <b>Capítulo IV</b>   |     |
| <b>PRINCIPAIS ATOS</b>   |     |
| <b>DAS INSTITUIÇÕES COMUNITÁRIAS</b> .....                     | 81  |
| 1. A Comunicação .....   | 83  |
| 1.1. Possibilidades de Iniciativas Comunitárias.....           | 87  |
| 1.2. Reações das Instituições Comunitárias à Comunicação ..... | 89  |
| 1.3. Sumário de Respostas à Comunicação .....                  | 93  |
| 1.3.1. Primeira Parte .....                                    | 93  |
| 1.3.2. Segunda Parte .....                                     | 97  |
| 2. Crítica à Comunicação .....                                 | 107 |
| 3. O Plano de Ação.....  | 108 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>Capítulo V</b>   |     |
| <b>DISTORÇÕES CAUSADAS</b>  |     |
| <b>PELO USO DAS DIRECTIVAS</b> .....  | 113 |
| 1. Harmonização de Mínimos .....  | 114 |
| 2. Eficácia Direta Limitada .....   | 116 |
| 3. O Princípio da Interpretação do Direito Nacional Conforme as Directivas..... | 117 |
| 4. Responsabilidade do Estado.....  | 118 |
| 5. Desenvolvimento Judicial das Directivas .....                                | 119 |
| 6. O Papel do TJCE.....   | 123 |
| 7. O TJCE como juiz civil.....  | 125 |
| 8. O Detalhamento das Directivas.....   | 127 |

Parte III  
*Harmonização do Direito dos Contratos*

|  |     |
|--|-----|
| <b>Capítulo VI</b>   |     |
| <b>O DEBATE ACADÊMICO</b> .....                            | 135 |
| 1. Argumentos Contrários à Harmonização .....              | 135 |
| 1.1. <i>Common Law</i> x <i>Civil Law</i> .....            | 135 |
| 1.2. Outros questionamentos.....                           | 139 |
| 2. Argumentos Favoráveis e Propostas de Harmonização ..... | 141 |
| 2.1. Aspectos Econômicos .....                             | 142 |
| 2.1.1. Fase de Planejamento .....                          | 143 |
| 2.1.2. Fase de Negociação e Conclusão.....                 | 144 |

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| 2.1.3. Fase de Cumprimento .....   | 145 |
| 2.1.4. Litígio .....   | 145 |
| 2.2. Aspectos Jurídicos .....  | 146 |
| 2.2.1. Regras imperativas vs regras dispositivas .....                         | 146 |
| 2.2.2. Diferenças técnico-jurídicas .....                                      | 147 |
| 2.3. Aspectos Históricos .....   | 149 |
| 3. Propostas de Harmonização .....   | 150 |
| 3.1. O Grupo de Pavia.....   | 150 |
| 3.2. A Comissão Lando.....   | 151 |
| 3.3. O Projeto <i>Common Core</i> .....  | 155 |
| 4. Aspectos Políticos .....  | 157 |
| 4.1. Questões de Poder.....  | 157 |
| 4.2. Interesses Nacionais.....   | 159 |
| 4.3. Questões Ideológicas .....  | 160 |
| <b>Conclusão</b> .....   | 163 |
| <b>Principais Abreviaturas Utilizadas</b> .....                                | 169 |
| <b>Relação de Acórdãos do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia</b> ..... | 171 |
| <b>Bibliografia</b> .....  | 173 |



## AGRADECIMENTOS

A elaboração da dissertação de um mestrado é, sem dúvida, um trabalho individual, mas, como tudo na vida, ele não é possível sem a colaboração daqueles que nos cercam e que se propõem a ajudar. Agradeço primeiramente ao Senhor Doutor Professor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, sempre disponível e disposto a ajudar e a discutir minhas idéias. Agradeço também aos professores Senhor Doutor Manuel Carlos Lopes Porto, Senhor Doutor Casalta Nabais e Senhor Doutor José Manuel Aroso Linhares, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me acompanharam no primeiro ano do curso. O apoio do Professor Doutor Antonio Manuel Morales Moreno, da Universidad Autónoma de Madrid, foi fundamental em minha visita à Faculdade de Direito daquela Universidade como pesquisador, viabilizando o acesso às obras e os estudos na biblioteca. Agradeço ainda a todos aqueles que fizeram parte da minha vida em Coimbra, em especial àqueles que viveram comigo, Adriana, as Catarina, Isabel, Lilita, Nuno, Paula, Pedro e Rita, todos portugueses, que me ofereceram as maiores e melhores lições (de vida) fora do curso. Minha sincera gratidão à boa vontade de Hugo na entrega deste trabalho, que fiz aqui do Brasil, via Internet, em razão das dificuldades da distância. Minha gratidão também a Eduardo Borges Carvalho, pela revisão do texto e pelo estímulo constante. Em particular, aos amigos da Faculdade Baiana de Direito, por terem tornado possível a publicação deste trabalho. E, principalmente, agradeço a meus pais, pelo amor, compreensão, paciência, confiança e por terem tornado possível tudo isso.



## INTRODUÇÃO

O decorrer do século XX trouxe consigo um fenômeno geopolítico somente comparável ao surgimento dos Estados modernos. Trata-se do fortalecimento dos chamados blocos econômicos, com a flexibilização progressiva da soberania dos Estados que nos últimos dois séculos foi tida como absoluta. Fatores econômicos, políticos, sociais e culturais contribuíram para que a rigidez das fronteiras estatais fosse reduzida para permitir uma maior liberdade de circulação dos fatores de produção – bens, pessoas, serviços e capitais – dentro de fronteiras mais alargadas dos blocos econômicos.

Como bloco mais desenvolvido, a União Européia sinaliza no início do século XXI a continuidade deste processo, com um aprofundamento das relações entre os Estados-membros e a conformação de diversas políticas comunitárias, como o imposto único (desde o final do século XX), a moeda única, segurança interna e externa, dentre tantas outras, estando em curso, inclusive, a discussão acerca da criação de uma Constituição da União Européia. Em meio a esta realidade surge também o debate acerca da adoção de um Código Civil europeu.

Os pronunciamentos oficiais do Parlamento Europeu<sup>1</sup> impulsionaram os trabalhos no meio acadêmico, levantando os questionamentos mais variados, indo da necessidade da adoção de uma norma comunitária geral tratando de direito privado até à viabilidade da criação de um conjunto normativo sistematicamente compreensível e passível de apreensão em um *corpus* codificado. Neste plano se insere a discussão que este estudo pretende desenvolver, pois de todo o direito privado o Direito dos Contratos é o sub-ramo que se encontra mais desenvolvido e que mais interferência causa na formação do mercado interno.

Com efeito, o Direito dos Contratos insere-se no Direito das Obrigações, estabelecendo normas jurídicas que disciplinam a negociação, a formação, a execução e a extinção dos contratos enquanto fonte de obrigações numa relação jurídica. Os contratos são atualmente o principal instituto jurídico ligado à circulação de riquezas no mundo, aparecendo em todos os níveis de negócios, desde o mais simples ao mais complexo. Desta forma, o tratamento jurídico dado aos contratos tem grande importância em termos econômicos, interferindo diretamente no desenvolvimento dos mercados comuns<sup>2</sup>.

1. Resolução de 26 de maio de 1989, acerca da aproximação do Direito Privado dos Estados-membros e a Resolução de 6 de maio de 1994, sobre a harmonização de certos setores do Direito Privado.
2. Segundo COLLINS, Hugh, “the central problem for the completion of the Internal Market is therefore merely a generalised version of the problem in all contracting: to improve trust, so that parties are willing to take the risk of entering contracts with relative strangers” (2001, p. 4).

Vale ressaltar que as liberdades fundamentais consagradas no Tratado de Roma são exercidas predominantemente através dos contratos. Desta forma, a ignorância ou menor conhecimento da lei estrangeira que regule um determinado contrato poderá impedir a correta avaliação dos riscos (jurídicos) em que o contratante incorre, podendo limitar o gozo do seu direito de cidadão comunitário.

Na União Européia, o direito dos contratos é disciplinado em separado por cada Estado-membro, exceto em alguns casos específicos em que há uma directiva com vistas à harmonização dos ordenamentos. Com efeito, a atividade legiferante da União Européia na matéria encontra-se ainda muito fragmentada<sup>3</sup>, não podendo falar ainda de um *ius commune* europeu dos contratos. Pode-se encontrar, entretanto, atos legislativos comunitários tocando alguns contratos comerciais, como o de agência, o bancário e o de seguro, contratos de consumo e até os contratos públicos.

O presente estudo pretende abordar os diversos aspectos das políticas de harmonização do Direito dos Contratos em curso na União Européia, apontando não somente os atos já em vigor, mas também apresentar os trabalhos acadêmicos de maior destaque que oferecem propostas para o futuro. Tratando-se de um trabalho de direito comunitário, evitou-se o desenvolvimento mais aprofundado de institutos de direito substantivo, que aparecem apenas incidentalmente.

Desta forma, a investigação procurou se pautar nos fatos já existentes em termos de harmonização do Direito dos Contratos na União Européia, como os atos da Autoridade Comunitária<sup>4</sup> e as decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, bem como nos trabalhos da doutrina que levantam questionamentos sobre a necessidade e a viabilidade da adoção de uma norma comunitária ampla em matéria de contratos e as propostas em torno de uma eventual uniformização da legislação dos Estados-membros sobre a matéria.

O estudo divide-se em três partes; a Primeira Parte apresenta alguns aspectos mais relevantes para o desenvolvimento do tema central, o Direito contratual, da eficácia interna da norma comunitária, explorando algumas características gerais do direito comunitário como sua autonomia, especialização, aplicabilidade direta, primazia e interpretação e apreciação de validade uniformes. Com base nestes pressupostos, adentra a temática do Direito Privado Comunitário, com a determinação dos aspectos de integração positiva e negativa, bem como as fontes emanadas da Autoridade Comunitária, como os regulamentos e as directivas.

3. Sobre esta fragmentação, ver na Segunda Parte, sobre os problemas do uso das directivas em direito privado.  
4. Autoridade Comunitária entendida como a junção do Conselho Europeu e da Comissão das Comunidades Europeias.

## INTRODUÇÃO

Assim, pode-se verificar as medidas de integração tomadas pela via negativa que interferem na formação de um direito privado comum nos Estados-membros, a maior parte delas em razão das quatro liberdades de circulação – bens, pessoas, capitais e serviços. No que tange às medidas positivas, além das normas decorrentes dos Tratados constitutivos da Comunidade e dos regulamentos, será dado um especial enfoque às directivas, por serem a principal fonte do Direito Privado Comunitário, com o desenvolvimento perpetrado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia através de sua jurisprudência.

A Primeira Parte se encerra com um breve comentário sobre o conteúdo de algumas das principais directivas relativas a temas ligados ao direito contratual que já se encontram em vigor na Comunidade Européia. Como foi dito, contudo, até mesmo por falta de espaço, o estudo absteve-se de realizar grandes investidas em análises de direito material, restringindo-se a descrever o conteúdo de algumas das directivas com relação mais próxima ao direito contratual.

A Segunda Parte tem como foco os atos institucionais com vistas à harmonização do Direito dos Contratos, com especial atenção à *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos*, COM(2001) 398 final, e ao *Plano de Ação, visando uma Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos*, COM(2003) 68 final, apresentado como resultado da Comunicação.

Estes dois atos da Comissão das Comunidades Européias impulsionaram os debates acerca da harmonização do direito contratual na União Européia e envolveu toda a sociedade, obtendo respostas dos mais variados seguimentos, desde governos até organizações da sociedade civil, de acadêmicos a empresas. A Comissão realizou em 2003 um *workshop* sobre o Plano de Ação (Comissão..., 2003c)<sup>5</sup>, dando início a sua concretização.

Em seguida, são apresentados os problemas apontados pela doutrina causados pelo uso das directivas no âmbito do Direito Privado, com especial enfoque na harmonização de mínimos, na eficácia direta limitada, no papel do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e no detalhamento de seu conteúdo.

A Terceira Parte aborda, por fim, os argumentos contra e a favor da harmonização do Direito Privado, em especial do Direito dos Contratos, apresentados pela doutrina européia. Dentre os argumentos contrários à harmonização, além dos problemas causados pela utilização das directivas, também merece destaque a diversidade de sistemas jurídicos existentes entre os Estados-membros da

5. Um outro *workshop* era previsto para janeiro de 2004.

União Européia, especialmente entre o *Common Law* e o *Civil Law*. Aqueles que são favoráveis à harmonização apresentam argumentos econômicos para justificar a adoção de uma política de harmonização dos direitos nacionais em matéria de contratos.

Neste âmbito se inserem as propostas de harmonização de maior destaque, como os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, da Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, e os trabalhos do Grupo de Pávia e do Grupo de Trento – o Projeto *Common Core*. Estes grupos de acadêmicos realizam trabalhos envolvendo privatistas de todos os Estados-membros, com metodologias e objetivos diversos, contribuindo para o enriquecimento do debate em curso.

Ainda são desenvolvidos nesta parte alguns aspectos políticos da harmonização do Direito dos Contratos, como questões de poder, interesses nacionais e questões ideológicas. As questões de poder se referem a quem interessa o aprofundamento da harmonização das legislações, i.e., quais os setores da sociedade europeia teriam mais vantagens<sup>6</sup>. Os interesses nacionais estão ligados ao fato de que em muitos Estados europeus os institutos jurídicos refletem uma tradição cultural, além de existir uma diversidade de sistemas e a adoção de um afastará a aplicação de outros, gerando controvérsias. A base ideológica do direito dos contratos com a função que sua estrutura exerce tem interferência direta no sistema econômico adotado, uma vez que o melhor funcionamento do mercado interno não pode implicar a perda de direitos dos cidadãos.

O objetivo do estudo é contribuir para o debate em curso<sup>7</sup>, visando em especial discorrer sobre um tema tão atual quanto mutante, tão polêmico quanto importante, contudo sem pretensões de apresentar soluções revolucionárias, buscando manter uma linha imparcial, ainda que não neutra, frente às posições de lado a lado. Esta idéia indica o pensamento que norteou este trabalho, acreditando que na dialética dos diversos argumentos é que se chega na melhor das soluções.

6. Instituições comunitárias vs governos nacionais; acadêmicos europeus vs acadêmicos locais; empresários vs consumidores.

7. Ver HONDIUS (1997b)

Parte I  
*Direito dos Contratos  
na União Europeia*



## CAPÍTULO I

# EFICÁCIA INTERNA DA NORMA COMUNITÁRIA

**Sumário** • 1. Aplicabilidade Direta do Direito Comunitário: 1.1. Implicações da noção de aplicabilidade direta – 2. Princípio da Primazia do Direito Comunitário – 3. Interpretação Conforme – 4. Apreciação Uniforme.

É essencial para a compreensão do tema enquanto matéria de Direito Comunitário um breve estudo sobre a eficácia do Direito Comunitário no direito interno dos Estados-membros sem pretensão, entretanto, de aprofundar determinadas questões, mas tão-somente prover uma base prévia para o tema que se desenvolverá adiante. A diferença substancial da eficácia interna do Direito Comunitário em relação à eficácia do Direito Internacional Público tradicional tem fortes implicações na harmonização do Direito dos Contratos na União Européia na medida em que este disciplina relações entre particulares, e não entre Estados.

Na doutrina, a eficácia interna do Direito Comunitário tem sido referida por alguns autores como sendo uma espécie de “federalismo jurídico” comunitário. Ainda que a Comunidade não seja – e talvez nem venha a sê-lo – uma federação de Estados, as suas normas passaram com o tempo a gozar de características próprias daquelas emanadas do órgão centrais dos Estados federados. Isto porque a consecução dos objetivos dos Tratados de Paris e de Roma exigia uma *autonomia* e uma *especialidade* do Direito Comunitário, com a combinação da *aplicabilidade direta* da norma comunitária, de sua *primazia* sobre as normas de direito interno dos Estados-membros e de uma *interpretação uniforme* e uma *uniforme apreciação de validade* destas normas (CAMPOS, 2000, p. 339 e ss).

No que tange ao princípio da autonomia, GORJÃO-HENRIQUES ensina que “esta autonomia começa a ser a que resulta da amplitude dos seus objectivos e dos meios da sua realização (artigos 2º e seguintes CE e artigo 2º UE), dos modos de formação da vontade comunitária (exclusivamente através dos órgãos principais da CE e UE) e também dos meios da sua expressão, efectividade e garantia” e “estende-se ainda ao crescente auto-controlo dos modos de produção do próprio direito constitutivo (os condicionamentos e limites do próprio exercício do poder de revisão, ao exercício do direito de contratação internacional, mas também a distinção cada vez mais clara face aos actos estaduais)” (2003, p. 199).

GORJÃO-HENRIQUES aduz que o Direito Comunitário, além de autônomo em relação ao tradicional direito internacional público convencional, também não se confunde com o direito interno dos Estados membros. Desta forma, tanto o direito comunitário originário quanto o derivado possuem identidade própria e,

mesmo quando incorporadas aos ordenamentos nacionais, mantém sua natureza comunitária e independente, coexistindo com este.

Por outro lado, o princípio da especialidade tem previsão expressa no TCE, no art. 5º, (1), que afirma que “a Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado”. Em 1992, o Conselho Europeu de Edimburgo reafirmou o princípio com a seguinte formulação: “O princípio de que a Comunidade só pode intervir quando lhe forem conferidas competências para tal – o que implica que as competências nacionais são a regra e as da Comunidade a exceção – foi sempre um aspecto fundamental do ordenamento jurídico comunitário (princípio da atribuição de poderes)”.

GORJÃO-HENRIQUES aponta três razões da importância deste princípio. Sendo a Comunidade um sujeito de direito internacional, o princípio da especialidade vem delimitar a capacidade jurídica da mesma forma que nas organizações internacionais, em direito internacional público. Além disso, este princípio também induz que a Comunidade Europeia não pode criar a sua própria competência, ou não tem a competência das competências, como os Estados soberanos. Por fim, na prática, o princípio interfere no funcionamento das organizações comunitárias, pois a Comunidade e a União só podem atuar nos domínios em que lhes foram conferidos poderes e, assim, todo ato jurídico tem de ter uma base jurídica pertinente no tratado (2003, p. 200-1)<sup>1</sup>.

## 1. APLICABILIDADE DIRETA DO DIREITO COMUNITÁRIO

A aplicabilidade direta da norma comunitária foi recepcionada pelo TJCE como princípio essencial da ordem jurídica comunitária “com o fundamento de que a plena eficácia (*o efeito útil*) dos Tratados Comunitários exigia que os agentes económicos do mercado comum se não vissem impossibilitados de *invocar perante as jurisdições nacionais* as disposições dos Tratados e dos actos normativos das Instituições Comunitárias e, portanto, de fazer valer, nas suas relações recíprocas e em face dos próprios Estados, os direitos que nesses textos jurídicos pudessem fundar” (GORJÃO-HENRIQUES, 2003, p. 342).

Sendo o TJCE incompetente para conhecer de uma pretensão de um particular, voltada contra um Estado-membro ou um outro particular, fundada em direito dos Tratados ou nas disposições dos atos normativos das Instituições, restaria aos particulares a regra do Direito Internacional Público, que só excepcionalmente

1. Com relação à base jurídica, o autor afirma que é “a norma do tratado que fundamenta a atuação da Comunidade num determinado domínio concreto” (GORJÃO-HENRIQUES, p. 201, nota 13).

admite a invocabilidade direta de suas normas perante os tribunais nacionais. Se não fosse este o caso, a única via seria movimentar a Comissão das Comunidades para desencadear a ação por incumprimento contra o Estado-membro responsável pela ofensa dos seus direitos<sup>2</sup>. Uma interpretação das normas dos Tratados neste sentido limitaria demais a finalidade de organizar um mercado comum que afeta não somente os Estados signatários, mas também, e necessariamente, os operadores desse mercado.

Em razão disso, o TJCE enfrentou a questão de saber se as disposições do Direito Comunitário originário ou derivado podem ser aplicadas diretamente (i.e., independente da adoção de normas internas de recepção) pelo juiz nacional competente, e em que condições, aos casos em que a pretensão esteja fundada em disposição comunitária. Como o direito comunitário originário (os Tratados de Paris e de Roma – instrumentos de direito internacional convencional por excelência) é formado por normas de direito internacional particular, a resposta da questão deveria colocar em confronto as normas do DIP tradicional com critérios mais conformes à natureza e às finalidades da ordem jurídica comunitária que se pretendeu formar.

Assim fez o TJCE, na solução trazida no Ac. *Van Gend en Loos*, de 5.2.1963. Evitando maiores especificações sobre o caso, por desnecessário ao desenrolar do trabalho, vale a pena a transcrição de algumas passagens essenciais do referido Acórdão que definiu pela aplicabilidade direta de uma norma comunitária (o primitivo art. 12º do Tratado CEE) no direito interno dos Estados-membros:

“Considerando que o objetivo do Tratado CEE, que é o de instituir um mercado comum cujo funcionamento afeta diretamente os sujeitos de direito da Comunidade, implica que este Tratado constitui algo mais do que um acordo destinado a criar obrigações mútuas para os Estados contratantes...;

Que esta concepção se acha confirmada pelo preâmbulo do Tratado que, além dos Governos, visa os povos; e de forma mais concreta, pela criação de órgãos que institucionalizam direitos soberanos e cujo exercício afeta tanto os Estados-membros como os seus cidadãos;

Que, além disso, o papel do Tribunal comunitário, no quadro do art. 117º (agora 234º) cuja finalidade é a de assegurar a unidade de interpretação do Tratado pelas jurisdições nacionais – confirma que os Estados reconheceram ao direito comunitário uma

2. A ação por incumprimento tem sede normativa no art. 226º do TCE, sendo de competência da Comissão que age na qualidade de guardiã da aplicação das disposições do Tratado, bem como das medidas tomadas pelas instituições, na forma do art. 211º do TCE.

autoridade susceptível de ser invocada pelos respectivos nacionais perante essas jurisdições;

Que forçoso é concluir, deste estado de coisas, que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em proveito da qual os Estados limitaram, embora em domínio restritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros mas igualmente os respectivos nacionais;

Que, por isso, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, do mesmo modo que cria obrigações para os particulares é igualmente destinado a originar direitos que integram o seu patrimônio jurídico; que tais direitos surgem não somente quando o Tratado explicitamente os atribui mas também por força de obrigações que o Tratado impõe de maneira bem definida tanto aos particulares como aos Estados-membros e às Instituições Comunitárias...” (Trecho retirado de CAMPOS, 2000, p. 349-350).

Com esta decisão o TJCE afirmou a autonomia do direito comunitário ao considerar que “razões válidas no plano do direito internacional convencional não o são necessariamente no quadro dos Tratados Comunitários”.

Coube aos acórdãos posteriores formar uma jurisprudência sólida no TJCE acerca dos critérios da aplicabilidade direta. Assim, as normas dos tratados comunitários que impõem aos Estados-membros obrigações, de abstenção ou de fazer, *precisas, incondicionais e perfeitamente determinadas*, bem como as que se dirigem direta e imediatamente aos particulares, originam em favor destes o direito de exigir daqueles (os Estados-membros), perante as competentes jurisdições nacionais, o respectivo cumprimento.

Estes critérios têm como base a natureza e o conteúdo da norma jurídica comunitária em questão. Assim sendo, impõe-se que seja uma *regra de direito positivo* preceptiva, e não meramente programática. É preciso também que esta norma, além de positiva, seja por si só suficiente, contendo todos os elementos necessários para ser efetivamente aplicada à situação concreta, i.e., não pode ser necessário adotar, seja no âmbito comunitário, seja no nacional, medidas regulamentares ou legislativas destinadas a completá-la.

Além disso, para a norma ser aplicada diretamente ela deve ser clara ao impor aos Estados uma obrigação incondicional e precisa. Como atualmente o TJCE já atua ao estabelecer em definitivo a interpretação de uma norma comunitária, tornando claro o seu sentido e alcance, a incondicionalidade e a precisão têm a ver apenas com a exclusão de uma certa margem de apreciação por parte dos Estados-membros – uma vez que as jurisdições nacionais não estão autorizadas a suprir uma eventual deficiência da norma (princípio da interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário).

No que tange às disposições das directivas comunitárias, o TJCE vem entendendo que nestes atos, normalmente, não ocorrem a incondicionalidade e a precisão necessárias para produzir efeito direto na esfera jurídica individual, traduzido na atribuição de um direito subjetivo. A questão da aplicabilidade direta das directivas será abordada com maior profundidade mais adiante.

O último critério estabelecido pela jurisprudência do TJCE foi o da aptidão da norma para conferir direitos subjetivos, no sentido de criar na esfera jurídica dos particulares direitos individuais que as jurisdições nacionais devem salvaguardar (CAMPOS, 2000, p. 353). Vale ressaltar que GORJÃO-HENRIQUES afirma ainda que a aplicabilidade (ou efeito) direto não se presume (2003, p. 211).

Estabelecidos os critérios, no Ac. *Simmenthal*, de 9.3.1978, o TJCE dispôs que aplicabilidade direta significa:

“que as normas comunitárias produzam a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da sua respectiva vigência.

Assim, estas disposições constituem uma fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de Estados-membros ou de particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário.

Isto vale igualmente para o juiz que, no âmbito das suas competências, tem enquanto titular de um órgão de um Estado-membro, por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário” (Trecho retirado de CAMPOS, 2000, p. 353).

São, portanto, três os elementos da aplicabilidade direta: a) a vigência das normas comunitárias na ordem jurídica interna dos Estados, sem sujeição a qualquer processo nacional de recepção, desde o momento da sua entrada em vigor na ordem comunitária; b) a produção de um efeito direto ou imediato na esfera jurídica dos sujeitos de direito comunitário – esse efeito pode ser o reconhecimento de um direito ou a imposição de uma obrigação a favor ou a cargo daqueles “que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário”; c) a salvaguarda, pelo juiz nacional, dos direitos conferidos aos particulares por uma norma comunitária que tendo entrado em vigor na ordem jurídica interna passa a fazer parte integrante do ordenamento jurídico de que os tribunais nacionais são órgãos.

No que tange à questão da aplicabilidade direta das disposições de direito derivado, como os regulamentos e, especialmente, as directivas, por ter importância significativa no desenvolvimento do objeto do trabalho será aprofundada mais adiante.

### 1.1. Implicações da noção de aplicabilidade direta.

CAMPOS identifica quatro implicações da noção de aplicabilidade direta à luz da jurisprudência comunitária. Em primeiro lugar, “uma *disposição comunitária*, ainda que inapta para conferir um direito subjectivo, pode ser invocada perante os tribunais nacionais por qualquer sujeito de direito comunitário para fundamentar a sua oposição à aplicação de qualquer norma, existente no direito interno, contrária ao direito comunitário” (CAMPOS, 2000, p. 362. Grifo do original)<sup>3</sup>.

Em segundo lugar, um particular interessado pode contestar as normas nacionais que apliquem incorretamente qualquer ato ou disposição comunitária vinculativa do Estado. Em terceiro, os particulares podem invocar uma disposição comunitária para obterem nos tribunais nacionais uma interpretação das normas internas conforme ou compatível com as prescrições comunitárias<sup>4</sup>.

Por fim, configura ilicitude a manutenção ou adoção pelos Estados-membros de normas jurídicas contrárias ao direito comunitário, habilitando os particulares a obter a reparação dos eventuais prejuízos resultantes da violação pelo Estado do dever que lhe incumbe de tomar todas as medidas gerais e especiais adequadas a assegurar a observância das suas obrigações comunitárias<sup>5</sup>.

Já no que tange à invocabilidade das normas comunitárias, CAMPOS sintetiza da seguinte forma: “o direito conferido aos particulares de invocar qualquer norma comunitária para apoio da sua posição em juízo só conhece, no fim das contas, os limites resultantes do seu interesse em agir em justiça, como demandante ou demandado, que é pressuposto da legitimidade processual” (2000, p. 365).

## 2. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO DIREITO COMUNITÁRIO

Não obstante se fale do “federalismo jurídico”, as Comunidades Europeias não constituem ainda uma federação de Estados e, assim, os tratados não contêm uma regra de conflitos explícita que determine que juiz nacional deva resolver a favor do direito comunitário qualquer eventual oposição entre este e o direito nacional. Para que a iniciativa comunitária de integração econômica, social e política tenha pleno efeito, as regras jurídicas que a orientam e disciplinam devem impor-se nos mesmos termos a todos os Estados participantes e respectivos súditos em posição de perfeita igualdade. “Luego la fuerza obligatoria del

3. No que tange às directivas, ver acórdãos *Ratti e Ursula Becker*.

4. Sobre os efeitos das directivas, ver *Ac. Marleasing*.

5. Quanto às directivas, ver *Ac. Francovich*.

Derecho Comunitario no puede variar de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas posteriores sin poner en peligro la realización de los objetivos de los Tratados” (MANGAS MARTÍN e LIÑÁN NOGUERAS, 1999, p. 218).

Desta forma, o TJCE reconheceu o princípio da primazia (ou *da prevalência na aplicação* ou *do primado*) do Direito Comunitário com base em sólida argumentação, que começa pelo reconhecimento do direito comunitário como um ordenamento autônomo, distinto tanto da ordem jurídica internacional como da ordem jurídica dos Estados<sup>6-7</sup>.

No Ac. *Costa/Enel*, de 15.6.1964, o TJCE fundou o princípio da primazia com base simultaneamente na natureza específica e nas exigências próprias da ordem jurídica comunitária<sup>8</sup>. Assim, segundo a corte comunitária, o TCE é diverso dos tratados ordinários de direito internacional por instituir uma ordem jurídica própria, integrada na ordem jurídica dos Estados-membros que se impõe às suas jurisdições.

Com efeito, segundo CAMPOS, “ao instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de atribuições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de uma capacidade de representação internacional e, mais precisamente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, *estes limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de direito aplicável aos seus súbditos e a eles próprios*” (2000, p. 373). E no Acórdão referido o TJCE complementa:

“...Esta integração, no direito de cada país membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais genericamente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade para os Estados-membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior...”

“... Resulta do conjunto destes elementos que, emanado de uma fonte autônoma, o direito resultante do Tratado não poderia, em razão de sua natureza originária específica, ver-se judicialmente

6. É preciso lembrar, contudo, que as normas comunitárias são integradas como tais nas ordens jurídicas internas dos Estados-membros para aí serem efetivamente aplicadas pelos tribunais nacionais considerados como tribunais comuns da ordem jurídica comunitária (CAMPOS, 2000, p. 367).
7. É forçoso referir que CAMPOS afirma que “os tribunais constitucionais de alguns Estados-membros têm, no entanto, exprimido algumas *reservas quanto ao primado do direito comunitário sobre certos princípios fundamentais* inscritos nas constituições nacionais respectivas” (2000, p. 377 e ss.). Grifo do original.
8. “La primacía del DC se funda en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador mediante una interpretación sistemática y teleológica o finalista de los Tratados comunitarios.” (MANGAS MARTÍN e LIÑÁN NOGUERAS, 1999, p. 217).

confrontado com um texto de direito interno, qualquer que este fosse, sem perder o seu caráter comunitário e sem que fossem postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade”.

No que se refere às exigências próprias da ordem jurídica comunitária, o TJCE afirmou que:

“... A força executiva do Direito Comunitário não poderia, com efeito, variar de um Estado para outro ao sabor das legislações internas ulteriores, sem pôr em perigo a realização das finalidades do Tratado... ou provocar uma discriminação proibida pelo art. 7º (atual art. 12º);

“... As obrigações contraídas em virtude do Tratado que institui a Comunidade não seriam incondicionais mas tão-somente eventuais se pudessem ser postas em causa por atos legislativos ulteriores aos signatários” (Trecho retirado de CAMPOS, 2000, p. 373).

Em decisões posteriores, o TJCE confirmou o princípio, dando-lhe ainda maior vazão, ao afirmar que o primado de manifesta em relação a todas as normas nacionais, sejam anteriores, sejam posteriores ao ato comunitário, tornando inaplicáveis todas as disposições nacionais contrárias existentes; bem como ao condenar, por considerar contrário aos princípios da aplicabilidade direta e da primazia, o recurso, pelos Estados-membros, a processos de recepção da norma comunitária na ordem jurídica interna, sublinhando que a primazia se opõe a todas as autoridades do Estado, governamentais e administrativas, assim como aos órgãos legislativos e jurisdicionais.

No Ac. *Simmenthal*, em particular, o TJCE reforçou decisivamente o princípio da primazia ao afirmar, a respeito do princípio da aplicabilidade direta, que “significa que as regras do Direito Comunitário devem manifestar a plenitude dos seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros a partir da sua entrada em vigor e durante toda a sua vigência”. E complementa que a aplicabilidade direta, por força do princípio da primazia, tem por efeito “impedir a válida produção de novos atos legislativos nacionais, na medida em que estes sejam incompatíveis com as normas comunitárias”.

Finalmente, com relação ao princípio do primado do direito comunitário, é essencial afirmar que ele vale inclusive sobre as disposições constitucionais dos Estados-membros, como tem afirmado implicitamente o TJCE ao utilizar formas genéricas como “um texto interno, qualquer que ele seja” (Ac. *Costa/Enel*) ou “sobre as disposições internas, seja qual for a natureza” (Ac. de 13.07.1972) ou ainda “sobre qualquer disposição contrária da legislação nacional existente” (Ac. *Simmenthal*).

Em questão ligada diretamente à ordem constitucional interna dos Estados-membros, o TJCE se pronunciou no Ac. *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17.12.1970, declarando que:

“... o recurso a regras ou noções jurídicas do direito nacional para julgar a validade de atos emanados das instituições comunitárias teria por efeito atentar contra a unidade e a eficácia do direito comunitário;

que a validade de tais atos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário;

que, na verdade, ao direito resultante do tratado, emanado de uma fonte autônoma, não poderiam, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras do direito nacional, quaisquer que elas fossem, sob pena de perder o seu caráter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade” (Trecho retirado de CAMPOS, 2000, p. 376).

Portanto, segundo GORJÃO-HENRIQUES, “a afirmação do primado ocorre assim, na jurisprudência comunitária, quer face ao direito ordinário interno, quer mesmo quando em causa possa estar o direito constitucional do Estado” (2003, p. 214)<sup>9</sup>. Também neste sentido, RAMOS afirma que “o Tribunal viria a sustentar, a propósito do Direito Comunitário, que a sua especificidade e a circunstância de ter origem numa fonte autônoma impunham que à sua aplicação não pudesse ser oposto um texto interno, fosse qual fosse a sua natureza e independentemente do momento (anterior ou posterior) da sua criação” (RAMOS, 1994, p. 98).

### 3. INTERPRETAÇÃO CONFORME

As jurisdições nacionais são os tribunais comuns da ordem jurídica comunitária. Afinal, tendo em vista o grande número de disposições diretamente aplicáveis entre as normas comunitárias, cabe aos tribunais internos aplicá-las nos litígios entre particulares e entre particulares e Estados-membros.

De acordo com GORJÃO-HENRIQUES, “o princípio da interpretação conforme afirma que o intérprete e aplicador do direito, internamente, deverá, ainda quando deva aplicar *apenas* direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas comunitárias” (GORJÃO-HENRIQUES, 2003, p. 216). Daí decorre que se houver

9. O autor ainda afirma que, em relação às normas constitucionais, cada Estado membro, de modo explícito ou como resultado da atuação dos órgãos que asseguram o respeito pelas suas normas fundamentais de organização e competência, regula à sua maneira a questão, ora aceitando irrestritamente a primazia, ora subtendo a norma comunitária à fiscalização de constitucionalidade (GORJÃO-HENRIQUES, 2003, p. 214-5).

dúvida quanto à correta interpretação das normas comunitárias ou sobre a validade dos atos comunitários invocados, os tribunais nacionais dispõem do reenvio a título prejudicial ao Tribunal das Comunidades Européias<sup>10</sup>.

O Acórdão do TJCE tem força obrigatória e vincula o juiz nacional que recorreu, mas somente no processo em que foi solicitado o pronunciamento. Entretanto, a autoridade do acórdão pode ultrapassar o âmbito do caso concreto, uma vez que os tribunais supremos dos Estados-membros estão dispensados da obrigação de reenvio (art. 234º, TCE) sempre que a questão de interpretação já tiver sido julgada por acórdão anterior do TJCE. Neste caso, fica facultado à jurisdição nacional, ou a adoção da interpretação já existente, ou o reenvio para confirmação ou modificação do pronunciamento prévio (CAMPOS, 2000, p. 416-7).

A questão da interpretação conforme das directivas será abordada mais adiante, face à maior relevância para o desenvolvimento do tema proposto.

#### 4. APRECIÇÃO UNIFORME

A apreciação uniforme de direito comunitário é um dos objetivos da Comunidade, que pretende ver suas normas aplicadas da mesma forma e com o mesmo sentido em qualquer Estado-membro, ainda que as realidades jurídicas e econômicas nacionais sejam diversas. Esta função é exercida pelo disposto no art. 234º, TCE, que versa sobre a interpretação uniforme do Tratados e dos atos adotados pelas instituições (como visto acima) e sobre a validade destes atos.

O artigo institui uma relação de colaboração entre os tribunais nacionais e o TJCE, através da qual aqueles podem pedir a este que se pronuncie sobre alguma daquelas questões, ficando vinculados à resposta dada, ao aplicar (ou não) a norma comunitária ao caso concreto. Esta aplicação uniforme, portanto, é assegurada pela força da decisão do TJCE, que cria um precedente e leva os tribunais nacionais a seguirem a apreciação em processos posteriores; e pelo próprio sistema prejudicial, instituído pelo TCE, que prevê a obrigatoriedade do reenvio “sempre que uma questão (...) seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial no direito interno” (art. 234º (3))<sup>11</sup>.

10. Art. 234º, TCE “O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial: sobre a interpretação do presente Tratado; sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE (Banco Central Europeu)...”.

11. Ver, neste sentido GORJÃO-HENRIQUES, 2003, p. 215-216. Sobre o reenvio prejudicial, ver RAMOS, 1992, p. 95 e ss.

No que se refere à validade dos atos comunitários, a jurisprudência do TJCE já assentou que não alude somente sobre a legalidade intrínseca resultante da observância das condições de fundo como, igualmente, sobre a satisfação das exigências de forma, i.e., a validade formal. De acordo com CAMPOS, as causas de invalidade que poderão ser invocadas são as que estão ao abrigo do art. 230º, TCE, como fundamento de um recurso direto de anulação (CAMPOS, 2000, p. 397).

Vistas algumas características gerais do Direito Comunitário, em especial quanto à sua eficácia no direito internos dos Estados-membros, passaremos a seguir a uma análise do Direito Privado Comunitário, que possui peculiaridades em razão das finalidades das políticas comunitárias.



## CAPÍTULO II

# DIREITO PRIVADO COMUNITÁRIO

**Sumário** • 1. Aspectos Gerais – 2. Tratados como fonte do Direito Privado Comunitário: 2.1. Incidência Direta; 2.2. Incidência Indireta: 2.2.1. Princípio da Subsidiariedade; 2.2.2. Princípio da Proporcionalidade; 2.2.3. Competência da Autoridade Comunitária em matéria de Mercado Interno – 3. Integração Negativa: 3.1. Livre circulação de mercadorias; 3.2. Livre circulação de capitais; 3.3. Livre circulação de pessoas e serviços – 4. Integração Positiva: 4.1. O Regulamento; 4.2. A Directiva: 4.2.1. Conteúdo da Directiva; 4.2.2. Força Obrigatória da Directiva; 4.2.3. Liberdade de Escolha da Forma e dos Meios; 4.2.4. Efeito Direto – Vertical e Horizontal; 4.2.5. Aplicabilidade Direta; 4.2.6. Interpretação Conforme.

### 1. ASPECTOS GERAIS

O Direito Comunitário originário é composto dos tratados constitutivos da Comunidade Européia e da União Européia<sup>1</sup>; já o derivado refere-se aos atos unilaterais de competência da Autoridade Comunitária previstos nos tratados. Tanto um como o outro compõem o acervo normativo que regula a Comunidade Européia. As relações de Direito Privado que interferem de alguma maneira na Comunidade também são objeto de disciplina jurídica, compondo o Direito Privado Comunitário.

O conceito de Direito Privado Comunitário<sup>2</sup> abarca a “integração positiva”, fruto das disposições contidas no Direito Comunitário originário e no derivado ou de harmonização, e a “integração negativa”, que, na definição de SÁNCHEZ LORENZO, é constituída pelo conjunto de regras genéricas ou específicas, especialmente jurisprudenciais, que estabelecem os limites dos Direitos Privados nacionais impostos pelo jogo do mercado interno e das liberdades de circulação instituídas pelo Direito Comunitário (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 4).

1. Os três tratados constitutivos na Comunidade Européia são o tratado de Paris, de 1951, que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (daqui em diante TCECA), e os tratados de Roma, de 1956, que instituíram a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM); o Tratado de Maastricht, de 1992, criou a União Européia (por isso, daqui em diante, TUE) e modificou o Tratado da CEE, que passou a ser chamado de Tratado da Comunidade Européia (daqui em diante, TCE).
2. O adjetivo “comunitário” neste caso refere-se à fonte, i.e., à origem institucional das suas disposições. É conveniente destacar neste momento a distinção entre Direito Privado Comunitário (daqui para frente, DPC) e aquilo que se convencionou chamar de Direito Privado Europeu. Este último refere-se à disciplina dos institutos de Direito Privado nos diversos direitos internos nacionais dos países europeus, tendo como referência o espaço geográfico que por hora vai muito mais além da União Européia. É assim um termo mais ligado ao Direito Comparado, sendo diverso do DPC, que está ligado ao Direito Comunitário enquanto ramo autônomo do Direito.

No que tange à integração positiva, além das normas de direito originário contidas nos tratados que afetam direta ou indiretamente o Direito Privado, a regulação da matéria por direito derivado ocorre principalmente por meio de regulamentos e directivas. A utilização destes atos normativos unilaterais por parte da Autoridade Comunitária em matéria de Direito Privado se dará nas questões ligadas à aproximação das legislações dos Estados-membros voltada para o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, bem como nos casos em que a concorrência no mercado comum esteja sendo falseada pela diversidade das normas de direito interno. É a disciplina dos arts. 94º a 96º do TCE, que será discutida mais adiante.

A harmonização do Direito dos Contratos passa pelo critério de formação do DPC, sendo parte dele. Desta forma, o acervo positivo de Direito Comunitário em matéria de Direito dos Contratos é precipuamente formado de directivas e, em menor número, de regulamentos. As normas dos tratados interferem, via de regra, apenas indiretamente nesta composição, seja estabelecendo regras positivas, seja atuando na integração negativa.

Para a finalidade deste trabalho interessa a análise mais pormenorizada dos regulamentos e das directivas. Com efeito, existem directivas e regulamentos cujo objeto está constituído por instituições de Direito Privado e configuram o “núcleo duro” do Direito Privado Comunitário (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 4). A maior parte destas normas refere-se diretamente ao Direito dos Contratos. Porém, muitas outras disposições ou atos normativos do Direito Comunitário originário ou derivado não têm por objeto imediato instituição alguma de Direito Privado, mas ocupam a periferia do Direito Privado Comunitário por repercutirem de forma indireta nas relações privadas dos cidadãos.

Portanto, antes de entrar numa análise mais detalhada das directivas e dos regulamentos como fonte do Direito Privado Comunitário, será feita uma breve análise da incidência dos tratados, bem como as formas de integração negativa, fruto das liberdades de circulação e das políticas comunitárias.

## **2. TRATADOS COMO FONTE DO DIREITO PRIVADO COMUNITÁRIO**

Os tratados constitutivos da Comunidade Européia incidem direta e indiretamente no âmbito do Direito Privado. Indiretamente, através de princípios gerais como o princípio da confiança comunitária ou o princípio da não discriminação por razões de nacionalidade. Este último, particularmente, exerceu um importante papel no processo de integração negativa através do jogo das liberdades de circulação. Além da via negativa, algumas outras disposições dos tratados oferecem uma incidência indireta na formação positiva do DPC. É o caso dos arts. 94º a 96º, que disciplinam a competência da Autoridade Comunitária para adotar

directivas e regulamentos versando sobre mercado interno, bem como do art. 5º, que prevê os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

## 2.1. Incidência Direta

Há normas dos tratados que possuem aplicação direta no Direito Privado, como o art. 81 (2) do TCE que determina a nulidade de determinados acordos comerciais susceptíveis de contradizer as normas sobre concorrência e, em concreto, os convénios e pactos previstos no art. 81 (1). Veja-se:

“Artigo 81º.

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por este facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de seus contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

(...)”

Como se pode perceber, o referido artigo tem incidência direta em instituições de Direito Privado, mais especificamente no Direito dos Contratos, compondo, assim, o “núcleo duro” do Direito Privado Comunitário. Contudo, o certo é que a maior parte das normas de Direito Comunitário originário só apresenta uma incidência indirecta no Direito Privado<sup>3</sup>, ainda que muitas vezes decisiva.

3. Vale referir ainda que SÁNCHEZ LORENZO afirma que “la incorporación al acervo comunitario originario de las normas que regulan los derechos fundamentales, implicará una cierta ‘comunitarización’ de la cuestión relativa a la adecuación de los Derechos privados nacionales a los derechos fundamentales de la

## 2.2. Incidência Indireta

### 2.2.1. Princípio da Subsidiariedade

As decisões da União Europeia devem ser adotadas nas esferas mais próximas da questão que pretende atingir. Para reger esta situação, o Tratado de Maastricht de 1992 (TUE) incorporou o princípio da subsidiariedade no bojo do ordenamento originário da Comunidade Europeia. Com efeito, o Preâmbulo do TUE afirma que no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa as decisões devem ser tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, “de acordo com o princípio da subsidiariedade”<sup>4</sup>. A disciplina específica do princípio encontra-se no art. 5º do TCE, que versa:

“A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade, se e na medida em que os objetivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado”.

O primeiro parágrafo do art. 5º enuncia o princípio da especialidade (ou princípio da competência de atribuição), já referido acima, que regula a distribuição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros que preside o sistema institucional<sup>5</sup>. Por este princípio fica estabelecido que a demarcação de competências é determinada pelo próprio Tratado e é projetado para proteger os Estados-membros contra uma leitura demasiadamente generosa dos poderes da Comunidade (DEHOUSSE, 1993, p. 7). O princípio da subsidiariedade encontra-se no segundo parágrafo. O terceiro parágrafo, por sua vez, enuncia o princípio da proporcionalidade, que será visto logo a seguir.

---

persona” (2002, p. 8). Isto é, a incorporação ao acervo comunitário do Convénio Europeu para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, feito em Roma, em 04.11.50, interessa ao Direito Privado Comunitário a medida em que os Estados-membros têm que leva-lo em conta ao legislar acerca das relações entre particulares, exercendo assim um típico papel de integração positiva.

4. Segundo REICH, entretanto, a subsidiariedade não pode ser invocada diretamente pelos cidadãos no sentido de que eles não podem promover uma acção aduzindo que as instituições comunitárias violaram suas competências normativas, e assim alegar que um ato comunitário não é vigente (REICH, 1995, p. 300).
5. Ver a este respeito a segunda parte do nº 1 do art. 7º TCE, que dispõe: “cada instituição atua nos limites das atribuições e competências que lhe são conferidas pelo presente Tratado”. Neste sentido, MANGAS MARTÍN e LIÑÁN NOGUERAS, 1999, p. 48.

O princípio da subsidiariedade tem origens na doutrina federalista alemã e o Direito Constitucional germânico refere-se a ele em dois campos: cobrindo as relações entre Federação e Estados, restringindo a competência da Federação; e cobrindo as relações entre os Estados e as municipalidades, assegurando garantias básicas para as autoridades municipais (ONETTI, 2001, p. 51)<sup>6</sup>. Com base nesta experiência, os alemães propuseram a definição da subsidiariedade em termos de efetividade e, portanto, a Comunidade deveria executar ações que tivessem melhor efeito a nível supranacional. Os ingleses, por outro lado, insistiram que as ações da Comunidade deveriam ser tomadas apenas quando fosse necessário ou essencial para o alcance do objetivo em questão.

O texto final do Tratado, no que tange à subsidiariedade, inclui como elementos a serem observados na legislação comunitária tanto a eficiência, como a necessidade. Isto implicaria que se os objetivos de uma política não podem ser atingidos pelos Estados-membros, a intervenção comunitária será, obrigatoriamente, a mais eficiente<sup>7</sup>. DEHOUSSE afirma que “whenever the Community is under an obligation to act, and the Member States are deprived of the necessary powers, there can be no question of subsidiarity” (1993, p. 7).

Segundo MANGAS MARTÍN, “la subsidiariedad es, pues, un principio regulador del modo de ejercicio de las competencias *compartidas* entre los Estados miembros y la Unión Europea” (MANGAS MARTÍN e LIÑÁN NOGUERAS, 1999, p. 48.). De fato, o uso das competências exclusivas da comunidade não é governado pelo princípio da subsidiariedade. Da forma como foi concebida, a subsidiariedade pode funcionar como uma faca de dois gumes: negativamente, para proteger as prerrogativas dos Estados-membros contra interferência indevida da Comunidade; mas também positivamente, para permitir que a Comunidade aja no momento em que tal ação se mostre necessária (DEHOUSSE, 1993, p. 6)<sup>8</sup>.

6. Para REICH, o princípio deveria ser discutido no contexto do ‘federalismo’, usado com um sentido funcional de compatibilidade e não de supremacia ou centralização (REICH, 1995, p. 285-305).
7. A Comissão, entretanto, alterou este entendimento, sugerindo que se uma ação se mostra mais eficiente a nível comunitário, então os objetivos da política serão melhor cumpridos, logo a ação a nível comunitário é também necessária.
8. Neste mesmo sentido, BENACCHIO afirma que a ambigüidade do princípio é tal que a subsidiariedade vem sendo invocada seja para sustentar uma intervenção em sentido centralístico, seja para defender uma maior autonomia dos Estados (BENACCHIO, 2001, p. 73). Segundo BATES, “while it is not clear to what extent the concept is a justiciable issue, it is evident that directives are being proposed by the European Commission which allow for a more flexible response by member states in their implementation” (1996, p. 223).

Em anexo ao Tratado de Amsterdã, de 1997, foi assinado o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade<sup>9</sup>. No parágrafo terceiro do referido protocolo ficou disposto que “o princípio da subsidiariedade não põe em causa as competências conferidas à Comunidade Europeia pelo Tratado, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça. Os critérios enunciados no segundo parágrafo do artigo 5º do Tratado dizem respeito aos domínios em que a Comunidade não tem competência exclusiva. O princípio da subsidiariedade dá uma orientação sobre o modo como essas competências devem ser exercidas no plano comunitário. A subsidiariedade constitui um conceito dinâmico que deve ser aplicado à luz dos objetivos enunciados no Tratado. Permite alargar a ação da Comunidade, dentro dos limites das suas competências, se as circunstâncias o exigirem e, inversamente, limitar ou pôr termo a essa ação quando esta deixe de se justificar”.

Já no parágrafo quinto, o Protocolo deixa claro que “para que seja justificada, uma ação comunitária deve preencher os dois requisitos inerentes ao princípio da subsidiariedade: os objetivos da ação prevista não podem ser suficientemente realizados pela ação dos Estados-Membros no quadro dos respectivos sistemas constitucionais e podem por isso ser mais adequadamente realizados por meio de uma ação da Comunidade”.

Mais adiante, no parágrafo sexto refere que “a Comunidade legislará apenas na medida do necessário. Em igualdade de circunstâncias, deve optar-se por directivas em vez de regulamentos e por directivas-quadro em vez de medidas pormenorizadas”. O parágrafo nono do referido Protocolo dispõe que a Comissão deve “fundamentar a pertinência das suas propostas relativamente ao princípio da subsidiariedade; sempre que necessário, a fundamentação que acompanha a proposta fornecerá elementos a esse respeito”. Sendo assim, o princípio da subsidiariedade opera como um limite de discricionariedade da Autoridade Comunitária na adoção de ações, na medida em que exige uma fundamentação.

Para GORJÃO-HENRIQUES, a par da dimensão política inquestionável, é preciso reconhecer o caráter de princípio jurídico de Direito Comunitário que, “se não goza das características de que depende o efeito direto das normas do tratado CE, não deixa de estar sujeito à fiscalização dos tribunais comunitários” (GORJÃO-HENRIQUES, 2003, p. 206)<sup>10</sup>.

9. “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”, em VILAÇA e GORJÃO-HENRIQUES, 2002.

10. Por outro lado, segundo DEHOUSSE, “where the Treaty leaves a margin of discretion to other Community institutions, the Court is not eager to substitute its own interpretation for theirs. If such a line is maintained, the court will approach with great caution any discussion on the conformity of Community measures with

Desta forma, o princípio da subsidiariedade surte fortes efeitos sobre a disciplina do Direito Privado, que se encaixa na competência compartilhada da Comunidade Européia, estando normalmente ligado à disciplina do estabelecimento e funcionamento do mercado interno, bem como do falseamento da concorrência no mercado comum, cuja competência da Autoridade Comunitária para adoção de medidas encontra-se disposta nos arts. 94º a 96º do TCE, que ainda serão analisados.

### ***2.2.2. Princípio da Proporcionalidade***

Abstratamente, o princípio da proporcionalidade requer que a ação tomada a nível comunitário seja proporcional aos objetivos. Desenvolvido nos sistemas jurídicos continentais, especialmente na França e na Alemanha, o princípio visa a proteger o indivíduo frente ao Estado, partindo da premissa de que a intervenção regulatória deve ser adequada às suas metas.

O princípio da proporcionalidade, apesar de ter encontrado expressão limitada no TCE, conforme a regra do art. 5º (3), que dispõe que “a ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado”, foi desenvolvido pela jurisprudência do TJCE como princípio fundamental, requerendo em particular que o indivíduo não deve ter sua liberdade de ação limitada além do grau necessário ao interesse público. O já citado Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade dispõe que “a ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do Tratado”.

Para estabelecer se uma ação da Comunidade está consoante com o princípio da proporcionalidade é necessário estabelecer se os meios a serem empregados para atingir uma determinada finalidade correspondem à importância desta meta e se estes meios são realmente essenciais para alcançá-la. Portanto, o princípio é composto de dois testes: o teste da adequação e o teste da necessidade<sup>11</sup>. O primeiro refere-se à relação entre os meios e os fins, onde os meios empregados pela medida a ser adotada devem ser adequados, nomeadamente quanto à

---

subsidiary principle, and leave a large measure of discretion to the institutions that must decide on the matter; only in exceptional circumstances would its scrutiny lead to a negative judgement”. Neste mesmo sentido o autor comenta que “a subsidiarity assessment appears to involve delicate policy choices, which go beyond the tasks traditionally assigned to judicial bodies”, e completa ao afirmar que “if subsidiarity is primarily a political problem, as I believe it is, judicial solutions may create a legitimacy problem” (1993, p. 13 e ss.).

11. Segundo GORJÃO-HENRIQUES, “a idéia de proporcionalidade liga-se a dois conceitos principais: o de proibição de excesso e o de necessidade” (2003, p. 206).

razoabilidade, para atingir os objetivos<sup>12</sup>. O segundo é de balanço de interesses concorrentes, ou seja, é a avaliação das conseqüências adversas de uma medida a ser adotada sobre um interesse protegido juridicamente, determinando se aquelas conseqüências são justificadas em razão da importância do objetivo perseguido (TRIDIMAS, Takis, 1999a, p. 89 e ss.)<sup>13</sup>.

A aplicação dos testes de adequação e necessidade possibilita ao TJCE a revisão não somente da legalidade, mas também, em alguma extensão, do mérito das medidas legislativas e administrativas da Autoridade Comunitária.

Como foi visto, a disciplina do princípio da proporcionalidade encontra-se atrelado ao do princípio da subsidiariedade, ambos no art. 5º do TCE. Entretanto, há diferenças fundamentais entre os dois princípios. Primeiro, o princípio da subsidiariedade opera num estágio anterior ao da proporcionalidade. Ele define se uma ação deve ou não ser tomada a nível comunitário. O exame de proporcionalidade é posterior, analisando o escopo. A segunda diferença é que o princípio da subsidiariedade só tem efeito nos casos em que a competência da Comunidade não é exclusiva, enquanto o princípio da proporcionalidade aplica-se também quando a Comunidade possui competência exclusiva.

Sendo assim, a proporcionalidade atua como um princípio diretor do exercício da competência da Comunidade, tanto no que se refere à extensão quanto à intensidade da ação. Assim como a subsidiariedade, é um princípio dirigido primeiramente, embora não exclusivamente, às instituições políticas da Comunidade e está desenhado para influenciar no processo legislativo *ex ante*, i.e., no estágio de preparação da legislação (TRIDIMAS, 1999a, p. 118 e ss).

Contudo, tanto no caso da subsidiariedade quanto no da proporcionalidade, a aplicação rigorosa do princípio pode ser alvo de críticas na medida em que esta aplicação pode ir além da função judicial. A função do tribunal é analisar o escopo dos poderes conferidos às autoridades públicas e a maneira como eles estão sendo exercidos. Segundo a crítica, o princípio da separação dos poderes pode ser afetado se o tribunal for decidir se uma forma de exercício de um determinado poder é a mais apropriada para atingir uma determinada meta. Não é atribuição das cortes avaliar as opções sociais, econômicas e políticas, sendo mais afeito ao executivo com a submissão ao legislativo (JACOBS, 1999, p. 20).

No âmbito das políticas econômicas de estabelecimento e funcionamento do mercado interno, o princípio da proporcionalidade atua sobre as opções

12. "Proportionality problems are essentially limited to a question of means and ends: could not other measures, equally effective but less detrimental to superior interests, have been used?" (DEHOUSSE, 1993, p. 14).

13. Também em TRIDIMAS, 1999b, p. 65 e ss.

normativas da Comunidade em termos de harmonização legislativa. Desta forma, todas as medidas adotadas com fins de formação do DPC são submetidas aos testes do princípio da proporcionalidade.

### ***2.2.3. Competência da Autoridade Comunitária em matéria de Mercado Interno***

A competência da Autoridade Comunitária para editar directivas e regulamentos em matéria de Direito Privado é estabelecida nos arts. 94º a 96º do TCE. Com efeito, o artigo 94º dispõe expressamente que “o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comitê Econômico e Social, adota directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum”. Desta forma, o art. 94º estabelece duas regras para a adoção de directivas propostas pela Comissão: a regra da unanimidade e a regra da incidência direta no estabelecimento e no funcionamento do mercado comum.

De acordo com REICH, houve algum debate em torno dos limites desta competência da Comunidade, mas como ela foi baseada no princípio da unanimidade acabou considerada como ‘ilimitada’ e precária. Ilimitada na medida em que os Estados-membros, agindo no Conselho, poderiam, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu e do Comitê Econômico e Social, autonomamente criar as competências para aproximação legislativa que entendessem necessárias. Este limite não poderia ser controlado pelo TJCE. Por outro lado, o princípio da unanimidade implica que todos os Estados-membros tem direito de voz ilimitado, o que significa que, de acordo com suas opções políticas e discricção, podem concordar ou discordar de qualquer medida de aproximação legislativa ou fazer um uso disso como forma de alavanca de poder, tornando precária a opção política (REICH, 1995, p. 287)<sup>14</sup>.

Já o art. 95º estabelece por regra o procedimento do art. 251º do TCE para adoção de “medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”. Neste caso podem ser

14. Segundo JOERGES, “every European law-making project remains subject to bargaining strategies by which Member States defend their own traditions and seek to protect themselves against economic or social effects that changes in law will bring about” (1995, p. 180). Já VAN GERVEN assinala que o tema da competência da Autoridade Comunitária para agir em termos de Direito Privado é uma questão de legitimação democrática das medidas, sugerindo, inclusive, o envolvimento dos parlamentos nacionais como expressão do princípio da democracia participativa (2001, p. 20 e ss.)

tomadas quaisquer medidas que tenham *por objeto* o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. O âmbito é mais restrito que a mera *incidência* do artigo anterior. Daí porque se entende que o regulamento só poderá ser adotado nestes casos, mas nada impede que seja adotada uma directiva, até mesmo em observância dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Já o art. 96º aponta que:

“se a Comissão verificar que a existência de uma disparidade entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos Estados-Membros falseia as condições de concorrência no mercado comum, provocando assim uma distorção que deva ser eliminada, consultará os Estados-Membros em causa.

Se desta consulta não resultar um acordo que elimine a distorção em causa, o Conselho, sob proposta da Comissão, deliberando por maioria qualificada, adotará as directivas necessárias para o efeito. A Comissão e o Conselho podem tomar quaisquer outras medidas adequadas previstas no presente Tratado”.

Assim, também no caso de as disparidades dos direitos internos dos Estados-membros falsearem a concorrência, poderá a Autoridade Comunitária adotar um ato unilateral de aproximação das legislações, via de regra directivas, mas não somente, com vistas a eliminar as distorções. Claro está que a consulta prévia aos Estados-membros em causa é imprescindível, podendo tornar-se desnecessária a atuação da Comunidade.

### 3. INTEGRAÇÃO NEGATIVA

As liberdades de circulação e as políticas comunitárias são as chaves da integração econômica européia. O Direito Privado é um instrumento essencial para a comercialização de bens e serviços e para os movimentos de capitais. Vale observar neste ponto a definição de Mercado Interno trazida pelo TCE:

“Artigo 14º

2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.”

Assim, à margem do maior ou menor grau de integração jurídica, de uniformização do Direito Privado, o Direito Privado Comunitário adquire inicialmente uma dimensão negativa: os Direitos Privados nacionais não podem introduzir obstáculos ou impedimentos às liberdades de circulação. Em traços gerais, as normas de Direito Privado nacionais devem atender à obrigação de não discriminação por razão de nacionalidade; não devem incorporar normas, medidas

ou práticas que, de forma direta ou encoberta, impliquem uma desigualdade de trato por razão de nacionalidade que prejudique o intercâmbio de mercadorias, serviços ou capitais no mercado interno<sup>15</sup>.

Com efeito, o simples fato de os Estados-membros não poderem criar restrições às liberdades enunciadas pelo TCE já conduz a um mínimo de harmonização, na medida em que garante aos cidadãos o exercício amplo dos direitos por elas conferidos. Desta forma, há um grau de segurança jurídica acerca dos atos que se pode praticar no âmbito de tais liberdades no espaço territorial da Comunidade.

### 3.1. Livre circulação de mercadorias

A integração negativa vem exercendo um importante papel na implementação da livre circulação de mercadorias. Como as disposições do TCE contém, por um lado, definições vagas e, por outro lado, englobam proibições aos Estados-membros diretamente aplicáveis, elas estão sujeitas a um controle judicial por parte do TJCE, que preenche tais conceitos através da jurisprudência, determinando ou precisando os limites de atuação dos Estados-membros (MARTINS, 1992, p. 20).

SÁNCHEZ LORENZO, por sua vez, afirma que “en el ámbito de la libre circulación de mercancías, la jurisprudencia del TJCE ha evolucionado de forma restrictiva, reduciendo el efecto de la libertad y el rigor de la regla de reconocimiento en los supuestos más vinculados al Derecho privado, a saber, los referidos a la comercialización de productos” (2002, p.15).

Ou seja, no caso de uma medida de Direito nacional aplicável indistintamente a mercadorias nacionais e importadas, só não haverá conformidade com o Direito Comunitário se tal medida produz efeitos protecionistas e, em consequência, uma desigualdade de tratamento entre esses produtos. Por outro lado, não serão consideradas contrárias ao Direito Comunitário medidas que não produzam tais efeitos, ainda que não se sustentem em imperativos de interesse geral, não sejam eficazes ou resultem pouco proporcionadas.

A maior parte da jurisprudência do TJCE sobre a livre circulação de mercadorias refere-se a disposições nacionais restritivas de Direito Público (económico, administrativo, fiscal, etc.). “Cuando se enfrenta a materias de Derecho

---

15. SÁNCHEZ LORENZO, entretanto, adverte que “sin embargo, muchas veces existen restricciones justificadas por razón de interés general, no discriminatorias, adecuadas y proporcionales que pueden ser consideradas legítimas y, en consecuencia, alteran el buen funcionamiento del mercado interior” (2002, p. 13).

privado, es habitual observar la aplicación de la jurisprudencia ‘Keck’ por lo que se refiere a las condiciones de comercialización o distribución” ( SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 17-18).

No Ac. *Keck*, o TJCE considerou que “a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente o comércio intracomunitário na acepção da jurisprudência *Dassonville* (acórdão de 11 de Julho 1974, 8/74, Colect., p. 423), desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam suas actividades no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente quanto de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros” (Ac. *Keck*, p. 16).

Esta decisão veio a confirmar a tendência da jurisprudência do TJCE já expressada anteriormente no Ac. *Krantz*, no qual decidiu que:

“a disposição nacional mencionada pelo órgão jurisdicional nacional se aplica indistintamente aos bens nacionais e importados e não tem por objecto regular as trocas comerciais de mercadorias com os outros Estados-membros.

Deve declarar-se, em seguida, que a circunstância de os nacionais de outros Estados-membros hesitarem em vender a prestações bens a compradores do Estado-membro em causa porque estes bens correm o risco de ser penhorados pelo Ontvanger se os compradores não pagarem as suas dívidas fiscais neerlandesas é demasiado aleatória e indirecta para que uma disposição nacional autorizando tal penhora possa ser vista como sendo susceptível de entravar o comércio entre os Estados-membros” (Ac. *Krantz*, pts. 10 e 11).

Não obstante, as normas do Direito Privado nacional não só podem resultar discriminatórias a respeito de produtos importados, mas também protecionistas quando aparentemente garantem uma igualdade de tratamento e, assim, também podem ser objeto de integração negativa com base na livre circulação de mercadorias.

### 3.2. Livre circulação de capitais

A liberdade de circulação de capitais afeta tanto as transferências efetivas de capital, como as transações ou operações jurídicas que canalizam tais transferências, repercutindo de forma clara em distintos contratos, especialmente os mercantis (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 23). Vale dizer, apresenta incidência direta na integração negativa do Direito dos Contratos, especialmente nos contratos bancários, de seguro e sobre valores mobiliários.

Com efeito, é completamente vedado aos Estados-membros tomarem medidas restritivas quanto ao mercado de capitais transfronteiriços, independentemente da existência de uma medida comunitária harmonizadora. Assim, por exemplo, a legislação interna de um Estado-membro não pode beneficiar as instituições financeiras domésticas, entretendo a livre circulação de capitais no mercado comum.

### 3.3. Livre circulação de pessoas e serviços

A operacionalização destas duas liberdades conduz a uma integração na medida em que apresentam uma incidência muito similar na aproximação das legislações nacionais de áreas do Direito Privado contíguas ao Direito dos Contratos, como o Direito do Trabalho, o Direito Societário e os Direitos de Crédito. Também representam importante fonte de integração negativa do Direito Processual Civil.

O TJCE, ao valorar se uma norma de Direito Privado, substancial ou processual, é contrária à livre circulação de pessoas e serviços, vincula sua decisão ao seu carácter discriminatório ou não. Se a disposição de Direito Privado não é discriminatória, é muito difícil que o TJCE a considere restritiva por desproporcionada, inadequada ou infundada em um interesse geral aceitável. Já as normas de Direito Público nacionais podem ser consideradas contrárias ao Direito Comunitário, ainda que não sejam discriminatórias.

Acerca disso, SÁNCHEZ LORENZO afirma que “la menor permeabilidad del Derecho privado nacional a la integración negativa tal vez encuentre una razón subyacente en el distinto alcance que supone para la identidad o cultura jurídica de los Estados miembros una sanción de contrariedad con el Derecho comunitario, cuando se trata de una norma de Derecho privado. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad o de subsidiariedad pueden aparecer como un límite también para la integración negativa” (2002, p. 33).

## 4. INTEGRAÇÃO POSITIVA

Os atos unilaterais da autoridade comunitária estão previstos no artigo 249º do TCE, que versa:

“Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu, em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos”.

#### 4.1. O Regulamento

O regulamento é o ato comunitário equivalente ao que se conhece por *lei* nos países de *Civil Law*, como Portugal. Suas características principais podem ser deduzidas do texto do Tratado, quais sejam: carácter geral; obrigatório em todos os seus elementos; e diretamente aplicável. Equivale ao regulamento do TCE a *decisão geral* do Tratado CECA.

O regulamento é o mais rígido instrumento de uniformização jurídica. Em razão do seu carácter geral é normalmente associado à ideia de lei. A generalidade a que se refere o Tratado pode reportar-se aos destinatários ou ao objeto da provisão ou da prescrição. Assim, em sentido estrito, a generalidade refere-se aos destinatários; por outro lado, a generalidade no sentido de abstração está ligada ao objeto da provisão.

A eventual determinabilidade das pessoas que podem estar sujeitas à aplicação das normas contidas no regulamento não retira o seu carácter geral e abstrato. As normas ali contidas têm que ser aplicadas igualmente a qualquer outro que venha a preencher as condições definidas no seu texto. Não há qualquer problema também quanto à diversidade de efeitos para os sujeitos que se submetem ao regulamento – desde que haja determinação objetiva das consequências.

No que tange à obrigatoriedade, o regulamento representa a maior expressão do poder normativo da Autoridade Comunitária. Independe da participação das instituições nacionais e se impõe, na totalidade de suas disposições aos Estados-Membros, aos seus órgãos e autoridades, e a todos os particulares sujeitos à jurisdição comunitária.

Com efeito, BENACCHIO afirma que é sedimentado e pacífico que o regulamento deve ser considerado, em todos os efeitos, direito interno e que, portanto, deve ser aplicado por qualquer juiz e em qualquer grau de jurisdição. Em razão disto, uma lei interna eventualmente em contraste com um regulamento comunitário não deve ser aplicada por todos os juizes sem que seja necessário atender a declaração de inconstitucionalidade da parte da Corte constitucional. Enfim, é pacífico que o regulamento comunitário, dotado, sobre o plano da hierarquia das fontes, da mesma eficácia da lei interna, prevalece sobre esta também no caso em que a lei nacional seja posterior (BENACCHIO, 2001, p. 73).

Desta forma, pode-se dizer que o regulamento, enquanto ato legislativo perfeito e, em regra, completo, gera as seguintes consequências para a competência dos Estados-Membros. Em primeiro lugar, as instituições nacionais com poderes legislativos não podem adotar atos que dissimulem a natureza ou os efeitos de uma regra jurídica comunitária. Em segundo lugar, os Estados-Membros não podem acrescentar nada aos regulamentos, bem como não podem aplicar de maneira incompleta ou seletiva suas disposições, mesmo que as julguem contrárias a certos interesses nacionais. Neste mesmo sentido, um Estado-Membro não pode invocar sua ordem interna para justificar o menosprezo das obrigações e prazos resultantes de regulamento.

Além disso, os Estados-Membros não podem criar sanções na legislação nacional que impliquem perda de direitos resultantes de regulamentos. Se, no entanto, não há previsões de sanção para a violação de suas disposições, cabe aos Estados-Membros tomar as medidas adequadas para garantir o cumprimento correto. Da mesma forma, a execução de um regulamento pode eventualmente incumbir às autoridades nacionais.

BASEDOW, entretanto, afirma que no campo do direito privado os regulamentos não têm sido utilizados com frequência para implementar regras uniformes. Assim, embora o efeito direto dos regulamentos seja muito mais susceptível a produzir uma aplicação uniforme que parece necessária em questões de direito privado, o acervo legislativo comunitário tem dado preferência à directiva até o momento, em obediência ao princípio da subsidiariedade, sendo questionada a competência da Autoridade Comunitária para adotar regulamentos sobre a matéria (2000, p. 18)<sup>16</sup>.

Quanto à aplicabilidade dos regulamentos é de ressaltar a norma do TCE sobre a *vacatio legis*, que disciplina no artigo 254º que, na falta de fixação de data para a entrada em vigor, o prazo será de 20 dias a contar da publicação, dispensando qualquer ato nacional de recepção no Direito interno dos Estados-Membros, ainda que o direito nacional existente seja contrário a suas disposições. Portanto, não se pode dizer que os regulamentos sejam sempre *imediatamente* aplicáveis, podendo depender tanto da *vacatio*, como de adoção de medidas complementares.

16. Em estudo mais recente, CÁMARA LAPUENTE afirma que “en los últimos tiempos, y especialmente tras la formulación del art. 100.A [atual art. 95] por el Tratado de Maastricht y del título IV TCE por el Tratado de Amsterdam, el Reglamento está cobrando una nueva importancia en la uniformización de varios ámbitos del Derecho privado” (CÁMARA LAPUENTE, 2003, p. 54).

A adoção de regulamentos pela Autoridade Comunitária requer fundamentação baseada em consultas a outros órgãos comunitários. É o que dispõe o artigo 253º, que segue:

“Os regulamentos, directivas e decisões adoptadas em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, e esses mesmos actos adoptados pelo Conselho e pela Comissão serão fundamentados e referir-se-ão às propostas ou pareceres obrigatoriamente obtidos por força do presente Tratado”.

Tal fundamentação deve ser referida no Preâmbulo, constituindo-se numa formalidade essencial ao ato. As formalidades ligadas à assinatura, publicação e entrada em vigor encontram-se no artigo 254º.

#### 4.2. A Directiva

A directiva é o ato unilateral da Autoridade Comunitária mais inovador<sup>17</sup>, merecendo por sua importância no âmbito deste trabalho um estudo mais aprofundado. Ao conceito de directiva presente no artigo 249º do TCE equivale-se o de *Recomendação* do Tratado da CECA.

Através das directivas a Autoridade Comunitária fixa um resultado de interesse comum a ser alcançado pelos respectivos destinatários, deixando a cada um deles a escolha dos meios e das formas mais adequadas – do ponto de vista do direito interno, da realidade nacional ou dos seus interesses próprios – para alcançar o objetivo visado. É, assim, um instrumento mais flexível que o regulamento, visando a simples aproximação das legislações nacionais em determinada matéria. Vale dizer, deixa aos Estados-Membros uma certa margem de liberdade na implementação das regras adotadas a nível comunitário, atendendo aos particularismos nacionais.

Não é ato de alcance geral: obriga apenas os destinatários que ela própria designa. Na Comunidade Europeia, os destinatários são exclusivamente os Estados-Membros – todos, alguns ou apenas um único. Entretanto, ainda que se dirija a todos, não deixa de ser um ato de carácter individual. A delimitação dos destinatários e sua qualidade (Estados-Membros) é inerente quer à natureza do ato em si, quer aos objetivos por ele visados. Deve-se admitir, contudo, que na prática

17. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES afirmam que as directivas significaram uma ruptura total com o Direito tradicional, pois constituem um instrumento para conseguir, mediante soluções de Direito Privado, finalidades políticas em diversas áreas. Além disso, “provocan la necesidad de romper con los esquemas tradicionales del pensamiento jurídico porque requieren la transposición al Derecho interno, con lo que áreas completas del sistema nacional quedan alteradas por la entrada en vigor de la directiva en cuestión y porque provocan que su aplicación por los tribunales internos no sea realizada de acuerdo con la interpretación que se realiza del Derecho interno, sino de acuerdo con las finalidades que la propia Directiva presenta” (2002, p. 98).

quando uma directiva é dirigida a todos os Estados-Membros funciona como processo de legislação indireta, produzindo um irrecusável efeito normativo geral.

De acordo com CAMPOS, “a directiva é o instrumento privilegiado de harmonização das legislações nacionais e da prossecução, em termos concertados, de comuns objectivos de carácter jurídico, técnico, económico ou social” (2000, p.308).

Para RAMOS, “a directiva não é pois um elemento que tenda a assegurar o carácter uno ou único da ordem jurídica que deve ser aplicada no espaço comunitário – como meio adequado a esta finalidade aparece-nos antes o regulamento (ver o artigo 189º., nº 2, do mesmo Tratado [TCE]). Antes ela nos surge como um instrumento de uma aproximação das legislações nacionais dos Estados-membros, buscando dentro de certa medida e limites a sua harmonização e para isso lhes impondo certos patamares de que elas não poderão afastar e determinados padrões a cuja consagração não poderão fugir. Constitui por isso o acto adequado à eliminação dos entraves de natureza normativa que possa repercutir negativamente, de forma directa, no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum (artigo 100º. do mesmo Tratado)” (1994, p. 241).

As directivas constituem uma aproximação funcional dos direitos nacionais, uma vez que, ao não obrigar directamente os cidadãos, mas os Estados-membros, obriga estes não a trocar conceitos jurídicos presentes em seus ordenamentos, mas sim a obter o resultado previsto pela directiva em questão no âmbito concreto da política que cada directiva pretende realizar.

A forma de atuação da directiva transmite uma ideia de federalismo vertical, uma vez que possui dois níveis de regulamentação: primeiro, na fixação do resultado a atingir (Autoridade Comunitária); segundo, pela determinação e adoção de medidas para alcançar tal resultado (Estado-Membro destinatário).

Pode-se invocar aqui o princípio da subsidiariedade, pois “o resultado, a finalidade, ou o objectivo a atingir, comum aos Estados-Membros, deverá ser fixado a nível central, pois nenhum dos Estados se acha em posição de o definir e impor aos seus parceiros; mas a realização deste objectivo deverá ser alcançada em cada um deles, mediante a utilização das formas e meios que em cada um forem considerados mais convenientes e mais conformes à situação interna – económica e social – e aos imperativos da sua ordem jurídica” (CAMPOS, 2000, p. 309).

O TJCE definiu em acórdão a noção de Estado-Membro para efeitos de determinação dos destinatários. Segundo CAMPOS, “o TJCE considera que quando os particulares estejam em condições de invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que este último tenha agido – isto é, a de autoridade pública ou a de simples entidade patronal – porque,

segundo o Tribunal, deve evitar-se que o Estado possa tirar proveito de sua falta de observância do Direito Comunitário” (CAMPOS, 2000, p. 309-310).

Com efeito, no Acórdão *Foster* o TJCE afirmou que o dispositivo de uma directiva “pode ser invocado para se obter uma indemnização da parte de um organismo que, seja qual for a sua natureza jurídica, foi encarregado, por acto de uma autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e que disponha, para esse efeito, de poderes especiais que exorbitam das normas aplicáveis às relações entre particulares” (Ac. *Foster*, p. 22).

#### **4.2.1. Conteúdo da Directiva**

O resultado a ser atingido pelos Estados-membros é determinado pelo conteúdo de cada directiva em particular, que pode ser extremamente detalhado a este respeito. O conteúdo de uma directiva pode estar relacionado com uma situação jurídica que deve ser implementada, com uma situação de fato, ou ambos.

No conteúdo de uma directiva podem ser distinguidos três tipos diferentes de “provisões” (*provisions*). Primeiro, as provisões substantivas, descrevendo o conteúdo principal da directiva a ser realizado pelos Estados-membros. Estas provisões substantivas geralmente estão referidas a direitos a serem concedidos ou a obrigações a serem impostas a indivíduos privados (particulares) através das medidas de implementação. Segundo, as directivas impõem outras obrigações aos Estados-membros, como de notificação, informação e consulta, que podem ser consideradas como basilares (*ancillares*). Não devem ser consideradas, contudo, menos impositivas (obrigatórias) que as da primeira categoria. O terceiro tipo é direcionado às instituições comunitárias e se referem a questões como revisão ou ajustamento da directiva em questão, à elaboração de outras medidas comunitárias relacionadas com a directiva, etc. A natureza jurídica destas provisões ainda não está clara, mas pelo menos algumas delas formam regras obrigatórias para as instituições (PRECHAL, 1995, p. 109)<sup>18</sup>.

#### **4.2.2. Força Obrigatória da Directiva**

A directiva obriga os seus destinatários quanto aos fins, resultados ou objetivos a atingir no plano econômico, comercial, monetário, técnico, social, jurídico, etc. – obrigação de resultado. Além disso, os Estados devem interpretar o Direito nacional à luz do texto e da finalidade da directiva – princípio da interpretação conforme. Devem também excluir a aplicação de normas internas contrárias ao dispositivo da directiva – princípio da primazia do Direito Comunitário.

18. Quanto às regras de aplicabilidade presentes nas directiva, bem como às fórmulas de implementação destas regras, ver FALLON e FRANCO, 2000, p. 155 e ss.

PRECHAL (1995) aponta três fases no processo de implementação das directivas nos Direitos nacionais:

- 1) Transposição – Adoção de medidas gerais de natureza legislativa – vale dizer, é o processo de transformação das directivas em normas de direito nacional. Nem toda (norma de uma) directiva requer transposição neste sentido;
- 2) Aplicação – Administração das directivas num caso concreto – ou seja, aplicação das medidas nacionais de transposição da directiva. Entretanto, em algumas situações as directivas são aplicadas com efeito direto e não há nestes casos medidas de transposição;
- 3) Obrigatoriedade (*enforcement*) – processo de compelir a observância da directiva como tal ou como medidas nacionais de transposição.

O não-cumprimento das obrigações do art. 249º (3) pelos Estados-membros pode assumir diversas formas, correspondentes aos diversos estágios de implementação: não-transposição ou transposição inadequada; não-aplicação ou aplicação inadequada; e não obrigatoriedade ou obrigatoriedade inadequada.

De acordo com RAMOS, “a transposição não deve consistir na pura incorporação na ordem interna do normativo comunitário por remissão genérica para o texto de onde ele consta – o que, prejudicando a sua publicidade entre os destinatários a que se dirige, constitui aliás entre nós procedimento de duvidosa constitucionalidade. Antes deverá implicar a elaboração de um diploma coerente e completo em que a matéria versada na directiva seja objecto de uma regulamentação clara e conforme às balizas que o instrumento comunitário impôs ao poder nacional de conformação” (1994, p. 242).

Complementando este raciocínio, ALONSO GARCIA afirma que “por desarrollo de la directiva hay que entender no sólo la promulgación de una nueva normativa a nivel nacional, sino también el mantenimiento de la ya existente por considerar que cumple los objetivos marcados a nivel comunitario” (1989, p. 68).

Portanto, deve-se analisar se ante a falta de desenvolvimento normativo estamos ante um incumprimento da primeira obrigação imposta pela directiva ao Estado-membro (obrigação de transposição), porque o Estado pura e simplesmente se omite no dever de adequar o seu ordenamento ao comunitário, ou se estamos ante um cumprimento correto também desta primeira obrigação, porque o Estado considera que a sua norma interna já supõe uma concreção conforme aos resultados perseguidos pela directiva (o que não exclui a possibilidade de incumprimento da segunda obrigação – a de transposição adequada).

#### 4.2.3. *Liberdade de Escolha da Forma e dos Meios*

Os Estados destinatários podem atuar livremente na adoção de medidas conducentes ao resultado prescrito a nível comunitário. Podem utilizar qualquer das modalidades ou instrumentos técnico-jurídicos do direito público interno: legislação, regulamento ou até medidas administrativas<sup>19</sup>. Tal dever de comportamento traduz-se na implementação do ato comunitário na ordem interna ao que se dá o nome de *transposição*.

Segundo RAMOS, “ao fazê-lo o Estado exerce porém um poder normativo que se há-de desenvolver nos limites traçados pela regra comunitária, limites cuja ofensa o fará incorrer na prática de um acto ilícito, que no dispositivo convencional não deixa de encontrar a devida sanção” (1994, p. 242).

As razões para deixar aos Estados-membros a liberdade de escolha das formas e dos métodos<sup>20</sup> de implementação das directivas têm dois lados. Primeiro, a necessidade de discricionariedade foi inspirada pela preocupação de respeitar o máximo possível a soberania e o poder legiferante dos Estados-membros e, em particular, a posição dos parlamentos nacionais. Segundo, a liberdade de escolha das forma e dos métodos concede aos Estados-membros uma certa latitude e, conseqüentemente, possibilita-lhes levar em conta as particularidades (jurídicas) nacionais e circunstâncias econômicas, sociais, etc. no momento da implementação de uma directiva na ordem jurídica nacional, particularmente na frente à legislação pré-existente relacionada com a mesma matéria, e fazê-lo através da técnica legislativa mais apropriada e familiar ao direito nacional. Este último aspecto é considerado como constituinte da essência de uma directiva.

Para FALLON e FRANCO, “the directive, by its content, tends to reduce or eliminate legal discrepancies between internal and international – intra-Community – cases. Not only does the directive allow the State to insert smoothly external rules and preserve the coherence – substantial as well as formal – of its legal system. It also tends to create rules which are common to international and internal cases” (2000, p. 174)<sup>21</sup>.

19. Ver SOUSA, 1992, p. 62-94 e SOUSA, 1999.

20. Segundo PRECHAL, a doutrina diverge quanto ao significado de *formas e métodos de implementação*. Ficamos com a explicação de EASSON, *EEC Directives for the Harmonization of Laws: some problems of validity, implementation and legal effects* (apud PRECHAL, 1995, p. 87, nota 6), para quem a forma significa o instrumento jurídico selecionado e o método é relativo aos conteúdos.

21. Entretanto, ao fazer referência específica ao Direito Privado, os autores afirmam que “the need for precise provisions is far greater in the field of private law than in the field of economic law because the risk of discrepancies is greater. Indeed, by saying that private law consists of ‘precise’ rules, we mean that their content must be precise enough to address specific cases. The formulation of the rule however may be – or even must be – open, because a private law rule, in the Continental tradition, is a concise provision of an

MÜLLER-GRAFF aponta entre os méritos das directivas a possibilidade de combinação da criação de “linhas mestras” (*master rules*) concebidas a nível comunitário com a competência e a responsabilidade dos Estados-membros para estabelecerem regras nacionais concretas e diretamente aplicáveis que devem ser adequadas ao sistema legal específico e à terminologia de cada Estado. Com isso, adiciona-se autoridade estatal e legitimação às normas em questão e respeita a soberania nacional, ao mesmo tempo (MÜLLER-GRAFF, 1998).

Atualmente, a liberdade de escolha dos Estados-membros no momento da implementação foi muito reduzida por duas razões: o detalhamento das directivas e a atuação do TJCE. Com efeito, quanto mais preciso e detalhado o conteúdo de uma directiva, menos margem de manobra resta às autoridades nacionais a respeito não só da substância das medidas, mas também ao modo de implementação. Mesmo assim, afirma SOUSA, tal liberdade mantém-se, cabendo ao Estado a opção pela medida mais adequada, menos perturbadora da ordem interna e mais conforme ao regime jurídico existente (1992, p. 79 e ss).

A partir de 1980, a jurisprudência do TJCE desenvolveu-se rapidamente no sentido de lapidar a liberdade dos Estados-membros na implementação das directivas. Primeiro, estabeleceu que, dependendo do conteúdo da directiva, um modo particular de implementação pode ser necessário (Ver PRECHAL, 1995, p. 89, nota 23). Depois, com base nos princípios do efeito total (*full effect*) e da segurança jurídica, o TJCE formulou uma série de requisitos específicos que as medidas de implementação devem satisfazer, nomeadamente a natureza obrigatória destas medidas, especificamente, precisão e clareza. Tais requisitos são cruciais para a oportunidade dos indivíduos afetados defenderem seus direitos nos tribunais nacionais.

#### **4.2.4. Efeito Direto – Vertical e Horizontal**

O conteúdo das directivas pode ser invocado<sup>22</sup> por qualquer particular perante os órgãos administrativos e, sobretudo, judiciais do respectivo Estado-membro (efeito direto) sempre que se esteja em fase de litígio entre o particular e a Administração Pública (efeito vertical) e a directiva contenha normas perceptivas claras, precisas e incondicionais. O efeito vertical depende, assim, da natureza e do conteúdo de cada ato considerado isoladamente.

---

abstract character proper to cover a large set of individual and diverse cases” (FALLON e FRANCO, 2000, p. 176).

22. No caso das directivas, ALONSO GARCIA afirma que “hablamos de invocabilidad (...) en el sentido de poder alegar una norma y que ésta tenga que ser aplicada por el juez, ya que por poder invocar, el justiciable puede invocar toda aquella normativa que considere debe ser tenida en cuenta en la resolución del litigio” (1989, p. 62).

O efeito horizontal não tem obtido acolhimento na jurisprudência do TJCE, não se podendo assim, invocar o conteúdo das directivas em litígio entre particulares. Há, entretanto, autores que sustentam que as directivas poderiam ter efeito horizontal “em casos limitados, quando se verificarem certas condições, a saber, a expiração do prazo para a transposição da directiva, a precisão e a incondicionalidade das disposições em causa e quando as referidas directivas não suscitem problemas de insegurança na esfera jurídica de outras pessoas”. Para isso, estes autores argumentam que seria preciso, por um lado, aceitar que “as directivas mais não são do que o desenvolvimento de disposições do Tratado directamente aplicáveis nas relações entre particulares, e, por outro, no reconhecimento do efeito horizontal contra entidades privadas, nas quais o Estado delegou o cumprimento das obrigações emergentes de uma directiva”<sup>23</sup>.

Contudo, deve-se observar a jurisprudência do TJCE a respeito deste tema, segundo a qual “uma directiva não pode, por si só, criar obrigações jurídicas na esfera de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Assim, convém analisar se, no caso concreto, se deve considerar que a recorrida agiu enquanto particular” (Ac. *Marshall*, p. 48)<sup>24</sup>.

SOSA distingue o Princípio do Efeito Direto do Princípio da Aplicabilidade Direta, que quer dizer que um determinado ato comunitário não precisa ser incorporado na ordem jurídica estadual através de um ato de direito interno. Aduz ainda que o Princípio do Efeito Direto não está previsto no TCE, sendo antes uma construção jurisprudencial do TJCE, ao contrário do Princípio da Aplicabilidade Direta que está consagrado no Tratado.

Desta forma, continua que “enquanto que o princípio da aplicação directa tem que ver com o modo de incorporação do Direito Comunitário derivado e se reveste de natureza formal – respeitando a relação Comunidade-Estado – o princípio dos efeitos directos respeita à eficácia dos actos de Direito Comunitário, mais especificamente à produção directa de efeitos nas esferas jurídicas dos particulares, criando direitos ou impondo obrigações, que eles podem invocar

23. PAIS, 1992, p. 297, referindo-se aos argumentos de René BARENTS e a Nicholas GREEN. Vale observar, entretanto, que a jurisprudência do TJCE ampliou muito o conceito de Estado para efeito das directivas, como no Acórdão *Foster*, supra.

24. MATTEI critica o que chama de *mismatch* vertical vs. horizontal, afirmando que o direito privado que resulta deste quadro é, pelo menos, ambíguo. “Da un lato, le istituzioni europee sembrano desiderose di proteggere i consumatori sino al punto di creare un diritto speciale, e di reintrodurre un diritto dei contratti schizofrenico, malgrado l’inefficienza e il diniego del principio di uguaglianza che un simile approccio comporta. D’altro canto, i consumatori, beneficiari ostensibili di tale protezione, sono privati del luogo dove far valere i diritti loro promessi” (1999, p. 640).

nos tribunais nacionais. É uma realidade substancial, que abarca uma relação Comunidade-particulares-Estado” (SOUSA, 1992, p.75).

Atualmente o TJCE utiliza os termos Aplicabilidade Direta e Efeito Direto indistintamente com o mesmo significado, razão pela qual não se fará no decorrer deste estudo tal diferenciação (BELLO MARTIN-CRESPO, 1999, p. 33, nota 17)<sup>25</sup>.

No que tange aos efeitos, ALONSO GARCIA aduz que “en el supuesto de que haya habido desarrollo de la norma base, por tanto, cabrá una utilización de ésta a los siguientes efectos:

- A efectos de interpretación de la norma de desarrollo. Resulta evidente que cuando surgen dudas sobre la interpretación de una norma dictada en ejecución de otra puede y debe utilizarse ésta como punto básico de referencia a la hora de resolver las mismas. La utilización de la norma base como fuente interpretativa a la luz de la cual debe resolverse toda duda en la aplicación de la norma de desarrollo implica que la duda en cuestión sea razonable como consecuencia de la vaguedad o de la flexibilidad de la norma de desarrollo, porque si la incompatibilidad entre ambas es clara, lo que no se puede hacer es forzar la interpretación de ésta en orden a conseguir su conformidad con aquella, dado que estaríamos pura y simplemente ante una contradicción normativa<sup>26</sup>.

- A efectos de actuar, en caso de contradicción, como parámetro de validez de la norma de desarrollo, inaplicando (bien en el caso concreto, bien con carácter general si el juez está habilitado para su anulación con valor *erga omnes*) esta última por ser disconforme con la norma que le sirve de cobertura” (ALONSO GARCIA, 1989, p. 63).

E arremata:

“Reducir el alcance de la directiva a un posible recurso por incumplimiento por falta de desarrollo o por desarrollo incorrecto supondría, en primer lugar, una falta de aplicación positiva de la norma, en la medida en que la constatación de incumplimiento no implicaría la efectiva aplicación del contenido de la directiva en el ordenamiento del Estado incumplidor.

25. Neste mesmo sentido, ALONSO GARCIA aduz que, em geral, a jurisprudência do TJCE utiliza ambos os termos com bastante menos rigor que o observado na doutrina (1989, p. 94); já PAIS, Sofia Oliveira afirma que “este problema é sobretudo de índole teórica, visto que na prática o Tribunal utiliza indiferentemente as duas expressões, para significar o mesmo” (1992, p. 285, nota 4). Ver também TRAYTER JIMENEZ, 1991, p. 228, nota (1 bis).

26. PRECHAL sustenta que os tribunais nacionais não estão obrigados a interpretar o Direito nacional em conformidade com a directiva antes do final do prazo para transposição. Aduz, contudo, que nada impede que eles procedam desta maneira (1995, p. 107 e ss.).

Supondría, en segundo lugar, derivación de lo anterior, negar a la directiva, al menos en el supuesto de desarrollo incorrecto, el efecto normal inherente a toda norma que sirve de cobertura a otra dictada en su desarrollo, esto es, la posibilidad de ser invocada y aplicada en cuanto parámetro de validez en caso de contradicción normativa.

Supondría, en tercer lugar, la imposibilidad por parte de los ciudadanos de la Comunidad de defenderse ante cualquier desarrollo incorrecto por parte de los Estados miembros” (ALONSO GARCIA, 1989, p. 70-1).

Com efeito, o TJCE no acórdão *Foster* decidiu que:

“Quando as autoridades comunitárias tenham, por meio de uma directiva, obrigado os Estados-membros a adoptar determinado comportamento, o efeito útil deste acto seria enfraquecido se os particulares o não pudessem invocar em justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais o não pudessem tomar em consideração enquanto elemento do direito comunitário. Por conseguinte, o Estado-membro que não tomou, nos prazos previstos, as medidas de execução impostas pela directiva não pode opor aos particulares a sua inobservância das obrigações que esta comporta. Assim, sempre que as disposições de uma directiva se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, podem ser invocadas, na falta de medidas de aplicação tomadas nos prazos previstos, contra qualquer disposição nacional que não seja conforme à directiva, o mesmo valendo sempre que essas disposições sejam de natureza a definir direitos que os particulares possam invocar contra o Estado”<sup>27</sup>.

PRECHAL, por sua vez, adiciona o que chama de “blocking effect”, ou seja, os Estados-membros não têm permissão para adoptar medidas contrárias à directiva ou tomar outras medidas retrógradas. Sua obrigação é antes preparar a implementação adequada durante o período concedido para isto (1995, p. 107).

#### **4.2.5. Aplicabilidade Direta**

BELLO MARTIN-CRESPO enumera as coordenadas básicas da argumentação do TJCE para reconhecer o efeito direto das directivas:

- 1) Da directiva não se pode afirmar o efeito direto de pleno direito em seu conjunto.
- 2) Pode-se ter “efeitos análogos” à eficácia direta de um regulamento.

27. Ac. *Foster*, p. 16, confirmando decisão anterior no Ac. *Ursula Becker*, de 19.01.1982.

- 3) Haverá que determinar em cada caso concreto se uma directiva pode produzir esta forma de eficácia.
- 4) Por isso, haverá que ter em conta sua natureza, economia e os termos em que estão estabelecidos as obrigações.
- 5) O fundamento da eficácia direta de uma directiva se encontra, em todo caso, na exigibilidade da obrigação que ela impõe aos Estados-membros<sup>28</sup>.

Com efeito, o TJCE, no acórdão do processo *Van Duyn*, decidiu que:

“O Conselho, ao adoptar uma directiva e não um regulamento, pretendeu que esta produzisse efeitos diferentes dos de um regulamento e, conseqüentemente, não fosse directamente aplicável.

Todavia, ainda que, nos termos do artigo 189º [249º], os regulamentos sejam directamente aplicáveis e, conseqüentemente, por sua natureza, susceptíveis de produzir efeitos directos, daí não resulta que outras categorias de actos referidos neste artigo nunca possam produzir efeitos análogos.

Seria incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 189º reconhece às directivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados.

Nomeadamente nos casos em que as autoridades comunitárias impuseram aos Estados-membros, mediante directivas, a obrigação de adoptarem uma determinada conduta, o efeito útil de tais actos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos do direito comunitário” (Ac. *Van Duyn*).

Posteriormente, o TJCE passou a considerar ainda que a eficácia direta de uma directiva é a forma de sanção pelo incumprimento da obrigação pelo Estado e assegurou assim que os Estados não possam *venire contra factum proprium*.

De fato, é o que se vê na decisão do acórdão *Marshall*, no qual o TJCE afirmou que “quando os particulares estão em condições de invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que haja este último – a de empregador ou a de autoridade pública. Num e noutro caso, deve-se, com efeito, evitar que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário” (Ac. *Marshall*, p. 49).

28. Ver Acórdão *Marshall*.

Entretanto, a aplicabilidade direta das directivas não é absoluta. Está outrossim submetida às condições de clareza e precisão das obrigações, não devem estar submetidas a prazo, nem a reserva, como, por exemplo, a necessidade de subordinar a aplicação da norma que estabelece as obrigações à adoção de um ato de Direito interno pelos Estados.

Assim, os efeitos plenos da directiva só ocorrerão com sua correta transposição pelos Estados. Portanto, a eficácia direta das directivas não se produz imediatamente, mas somente quando não haja sido transposta ou o tenha sido inadequadamente.

O TJCE reconheceu uma via indenizatória para paliar de alguma maneira o prejuízo que se deriva da não-transposição ou da transposição inadequada, quando as obrigações derivadas das directivas não são invocáveis. Para que haja o direito de reparação, o TJCE assinalou três condições: “que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares”, ‘que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva’ y ‘que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas’” (BELLO MARTIN-CRESPO, 1999, p. 57).

Esta mesma solução foi dada para os casos em que a directiva não transposta, apesar de clara e incondicional, afetava relações entre particulares. Como o TJCE não reconhece efeitos diretos horizontais às directivas, seu conteúdo não pode ser alegado em juízo naqueles casos. Assim, se considerou que os afetados teriam um direito de indenização a cargo do Estado descumpridor da obrigação.

O TJCE, ao analisar o princípio da responsabilidade do Estado por não transposição, aduz que “o Tratado CEE criou uma ordem jurídica própria, integrada nos sistemas jurídicos dos Estados-membros e que se impõe aos respectivos órgãos jurisdicionais, cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros, mas também os seus nacionais e que, ao mesmo tempo que cria encargos para os particulares, o direito comunitário é também destinado a instituir direitos que se incluem no seu património jurídico; estes nascem não apenas quando se faz uma atribuição explícita dos mesmos através do Tratado, mas também em virtude das obrigações que o Tratado impõe de forma bem definida quer aos particulares quer aos Estados-membros e às instituições comunitárias” (Ac. *Francovich*, p. 31).

E adiciona que “incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de aplicar, no âmbito das suas competências, as disposições do direito comunitário, assegurar o pleno efeito dessas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares” (Ac. *Francovich*, p. 32).

Diante disso, o TJCE conclui que:

“A plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-membro.

A possibilidade de reparação pelo Estado-membro é particularmente indispensável quando, como no caso dos autos, o pleno efeito das normas comunitárias está subordinado à condição de uma acção por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares não podem, na falta de tal acção, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhes são reconhecidos pelo direito comunitário.

Daí resulta que o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado.

A obrigação de os Estados-membros repararem estes prejuízos tem igual fundamento no artigo 5º do Tratado, nos termos do qual os Estados-membros são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar a execução das obrigações que lhes incumbem por força do direito comunitário. Ora, entre estas obrigações encontra-se a de eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário.

Resulta de tudo o que precede que o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis” (Ac. *Francovich*, p. 33-7).

A seguir, o TJCE afirmou que “embora a responsabilidade do Estado seja assim imposta pelo direito comunitário, as condições em que a mesma institui um direito a reparação dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado”. Estabeleceu assim três condições:

“A primeira dessas condições é que o resultado prescrito pela directiva implique a atribuição de direitos a favor dos particulares. A segunda condição é que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva. Finalmente, a terceira condição é a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas”.

Por fim, arremata que:

“É no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado. Com efeito, na ausência de regulamentação comunitária, é à ordem

interna de cada Estado-membro que compete designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a assegurar a plena protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário”.

“Deve-se observar, além disso, que as condições materiais e formais fixadas pelas diversas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação” (Ac. *Francovich*, p. 38, 40, 42 e 43).

Com isso, o TJCE instituiu através de sua jurisprudência o princípio da Responsabilidade do Estado por não transposição, ou por transposição defeituosa, de uma directiva, possibilitando ao particular o recurso às vias judiciais nacionais para obter a reparação via indenização em caso de violação de direitos a ele conferidos pela norma comunitária.

#### 4.2.6. *Interpretação Conforme*

De acordo com BELLO MARTIN-CRESPO, o Princípio da Interpretação Conforme é uma forma de eficácia indireta das directivas nos ordenamentos nacionais. Neste caso, dá-se a utilização de uma directiva como critério hermenêutico na aplicação de uma norma de Direito nacional.

Para o TJCE, uma directiva não pode produzir efeitos frente a particulares por si mesma, mas estes efeitos podem derivar do Direito nacional interpretado em conformidade com uma directiva. Ou seja, “si la norma que se aplica directamente es la norma nacional, la eficacia de la directiva como criterio hermenéutico estará confinada en los límites de la ‘interpretabilidad’ de la norma nacional, que es la que se aplica. Y esta ‘interpretabilidad’ estará en función de una serie de factores entre los que cabría destacar el contenido de la disposición a aplicar, las competencias del juez nacional y el conjunto de las normas de Derecho interno que pueden incidir en el resultado de la interpretación” (BELLO MARTIN-CRESPO, 1999, p. 96).

De acordo com BENACCHIO, “in sostanza, il principio dell’*interpretazione conforme*, opportunamente ampliato a qualunque norma dell’ordinamento nazionale, può portare a risultate molto simili a quelli prodotti da un regolamento comunitario, con il conseguente possibile riconoscimento di effetti anche orizzontali. Infatti, ogni qual volta la norma interna che sia stata o meno emanata per dare attuazione ad una direttiva, può essere interpretata in *modo conforme ad una direttiva non attuata o attuata non correttamente*, il giudice nazionale può finire per rimodelare la norma nazionale, e il singolo cittadino può essere

vincolato da una norma opportunamente interpretata secondo le regole di una direttiva” (BENACCHIO, 2001, p. 119).

Portanto, o princípio da Interpretação Conforme possibilita (e obriga) o juiz nacional a proceder de forma a garantir os direitos dos particulares previstos na directiva, sempre que a norma nacional aplicável à questão contiver alguma margem de interpretabilidade.



## CAPÍTULO III

# DIREITO COMUNITÁRIO DOS CONTRATOS

**Sumário** • 1. Aspectos Gerais – 2. Directivas sobre Direito dos Contratos já em vigor.

### 1. ASPECTOS GERAIS

Como foi dito acima, em termos de Direito Privado Comunitário, pode-se dizer que o “núcleo duro” é composto por directivas e regulamentos cujo objeto está constituído por instituições de Direito Privado. Em matéria de contratos, contudo, as directivas representam o principal ato da Autoridade Comunitária. Muitas outras disposições ou atos normativos do Direito Comunitário originário e derivado que não têm por objeto imediato a disciplina dos contratos repercutem de forma indireta nesta matéria.

Com efeito, os tratados não disciplinam qualquer matéria contratual<sup>1</sup>. Entretanto, ao disciplinar as liberdades de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, acaba por estabelecer princípios e normas que hão de ser postos em prática pela via contratual, além de afetarem o Direito dos Contratos pela integração negativa, como observado acima.

Os regulamentos que tratam de matérias de direito privado, especialmente em questões comerciais ligadas ao estabelecimento e ao funcionamento do Mercado Interno (art. 95º do TCE), muitas vezes aduzem questões acerca de contratos. Também questões ligadas às regras de concorrência e em algumas áreas de Direito Público, os regulamentos resvalam a seara contratual e acabam por trazer disposições a respeito.

É nas directivas, contudo, que reside a maior parte da disciplina jurídica comunitária sobre direito dos contratos. O conteúdo muito variado das directivas até agora existentes permite dizer que o direito comunitário dos contratos possui aspectos gerais e disposições de contratos em espécie. Embora não se possa falar ainda em um código ou em uma consolidação de normas contratuais, pode-se afirmar que o volume crescente de directivas sobre este tema sugere que, em breve, isso será possível em alguma escala.

Para ALONSO GARCIA, “la invocación y aplicación de la directiva en cuanto fuente de interpretación o informadora a la luz de la cual puedan y deban

---

1. Vale fazer referência ao artigo 81 TCE, supra citado, que compõe o “núcleo duro” do Direito dos Contratos.

resolverse las dudas que surjan en la aplicación de la normativa nacional de desarrollo, constituye una primera manifestación de la eficacia jurídica inherente a toda directiva.

Dicha invocación y aplicación, además, no sólo constituye una manifestación del processo normal de aplicación de una norma que desarrolla el contenido de otra, sino que impedir dicho proceso supondría abrir una posible vía de ruptura en la uniformidad del Derecho comunitario, que puede producirse no sólo cuando nos encontramos ante una normativa nacional claramente incompatible con una directiva comunitaria, sino también cuando una normativa interna, en principio conforme al contenido de la directiva, es aplicada, mediante un proceso interpretativo ‘aislado’, es decir, omisión hecha de la norma que viene a desarrollar, de manera no conforme a los principios en ella establecidos” (ALONSO GARCIA, 1989, p. 73-74).

## **2. DIRECTIVAS SOBRE DIREITO DOS CONTRATOS JÁ EM VIGOR.**

As directivas comunitárias que versam a respeito do Direito dos Contratos têm objetivos diversos. Algumas visam harmonizar as legislações nacionais de uma determinada categoria de contrato. Outras possuem um efeito mais geral, não dizendo respeito a qualquer tipo contratual específico. Ainda há aquelas directivas que afetam apenas indiretamente o Direito dos Contratos, como complemento do resultado imposto ao Estado-membro<sup>2</sup>.

Vejamos a seguir uma breve compilação de algumas das directivas comunitárias que versam sobre Direito dos Contratos, sem a pretensão de exaurimento, nem a efetivação de quaisquer críticas de direito substantivo. No que se refere ao Direito Comunitário, os comentários ficam para mais adiante.

### **A) Directiva do Conselho 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.**

Esta Directiva tem como objetivo proteger os consumidores contra práticas comerciais desonestas no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais que impliquem o pagamento de uma soma igual ou superior a 60 € (sessenta euros)<sup>3</sup>.

2. Não se leva em conta aqui o contrato de consumo como sendo um tipo contratual específico, pois há diversos tipos de contrato de consumo, considerando-se, portanto, as directivas que regulam os contratos de consumo abstratamente como de carácter geral e as que disciplinam contratos específicos de consumo como sendo de contratos típicos.
3. A limitação do valor dos contratos aos quais se aplicam a directiva é opção dos Estados-membros, mas o valor máximo é de sessenta euros (artigo 3º, nº 1).

A Directiva aplica-se aos contratos celebrados durante uma excursão organizada pelo comerciante fora dos seus estabelecimentos comerciais, bem como aos celebrados durante uma visita do comerciante à casa do consumidor ou ao seu local de trabalho.

As disposições desta Directiva não serão, entretanto, aplicáveis se a visita tiver sido efetuada a pedido do consumidor, salvo se este não tiver tido acesso à informação acerca da extensão das atividades comerciais ou profissionais do comerciante. Da mesma forma, o artigo 3º, nº 2, estabelece uma série de contratos específicos aos quais não se aplica a Directiva.

A Directiva impõe ao comerciante o dever de informar ao consumidor, por escrito, do seu direito de rescindir o contrato e reserva ao consumidor o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu no prazo de 7 (sete) dias, mediante notificação, a contar da data em que foi informado do seu direito (artigos 4º e 5º).

O consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força desta Directiva (artigo 6º).

**B) Directiva do Conselho 90/314/CEE, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados.<sup>4</sup>**

O objetivo desta Directiva é aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas a viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, vendidos ou postos a venda no território da Comunidade.

Quanto ao seu conteúdo a Directiva define *viagem organizada* como:

“A combinação prévia de dois dos elementos seguintes, quando seja vendida ou proposta para venda a um preço com tudo incluído e quando esta prestação exceda vinte e quatro horas ou inclua uma dormida:

- a) Transporte;
- b) Alojamento;
- c) Outros serviços turísticos não subsidiários do transporte ou do alojamento que representem parte significativa da viagem organizada.

A faturação separada de diversos elementos de uma mesma viagem organizada não subtrai o operador ou a agência às obrigações decorrentes da presente directiva” (artigo 2º, nº 1).

4. Ver QUIGLEY, 1997, p. 273 e ss.

A Directiva estabelece que as informações contidas em qualquer brochura posta à disposição do consumidor passam a fazer parte do contrato e vinculam o operador ou a agência. Dispõe sobre as informações mínimas que devem ser prestadas ao consumidor antes da celebração do contrato e antes do início da viagem. O consumidor tem também direito de cessão, assumindo a responsabilidade solidária com o cessionário.

Em caso de alteração significativa do contrato num dos elementos essenciais, como o preço, o consumidor deve ser notificado para assumir uma posição entre: rescindir o contrato sem penalizações ou aceitar um aditamento ao contrato que especifique as alterações introduzidas e a sua incidência sobre o preço. Se optar por rescindir, o consumidor deve ser reembolsado, no mais curto prazo, de todas as quantias por ele pagas ou pode optar por participar numa viagem organizada de qualidade equivalente ou superior a proposta do operador e/ou agência. Se a viagem proposta for de qualidade inferior, o consumidor deve ser reembolsado da diferença do preço (artigo 4º, nºs 5 e 6).

Nos termos do artigo 4º, nº 7, os operadores e/ou as agências devem ser responsáveis pela não execução ou pela incorreta execução do contrato e, sempre que tal seja adequado e validamente razoável, o consumidor terá direito a uma indenização. A responsabilidade do operador e/ou agência que seja parte no contrato ocorre mesmo que as obrigações sejam executadas por outros prestadores de serviços.

De acordo com o nº 4 do artigo 5º, “qualquer deficiência na execução do contrato verificada *in loco* pelo consumidor deve ser por este assinalada o mais cedo possível, por escrito ou sob qualquer outra forma apropriada, ao prestador em causa e ao operador e/ou à agência. Essa obrigação deve ser objeto de uma menção clara e precisa no contrato”. Em caso de reclamação, o operador e/ou a agência ou o seu representante local, caso exista, devem dar provas de diligência para encontrar soluções adequadas (artigo 6º).

**C) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 99/44/CE, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas<sup>5</sup>.**

A Directiva tem por objetivo “assegurar a defesa dos consumidores e reforçar a sua confiança nas aquisições transfronteiriças através da elaboração de um conjunto comum de disposições mínimas válidas independentemente do local em que os bens são adquiridos” (Comissão..., 2001a, anexo I, p. 21).

5. Para um estudo mais detalhado desta directiva, ver STAUDENMAYER, 2000; SCOTTON, 2001; e BIRD, 2001.

No que tange ao conteúdo, a Directiva 99/44/CE harmoniza três situações: a noção de conformidade do bem de consumo com o contrato; os direitos do consumidor em caso de aquisição de produto defeituoso ou em falta de conformidade com o contrato; e as condições para exercer tais direitos.

O artigo 1º, nº 2, define, para os efeitos da Directiva, o que é *consumidor, bem de consumo, vendedor, produtor, garantia e reparação*. Já a questão da conformidade do bem com o contrato de compra e venda está prevista no artigo 2º. O nº 2 deste artigo estabelece algumas presunções acerca da conformidade.

A responsabilidade perante os consumidores sobre a falta de conformidade recai sobre o vendedor (artigo 3º, nº 1) quando se manifestar dentro de um prazo de 2 (dois) anos (artigo 5º, nº1). A exceção está prevista no nº 3 do artigo 2º, que versa: “não se considera existir falta de conformidade, na aceção do presente artigo, se, no momento em que for celebrado o contrato, o consumidor tiver conhecimento dessa falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la ou se desta decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor”.

Com relação aos direitos do consumidor, o artigo 3º, nº 2, dispõe que:

“2. No caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que a conformidade do bem seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, nos termos do nº 3, a uma redução adequada do preço, ou à rescisão do contrato no que respeita a esse bem, nos termos dos nºs. 5 e 6.

3. Em primeiro lugar, o consumidor pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, em qualquer dos casos sem encargo, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado”.

Os nºs 5 e 6 do artigo 3º. dispõem que:

“5. O consumidor pode exigir uma redução adequada do preço, ou a rescisão do contrato:

- se o consumidor não tiver direito a reparação nem a substituição, ou

- se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável, ou

-se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor.

6. O consumidor não tem direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for insignificante”.

O vendedor, entretanto, tem ressalvado para si o direito de regresso, cabendo à legislação nacional determinar o(s) responsável(is), bem como as correspondentes e as condições de exercício. Para isso, a falta de conformidade deve

ser resultante de um ato ou omissão do produtor, de um vendedor anterior da mesma cadeia contratual ou de qualquer outro intermediário (artigo 4º).

O artigo 6º. disciplina as garantias e dispõe no nº 1 que “as garantias vinculam juridicamente as pessoas que as oferecem, nas condições constantes da declaração de garantia e da publicidade correspondentes”.

O artigo 7º., nº 1, estabelece o carácter regulatório das disposições da Directiva, pois aponta que “as cláusulas contratuais e os acordos celebrados com o vendedor antes da falta de conformidade lhe ser comunicada que directa ou indirectamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente directiva não vinculam, nos termos previstos na legislação nacional, o consumidor”.

**D) Directiva do Conselho 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores<sup>6</sup>.**

O objetivo desta Directiva é simples: eliminar cláusulas abusivas dos contratos celebrados entre profissionais e consumidores no território da Comunidade. Desde logo, no nº 2 do artigo 1º., a Directiva estabelece que suas disposições “não se aplicam às cláusulas contratuais decorrentes de disposições legislativas ou regulamentares imperativas, bem como das disposições ou dos princípios previstos nas convenções internacionais de que os Estados-membros ou a Comunidade sejam parte, nomeadamente no domínio dos transportes”.

O artigo 2º. define os conceitos de *cláusulas abusivas* (na realidade definidas no artigo 3º e anexo), *consumidor* – “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional” – e *profissional* – “qualquer pessoa singular ou coletiva que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, seja ativa no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada” – para os efeitos da Directiva. O artigo 3º. define que “uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Ou seja, a cláusula deve ter sido redigida previamente e o consumidor não pôde influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (artigo 3º., nº 2)<sup>7</sup>. O nº 3 do artigo 3º. remete ao anexo, que contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.

6. Para um estudo mais aprofundado desta directiva, por todos, inclusive quanto à transposição para o Direito português, ver SÁ, 2001.

7. O ônus da prova sobre uma alegada negociação individual de uma cláusula tida por abusiva recai sobre o profissional (artigo 3º, nº2, 2º parágrafo).

A avaliação do caráter abusivo de uma cláusula pode ser feito em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias presentes no momento da celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa (artigo 4º).

O artigo 5º estabelece que a regra de hermenêutica da interpretação mais favorável ao consumidor em caso de dúvida acerca do significado de um termo ou do conteúdo de uma cláusula.

Os artigos 6º e 7º dispõem sobre o resultado a ser alcançado pelos Estados-membros, nomeadamente que:

“As cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas” (artigo 6º, nº 1).

“O consumidor não seja privado da proteção concedida pela presente directiva pelo fato de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros” (artigo 6º, nº 2).

“No interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional” (artigo 7º, nº 1).

O artigo 8º. estabelece o caráter de directiva de mínimos, ao prever que os Estados-membros podem adotar ou manter disposições mais rigorosas para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor.

**E) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 97/7/CE, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.**

Esta Directiva visa aproximar os direitos nacionais em matéria de contratos à distância entre consumidores e fornecedores. Para tanto, define contratos à distância como “qualquer contrato relativo a bens e serviços, celebrados entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”. No mesmo artigo 2º ainda define, para efeitos da Directiva *consumidor, fornecedor, técnica de comunicação à distância e operador de técnica de comunicação*.

Antes da celebração de um contrato à distância, o consumidor deve dispor de informações fornecidas de maneira clara e compreensível, respeitando os princípios da lealdade em matéria de transações comerciais e os princípios da proteção de pessoas com incapacidade jurídica em virtude da legislação dos Estados-membros, como os menores. O artigo 4º, nº 1, dispõe sobre as informações mínimas que devem ser fornecidas ao consumidor<sup>8</sup>.

Salvo as exceções do artigo 6º, nº 3, o consumidor tem o direito de rescindir qualquer contrato à distância num prazo de, pelo menos, 7 (sete) dias úteis. O início do prazo se conta: “em relação a bens, a partir do dia da sua recepção pelo consumidor sempre que tenham sido cumpridas as obrigações referidas no artigo 5º” e “em relação a serviços, a partir do dia da celebração do contrato ou a partir do dia em que tenham sido cumpridas as obrigações referidas no artigo 5º, se tal suceder após a celebração do contrato, desde que o prazo não exceda o prazo de 3 (três) meses indicado no parágrafo seguinte”.

Se o fornecedor não tiver cumprido as obrigações referidas no artigo 5º, o prazo é de 3 (três) meses, sendo contado em relação a bens do dia da sua recepção pelo consumidor e em relação a serviços, a partir da celebração do contrato. O reembolso dos montantes eventualmente pagos pelo consumidor deverá ser efetuado pelo fornecedor num prazo de 30 (trinta) dias a contar do exercício do direito de rescisão.

O fornecedor deve executar o contrato num prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo acordo em contrário entre as partes. Em caso de incumprimento por parte do fornecedor, o consumidor deve ser informado e restituído do que tiver pago eventualmente no prazo máximo de 30 (trinta) dias. O nº 3 do artigo 7º ainda deixa uma margem de opção aos Estados-membros ao dispor que “podem prever que o fornecedor possa fornecer ou prestar ao consumidor um bem ou um serviço de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato. O consumidor será informado desta possibilidade de uma forma clara e compreensível. As despesas de devolução que resultarem do exercício do direito de rescisão ficam, neste caso, a cargo do fornecedor, devendo o consumidor ser informado do facto”.

8. Nomeadamente: “a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam o pagamento adiantado, respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo impostos; d) Despesas de entrega, se existirem; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de rescisão, excepto nos casos referidos no nº 3 do artigo 6º; g) Custo da utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou do preço; i) Sempre que necessário, a duração mínima do contrato em caso de contratos de fornecimento de produtos ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica.”

O artigo 8º, por outro lado, impõe aos Estados-membros uma obrigação de resultado quanto à existência de medidas adequadas para que o consumidor:

- “possa pedir a anulação de um pagamento no caso de utilização fraudulenta do seu cartão de pagamento em contratos à distância abrangidos pela presente directiva,

- em caso de utilização fraudulenta, seja de novo creditado dos montantes debitados para pagamento ou os montantes lhe sejam restituídos”.

Para os Estados-membros zelarem pela existência de meios adequados e eficazes para que seja respeitado o disposto na Directiva no interesse dos consumidores, os organismos públicos, as associações de consumidores e as associações profissionais devem poder mover procedimentos nos tribunais ou nos organismos administrativos competentes em caso de litígio, na forma das disposições nacionais (artigo 11º).

O carácter imperativo das disposições da Directiva está no artigo 12º, que versa: “o consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força da transposição da presente directiva para o direito nacional”. E, ainda, os Estados-membros devem garantir que o consumidor não seja privado da protecção concedida pela Directiva pelo fato de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território de um ou mais Estados-membros.

Complementa o disposto nesta Directiva a **Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores.**

**F) Directiva do Conselho 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (com as alterações introduzidas pela Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 1999/34/CE, de 10 de Maio de 1999)**<sup>9</sup>.

Quanto ao objetivo, “a Directiva 85/374/CEE (com as alterações introduzidas pela Directiva 99/34/CE) constitui uma medida a nível do mercado interno que pretende estabelecer um equilíbrio razoável entre um elevado nível de defesa do consumidor e a estabilidade de um quadro legal sobre a responsabilidade dos produtores, equilíbrio esse que deverá ser obtido através da supressão das distorções de concorrência decorrentes dos diferentes regimes de responsabilização

9. Ver, sobre esta directiva, em particular, GÁZQUEZ SERRANO, 2003, p. 347-380.

e da simplificação da livre circulação de mercadorias ao abrigo de disposições comuns de responsabilização” (Comissão..., 2001a, anexo I, p. 34).

A Directiva responsabiliza o produtor pelo dano causado por um defeito do seu produto, definido produto defeituoso por qualquer bem móvel que não oferece a segurança que o público em geral pode legitimamente esperar, tendo em consideração a respectiva apresentação, a utilização do produto que se pode razoavelmente esperar e o momento de entrada em circulação do produto (artigo 6º).

Embora caiba ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexos causal entre o defeito e o dano, o produtor é responsável objetivamente, isto é, independentemente de ser considerado negligente, pela compensação dos danos de morte ou de lesões corporais e pela reparação dos danos materiais causados por um produto defeituoso. Não está descartada a possibilidade de responsabilidade múltipla e solidária quando várias pessoas forem responsáveis pelo mesmo dano.

O artigo 7º estabelece as circunstâncias de exoneração da responsabilidade do produtor, que deverá provar:

“que não colocou o produto em circulação; que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional; que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto pelo produtor não permitiu detectar a existência do defeito; no caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto”.

A responsabilidade pode ser reduzida em caso de concorrência de culpa do lesado ou de uma pessoa pela qual o lesado é responsável (artigo 8º).

Esta Directiva afeta não só o direito do consumidor, mas todo o Direito dos Contratos. Isso ocorre não só quanto aos bens envolvidos na relação contratual, mas também em relação às pessoas. Isto porque pode suscitar a responsabilização de um terceiro fora da relação contratual por um defeito do bem objeto do contrato, afastando, conseqüentemente, a responsabilidade de um dos contratantes.

Também com relação aos contratos entre produtores a Directiva desprende efeitos, uma vez que prevê a possibilidade de múltiplos responsáveis solidários perante um dano causado pelo defeito de um produto.

O artigo 13º deixa claro que “a presente directiva não prejudica os direitos que o lesado pode invocar nos termos do direito da responsabilidade contratual ou extracontratual ou nos termos de um regime especial de responsabilidade que exista no momento da notificação da presente directiva”.

Por fim, o artigo 12º determina que “a responsabilidade do produtor, nos termos da presente directiva, não pode ser reduzida ou excluída em relação ao lesado por uma cláusula limitativa ou exoneratória de responsabilidade”.

**G) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.**

O objetivo desta Directiva é contribuir para o correto funcionamento do Mercado Interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade de informação entre os Estados-membros.

A par de diversas matérias reguladas por esta Directiva, a secção 3 destina-se especificamente aos contratos celebrados por meios eletrónicos. Logo no nº 1 do artigo 9º determina uma obrigação de resultado aos Estados-membros no sentido de assegurar que seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios eletrónicos. Da mesma forma, os Estados-membros devem assegurar que “o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios eletrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo fato de serem celebrados por meios eletrónicos”. O nº 2 do mesmo artigo deixa, entretanto, uma pequena margem de atuação aos Estados-membros ao possibilitar a não aplicação do nº 1 a algumas categorias contratuais.

O artigo 10º disciplina as informações a prestar, ou seja, as disposições sobre transparência aplicáveis ao procedimento contratual que devem ser cumpridas pelo prestador de serviços. As informações mínimas devem ser fornecidas antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço e em termos exatos, compreensíveis e inequívocos sobre:

- “a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
- b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador de serviços e se será acessível;
- c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
- d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado”.

O prestador também deve indicar os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar eletronicamente estes códigos.

Nos termos do artigo 11º, nº 1, nos casos em que a encomenda for feita exclusivamente por meios eletrônicos, o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado. Considera-se que a encomenda e o aviso de recepção foram recebidos quando as partes a quem são endereçados têm possibilidade de os aceder.

O prestador de serviços deve pôr à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda (artigo 11º, nº 2)

As disposições dos artigos 10º e 11º podem ser objeto de acordo entre as partes, salvo se uma delas for considerada consumidor, nos termos da alínea e) do artigo 2º, segundo a qual consumidor é “qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional”.

**H) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 98/26/CE, de 19 de Maio de 1998, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários.**

A presente Directiva tem por objeto a redução dos riscos dos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários e minimizar os distúrbios causados pelos processos falimentares promovidos contra elementos destes sistemas.

“A Directiva 98/26/CE protege a ‘compensação’ (netting) nos sistemas de liquidação de valores mobiliários, preserva das consequências de falências as garantias dadas aos operadores destes sistemas e clarifica a lei aplicável às disposições sobre garantias através da inscrição num registo, designado ‘registo de valores mobiliários’” (Comissão..., 2001a, anexo I, p. 30).

Neste contexto, o artigo 3º, nº 2, dispõe que “nenhuma lei, regulamento, regra ou prática em matéria de anulação de contratos e transações celebrados antes do momento de abertura de um processo de falência tal como definido no nº 1 do artigo 6º<sup>10</sup> pode conduzir à reforma de uma compensação”.

**I) Directiva do Conselho 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais.<sup>11</sup>**

10. Artigo 6º, nº 1, “para os efeitos da presente directiva, o momento de abertura de um processo de falência será o momento em que a autoridade judicial ou administrativa competente proferir sua decisão”.

11. Ver QUIGLEY, 1997, p. 42 e ss.

Esta Directiva toma medidas de harmonização dos direitos nacionais acerca das relações entre os agentes comerciais e os seus comitentes. O objetivo é o estabelecimento de níveis mínimos de proteção aos agentes comerciais, visto que as disposições desta Directiva não podem ser derogadas em desfavor do agente comercial, sendo permitido, contudo, acordos relativos a contratos que o favoreçam. De um modo geral, a Directiva prevê disposições relativas à remuneração do agente e ao direito de indenização ou reparação quando sejam causados danos ao agente por força da cessação do contrato.

Para os seus efeitos, a Directiva define agente comercial como “a pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada ‘comitente’, quer de negociar e concluir tais operações em nome e por conta do comitente”.

A Directiva aplica-se a contratos relativos a bens (e não a serviços) entre um intermediário independente (o agente comercial) e o comitente. Como é independente do comitente, estão excluídos da aplicação da Directiva os intermediários comerciais e os representantes do comitente (artigo 1º), assim como outras categorias de agentes comerciais nomeadas no artigo 2º.

Os artigos 3º e 4º dispõem sobre deveres do agente comercial e do comitente, respectivamente, decorrentes do contrato e inderrogáveis na forma do artigo 5º.

Segundo o artigo 3º, “o agente comercial deve, no exercício das suas atividades, zelar pelos interesses do comitente e agir lealmente e de boa fé. O agente comercial deve, em especial: a) aplicar-se devidamente na negociação e, se for o caso disso, na conclusão das operações de que esteja encarregado; b) comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que disponha; c) respeitar as instruções razoáveis dadas pelo comitente”.

O artigo 4º, por sua vez, versa que:

“Nas suas relações com o agente comercial, o comitente deve agir lealmente e de boa fé. O comitente deve, em especial: a) Pôr à disposição do agente comercial a documentação necessária relacionada com as mercadorias em causa; b) fornecer ao agente comercial as informações necessárias à execução do contrato de agência, nomeadamente avisar o agente comercial num prazo razoável sempre que preveja que o volume das operações comerciais será significativamente inferior ao que o agente comercial poderia normalmente esperar. O comitente deve, por outro lado, informar o agente comercial, num prazo razoável, da sua aceitação, da sua recusa, ou da não execução de uma operação comercial que este lhe tenha proposto”.

O agente comercial tem direito a uma remuneração segundo os usos em vigor na área em que exerce a sua atividade e para a representação das mercadorias que são objeto do contrato de agência. Se não houver acordo entre as partes e não existir nenhuma prática comercial habitual, o agente tem direito a uma remuneração razoável que tenha em conta todos os elementos relacionados com a operação (artigo 6º).

Nos casos em que o agente comercial for total ou parcialmente remunerado por comissão, pelas operações concluídas durante a vigência do contrato, o agente terá direito à comissão:

“a) se a operação tiver sido concluída em consequência da sua intervenção, ou

b) se a operação tiver sido concluída com um terceiro já seu anterior cliente para operações do mesmo género.

Da mesma forma, terá direito à comissão “se estiver encarregado de um setor geográfico ou de um grupo de pessoas determinadas, ou se gozar de um direito de exclusividade para um setor geográfico ou um grupo de pessoas determinadas, e a operação tiver sido concluída com um cliente pertencente a esse setor ou a esse grupo” (artigo 7º, nº 2).

Quanto às operações concluídas após a cessação do contrato, o agente terá direito à comissão em duas hipóteses:

“a) Se a operação se dever principalmente à atividade por ele desenvolvida ao longo do contrato de agência e se a operação for concluída num prazo razoável após a cessação desse contrato, ou

b) Se, de acordo com as condições referidas no artigo 7º, a encomenda do terceiro tiver sido recebida pelo comitente ou pelo agente comercial antes da cessação do contrato de agência” (artigo 8º).

De acordo com o artigo 9º, “o agente comercial não tem direito à comissão referida no artigo 7º, se esta for devida, por força do artigo 8º, ao agente comercial anterior, a não ser que, dadas as circunstâncias, se verifique ser equitativo partilhar a comissão entre os agentes comerciais”.

O agente adquire o direito à comissão a partir da execução da transação comercial, pelo comitente ou pelo terceiro. Vale referir que “o direito à comissão adquire-se o mais tardar no momento em que o terceiro executa a sua parte na operação ou no momento em que devesse tê-la executado, se o comitente tiver executado a sua parte na operação” (artigo 10º, nº 2).

O direito à comissão só irá se extinguir se o contrato entre o terceiro e o comitente não for executado e a não execução não for devida a circunstâncias imputáveis ao comitente (artigo 11º).

A Directiva deixa aos Estados-membros o poder de determinar que um contrato de agência só seja válido se revestir a forma escrita. Contudo, é direito irrenunciável de qualquer das partes o de obter da outra parte um documento escrito assinado que indique o conteúdo do contrato (artigo 13º).

Na forma do artigo 14º, “considera-se transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado que continue a ser executado pelas duas partes após o seu termo”.

Nos contratos de agência por tempo indeterminado, qualquer das partes pode lhes pôr termo mediante pré-aviso, que é de um mês para o primeiro ano de contrato, de dois meses para o segundo ano iniciado e três meses para o terceiro ano iniciado e seguintes. Os prazos de pré-aviso não podem ser diminuídos por convenção das partes e o prazo de pré-aviso a respeitar pelo comitente não deve ser mais curto do que o prazo a observar pelo agente comercial.

A Directiva prevê ainda circunstâncias derivadas do contrato em que o agente tem direito a indenização, independente das perdas e danos (artigo 17º, nº 2). Da mesma forma, o nº 3 do artigo 17º dispõe que o agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente em condições:

“- que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à atividade do agente comercial;

- e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e as despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente”.

Tanto a indenização quanto a reparação previstas no artigo 17º somente são devidas quando o comitente tiver posto termo ao contrato sem justificação (artigo 18º). As partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17º e 18º em prejuízo do agente comercial.

Por fim, o artigo 20º define e disciplina a cláusula de não concorrência<sup>12</sup>. Esta cláusula só é válida por um período máximo de dois anos após a cessação do contrato e só é válida se revestir a forma escrita e disser respeito ao setor geográfico ou ao grupo de pessoas e ao setor geográfico confiados ao agente comercial, bem como ao tipo de mercadorias de que, nos termos do contrato, ele tinha a representação. O nº 4 do artigo 20º ainda deixa aos Estados-membros

12. Cláusula de não concorrência é uma convenção que preveja a restrição das atividades profissionais do agente após a cessação do contrato.

uma margem de manobra para poderem restringir a validade ou a aplicabilidade das cláusulas de não concorrência.

**J) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 94/47/CE, de 26 de Outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (*Timeshare*).<sup>13</sup>**

O objeto da Directiva é a aproximação dos direitos nacionais no que tange à proteção dos adquirentes de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, ou seja, o contrato de *Timeshare*. Contudo, diz respeito apenas às disposições relativas aos aspectos das transações contratuais referentes à informação sobre os elementos constitutivos do contrato e às modalidades de transmissão dessa informação e aos processos e modalidades de resolução e de rescisão.

O vendedor é obrigado a entregar a qualquer pessoa que o solicite uma descrição geral do bem imóvel, bem como informações sobre elementos mínimos referidos no anexo da Directiva e indicações relativas à possibilidade de obtenção de informações suplementares. As informações aí contidas passam a fazer parte do contrato (artigo 3º).

O artigo 5º garante ao adquirente o direito de rescindir o contrato, sem indicar o motivo, no prazo de dez dias a contar da assinatura por ambas as partes do contrato que será, assim, nulo. No caso de rescisão, o adquirente será obrigado a reembolsar apenas as despesas que resultem da celebração e da rescisão do contrato. Se o contrato não contiver as informações mínimas previstas na Directiva, o adquirente pode resolver o contrato num prazo de três meses a contar da assinatura por ambas as partes do contrato, não estando, neste caso, obrigado a efetuar qualquer reembolso.

As disposições da Directiva são imperativas na forma do artigo 8º que prevê que “qualquer cláusula pela qual o adquirente renuncie aos direitos previstos na presente directiva, ou que exonere o vendedor das responsabilidades decorrentes da presente directiva, não vinculará o adquirente, nos termos das condições definidas na legislação nacional”.

**K) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2000/35/CE, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos nos pagamentos nas transações comerciais.**

13. Ver QUIGLEY, 1997, p. 279 e ss.

A Directiva aplica-se a todos os pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais que, nos termos do artigo 2º, nº 1, entende-se por “qualquer transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração; ‘empresa’ significa qualquer organização que desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, mesmo que exercida por uma pessoa singular”.

Estabelece, assim, normas de obrigações civis em geral como o vencimento e a taxa de juros aplicáveis (artigo 3º), cláusula de reserva de domínio para bens duráveis (artigo 4º) e procedimento de cobrança de dívidas não impugnadas (artigo 5º). Disciplina assim, de maneira uniforme, todos os contratos que se enquadram no âmbito de aplicabilidade acima resumido.

**L) Directiva do Conselho 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1987, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa.**

A presente Directiva teve por escopo a harmonização das disposições legislativas dos Estados-membros que regulam o crédito ao consumo e, ao mesmo tempo garantir um elevado nível de defesa do consumidor. Na forma do artigo 1º, a Directiva aplica-se aos contratos de crédito por meio dos quais um credor concede a um consumidor um crédito sob a forma de pagamento diferido, empréstimo ou qualquer outro acordo semelhante. Estão excluídos, entretanto, os contratos de prestação de serviços com carácter de continuidade, em que o consumidor tenha o direito de pagar tais serviços, durante o período da respectiva prestação, por meio de prestações (alínea c, segunda parte).

Segundo o artigo 4º, os contratos de crédito devem ser feitos por escrito, ficando uma cópia em posse do consumidor. O contrato deve incluir as condições essenciais do contrato, sendo obrigatória a indicação da taxa anual de encargos e suas condições de alteração. A Directiva traz no anexo uma lista de condições que os Estados podem exigir que sejam incluídas como essenciais.

Quando o crédito for concedido sob a forma de adiantamentos numa conta corrente, com exclusão das contas de cartão de crédito, o consumidor deverá ser informado, no momento ou antes da celebração do acordo, em particular, do eventual limite de crédito, da taxa de juros anual e dos encargos aplicáveis e possíveis alterações, além da forma de pôr termo ao contrato (artigo 6º).

Segundo o artigo 7º, no caso de crédito concedido para a aquisição de bens que inclua o direito de o credor voltar à posse dos bens, os Estados-membros determinarão as condições em que esses bens podem ser recuperados e assegurarão ainda que a recuperação não origine enriquecimento sem causa.

Segundo o artigo 8º, os Estados garantirão aos consumidores o direito de cumprirem suas obrigações antes do prazo estipulado e, assim procedendo, haverá o direito a uma redução equitativa do custo total do crédito. A cessão dos direitos de crédito do credor a terceiros não altera os direitos do consumidor. Se for permitido pelos Estados-membros que o consumidor faça pagamentos ou ofereça garantias por meio de títulos de crédito, serão assegurados seus direitos de utilização desses instrumentos para os fins referidos.

Na forma do artigo 11º, de acordo com determinadas condições, existe o direito de regresso contra o mutuante quando o consumidor tiver adquirido bens ou serviços ao abrigo de um contrato de crédito a uma pessoa diferente do mutuante e quando os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento. Este direito só poderá ser exercido se o consumidor tiver demandado o fornecedor, mas não tiver obtido a satisfação a que tiver direito (alínea e).

Finalmente, os Estados-membros assegurarão que os contratos de crédito não possam derrogar, em detrimento do consumidor, as disposições da legislação nacional que dão cumprimento ou correspondem à Directiva. Além disso, deverão impedir que as disposições que adotarem para dar cumprimento à Directiva possam ser contornadas em resultado da formulação de contratos, em especial através do artifício de distribuir o montante do crédito por vários contratos separados<sup>14</sup> (artigo 14º).

**M) Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 97/5/CE, de 27 de Janeiro de 1997, relativa às transferências transfronteiras.**

O objetivo principal da Directiva é permitir a transferência de fundos de uma parte da Comunidade para outra de uma forma célere, segura e pouco onerosa. Para isso, estabelece requisitos mínimos de informação e desempenho dessas transferências de montante inferior a 50.000 euros efetuadas nas divisas dos Estados-membros. Não estão abrangidos pela Directiva os “débitos transfronteiras” e os pagamentos através de cheques.

Os artigos 3º e 4º estabelecem obrigações de transparência em relação ao cliente. As instituições devem oferecer informações prévias de carácter geral sobre as condições aplicáveis às referidas transferências, especialmente no que diz respeito ao prazo de execução, às regras de cálculo de todas as comissões e

14. Artigo 2º, f, “a presente directiva não se aplica a contratos de crédito que envolvam montantes inferiores a 200 ECUs ou superiores a 20 000 ECUs”. De acordo com o artigo 13º, para efeitos da directiva, o valor do ECU é o definido no Regulamento (CEE) nº 3180/78, alterado pelo Regulamento nº 2626/84. O valor das ECUs é o equivalente em Euros.

despesas a pagar pelo cliente à instituição, à data-valor aplicada pela instituição, à indicação dos procedimentos de reclamação e de recurso e à indicação da taxa de câmbio de referência utilizada.

Posteriormente à execução ou à recepção de uma transferência transfronteiras, as instituições prestarão aos seus clientes informações que digam respeito a uma referência que permita ao cliente identificar a transferência em questão, ao montante inicial, ao montante de todas as despesas e comissões a cargo do cliente e à data-valor aplicada pela instituição (Comissão..., 2001a, anexo I, p. 29).

Nos artigos 5º a 8º a Directiva disciplina obrigações mínimas das instituições em matéria de transferências transfronteiras. De acordo com o artigo 5º, a instituição deve, a pedido do cliente e relativamente a uma transferência com especificações precisas, comprometer-se quanto ao prazo de execução dessa transferência e às comissões e despesas a ela inerentes, ou não aceitar a execução da transferência.

O art. 6º prevê uma indenização para o caso de não ser respeitado o prazo para a transferência. Esta indenização, entretanto, não é devida se a instituição do beneficiário puder comprovar que o atraso é imputável ao ordenante ou, respectivamente, ao beneficiário. O artigo 7º dispõe sobre o reembolso dos montantes indevidamente deduzidos pela instituição do ordenante, pela instituição intermediária ou pela instituição do beneficiário.

Finalmente, o artigo 9º estabelece que, “sem prejuízo do disposto na Directiva 91/308/CEE, as instituições que participam na execução de uma ordem de transferência serão liberadas das obrigações previstas nas disposições da presente directiva, desde que possam invocar razões de força maior, nomeadamente, circunstâncias alheias à sua vontade, anormais e imprevisíveis, cujas conseqüências não tenham podido ser evitadas apesar de todos os esforços desenvolvidos, pertinentes em relação a estas disposições”.

**N) Directiva do Conselho 92/100/CEE, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual<sup>15</sup>.**

15. No que tange aos direitos de autor e direitos conexos, é preciso referir que sua proteção internacional está abrangida por três acordos internacionais fundamentais: a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Ato de Paris, 1971), a Convenção Internacional para a proteção dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão (1961) e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo AD-PIC, 1995). A Comunidade Européia e seus Estados-membros ratificaram ainda o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direitos do autor e o Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas, que atualizam significativamente a proteção internacional relativa à propriedade intelectual

O objetivo da Directiva é harmonizar a legislação sobre o direito de aluguer e alguns direitos relacionados com os direitos conexos, incluindo o direito de fixação, reprodução, radiodifusão e distribuição pública, com o objetivo de estabelecer um elevado nível de proteção da propriedade literária e artística. Sendo assim, estabelece um direito exclusivo de autorização ou proibição do aluguer e comodato tanto dos trabalhos abrangidos pelo direito do autor como de outras realidades que estejam sujeitas a direitos conexos.

O artigo 4º prevê como direito inalienável do autor o auferimento de uma remuneração eqüitativa pelo aluguer. A gestão destes direitos pode ser, contudo, confiada a sociedades de gestão coletiva dos direitos de autor que representem autores ou artistas intérpretes ou executantes. Os direitos mencionados na directiva podem ser também transmitidos, cedidos ou ser objeto de licenças contratuais (artigos 2º, nº 4, 7º, nº 2 e 9º, nº 4) (Comissão..., 2001a, p. 42).

Essas são as principais directivas em vigor até o momento que compõem o acervo normativo regulador dos contratos no âmbito da Comunidade Européia. A diversidade de abordagem e a fragmentação gerada pela inexistência de uma base coerente de direito privado e, particularmente, de obrigações, serão comentadas posteriormente. Esta descrição geral tem a finalidade de situar os temas que seguirão, especialmente quanto aos efeitos do uso das directivas na conformação do Direito dos Contratos na União Européia.

---

o combate à pirataria (Comissão..., 2001a, anexo I, p. 42). A Comunidade Européia adotou outras directivas no âmbito dos direitos do autor e direitos conexos, como a Directiva do Conselho 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, ou a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho 96/9/CE, de 11 de Março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados. Entretanto, fez-se opção pela Directiva 92/100/CEE por ter relação mais próxima com o tema central do trabalho.

Parte II  
*Ações Comunitárias*



## CAPÍTULO IV

# PRINCIPAIS ATOS DAS INSTITUIÇÕES COMUNITÁRIAS

**Sumário** • 1. A Comunicação: 1.1. Possibilidades de Iniciativas Comunitárias; 1.2. Reações das Instituições Comunitárias à Comunicação; 1.3. Sumário de Respostas à Comunicação: 1.3.1. Primeira Parte; 1.3.2. Segunda Parte – 2. Crítica à Comunicação – 3. O Plano de Ação.

As primeiras manifestações oficiais da Comunidade Européia em torno de uma aproximação da legislação dos Estados-membros em matéria de direito privado foram dadas pelo Parlamento Europeu que, em 1989 e em 1994, publicou resoluções neste sentido. De fato, em 1989 foi publicada a Resolução que propunha uma ação para aproximar o direito privado dos Estados-membros<sup>1</sup>. Em 1994, o Parlamento Europeu publicou a Resolução para a harmonização de certos setores do direito privado dos Estados-membros<sup>2</sup>.

Através destes atos, o PE deu início a um debate que se alargou em diversas direções, inclusive institucionalmente, dentro da própria Comunidade Européia, envolvendo o Conselho e a Comissão, como se verá adiante. Nas resoluções, o PE declarou “que a harmonização progressiva de determinados domínios do direito privado é essencial para a realização do mercado interno e que a unificação dos ramos mais importantes do direito privado, sob a forma de um Código Civil Europeu, constituiria a forma mais eficaz de levar a cabo essa harmonização, com vista à observância dos requisitos legais da Comunidade num mercado único sem fronteiras” (Comissão..., 2001a, p. 4).

Após a iniciativa do PE, o Conselho de Tampere incluiu nas Conclusões da Presidência, de 15 e 16 de outubro de 1999, no âmbito das discussões sobre a formação de “um verdadeiro espaço europeu de justiça”, o tópico sobre “maior convergência em matéria civil”. Mais especificamente, o ponto 39 dispõe que “no tocante ao direito civil substantivo, solicita-se ao Conselho que realize um estudo global sobre a necessidade de aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria civil, por forma a eliminar os entraves ao bom funcionamento dos processos civis. O Conselho deverá apresentar um relatório até 2001” (Conselho Europeu de Tampere, 1999, pt. 39).

---

1. JOC C 158, 26/06/1989, p. 400.  
2. JOC C 205, 25/07/1994, p. 518.

Após estas manifestações, que convergiam para o alargamento do debate acerca da aproximação das legislações nacionais em matéria de direito privado, sendo que as Conclusões do Conselho de Tampere já se referem especificamente à matéria civil, o Parlamento voltou a se pronunciar em Resolução de 16 de março de 2000 sobre o programa legislativo anual da Comissão, considerando que “uma maior harmonização do direito civil se tornou essencial no mercado interno e solicita à Comissão que elabore um estudo sobre esta questão”.

Em junho de 2000 o PE publicou um *Working Paper*, o Juri – 103, sobre os sistemas de Direito Privado na União Européia, no qual defendia a criação de um Código Civil Europeu<sup>3</sup>. Trata-se de um estudo de direito comparado sobre os sistemas de direito privado existentes nos Estados-membros, avaliando o escopo e a necessidade de criação de um Código Civil Europeu e a competência das instituições comunitárias para fazê-lo e investigando as formas de possíveis discriminações em termos de nacionalidade que podem ocorrer em razão das divergências entre legislações nacionais.

Não podem ficar sem referência no desenvolvimento deste debate as contribuições de grupos de acadêmicos por toda a Comunidade, tais como o *Grupo de Pavia*, que publicou o *European Contract Code – Preliminary draft* (Università di Pavia, 2000), em trabalho desenvolvido pela *Academy of European Private Lawyers*, como a Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, comandada por Ole Lando, que organizou em conjunto com Hugh Beale o *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (Kluwer Internacional, 2000)<sup>4</sup> e como o seu sucessor, o Grupo de Estudos para um Código Civil Europeu, encabeçado por Christian Von Bar<sup>5</sup>.

Como resultado destas convocações, veio à baila, em 11 de julho de 2001, a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos, que ampliou e consolidou de uma vez por todas o debate da questão, passando a contar com a participação ativa dos diversos setores interessados da sociedade, incluindo empresas, profissionais do direito, acadêmicos e associações, além dos governos dos Estados-membros.

3. Parlamento Europeu, Juri – 103, *The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code*. Legal Affairs Series, 2000. Os autores da obra são: Christian von Bar (coord.), Maurits Barendrecht, Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Walter van Gerven, Ewoud Hondius, Konstantinos Kerameus, Stelios Koussoulis, Ole Lando, Marco Loos e Winfried Tilmann, sendo consultado também o Grupo de Estudos para um Código Civil Europeu (OFFERMANN (ed.), 2000).
4. Na Internet, em [http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index.html](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html).
5. Na Internet, em <http://www.sgecc.net>.

## 1. A COMUNICAÇÃO

A Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos (daqui para frente, a Comunicação), COM(2001) 398 final, é o principal documento oficial da Comunidade Europeia no sentido de se buscar uma harmonização da legislação dos Estados-membros sobre o Direito dos Contratos. Com efeito, a Comunicação buscou “recolher informação quanto à necessidade de uma ação comunitária de maior alcance no domínio do direito dos contratos, designadamente para indagar até que ponto uma abordagem casuística será passível de solucionar todos os eventuais problemas” (Comissão..., 2001a, p. 6).

Portanto, o objetivo da Comunicação foi “alargar o debate, incentivando a participação dos consumidores, das empresas, das associações profissionais, das instituições/administrações públicas, do meio acadêmico e de todas as pessoas interessadas” na situação da disciplina legal dos contratos na União Europeia. Claro está que é parte do questionamento da Comunicação a própria existência de problemas em razão da diversidade de legislações sobre a matéria, bem como a necessidade de uma intervenção mais apurada das instituições comunitárias. Por outro lado, as indagações da Comunicação visam permitir à Comissão a definição de uma política futura neste domínio, bem como a identificação das eventuais medidas reputadas necessárias.

A Comissão, entretanto, resguarda “o seu direito de iniciativa para apresentar propostas de ação específicas relativas a aspectos do direito dos contratos, caso se constate a existência de uma necessidade concreta, e especialmente iniciativas que estejam a decorrer ou que serão lançadas no âmbito da política do mercado interno” (Comissão..., 2001a, p. 6). Assim, o debate não visa impor uma solução com caráter perene, mas antes abrir diálogo no sentido de se buscar as melhores iniciativas, viáveis e necessárias, para a configuração do mercado comum e das finalidades dos Tratados.

A Comunicação reconhece que o direito dos contratos constitui o principal conjunto de normas que regula as transações transfronteiriças e abarca diversas áreas do direito, que estão relacionadas com as diferentes tradições culturais e jurídicas dos Estados-membros, mas a maioria das ordens jurídicas dos Estados-membros possui normas e conceitos similares.

Por isso, a Comissão especificou algumas áreas abrangidas pela Comunicação, como “os contratos de venda e todos os tipos de contratos de serviços, incluindo os serviços financeiros. As normas gerais relativas à execução, ao incumprimento e às formas de reparação constituem uma base indispensável para estes contratos, sendo, por este motivo, também abrangidas. São igualmente

essenciais as normas relativas a aspectos gerais como a formação de um contrato, a sua validade e interpretação. Além disso, em razão do contexto econômico, poder-se-á convocar igualmente o quadro regulador em matéria de títulos de crédito referentes a valores mobiliários, bem como a legislação em matéria de enriquecimento sem causa. Por último, deverão ser levados em consideração, os aspectos do direito da responsabilidade civil relacionados com os contratos e com as suas outras características pertinentes para o mercado interno, desde que já façam parte do direito comunitário em vigor” (Comissão..., 2001a, p. 7).

Entretanto, em alguns domínios do direito privado, os contratos são apenas instrumentos reguladores relativamente à complexidade da relação entre as partes interessadas. A Comissão optou por excluir estes casos da Comunicação, designadamente o direito do trabalho e o direito da família, por colocarem questões específicas não pertinentes ao debate sugerido (Comissão..., 2001a, p. 7, pt. 2.14).

A Comunicação também reconhece que as disposições comunitárias em vigor sobre o direito dos contratos adotam uma abordagem setorial e, assim, centra-se em dois domínios: em primeiro lugar, nos eventuais problemas que possa resultar das disparidades entre o direito dos contratos dos Estados-membros e, em segundo lugar, nas possibilidades que poderão existir para o futuro do direito dos contratos na Comunidade.

No que tange à situação atual do Direito dos Contratos, a Comunicação não se restringe à descrição do acervo comunitário, fazendo referência também aos instrumentos internacionais em vigor. Faz assim menção à Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, ratificada por todos os Estados-membros, cujas disposições “aplicam-se às obrigações contratuais em qualquer situação que implique uma escolha entre os direitos de países diferentes” (Comissão..., 2001a, p. 7)<sup>6</sup>.

Trata-se de uma forma de reparação dos problemas potenciais decorrentes de disparidades entre os direitos nacionais dos contratos, que consiste na aplicação uniforme das normas internacionais de direito privado para determinar qual a legislação aplicável ao contrato. A escolha pelas partes do direito aplicável é limitada na Convenção de Roma e, caso não seja efetuada qualquer escolha, a própria Convenção determina o direito a aplicar<sup>7</sup>.

6. Ver também da Comissão das Comunidades Europeias o *Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização COM(2002) 654 final* Bruxelas, 14.1.2003, na Internet, in [http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/gpr/2002/com2002\\_0654pt01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/gpr/2002/com2002_0654pt01.pdf).

7. Para um estudo da aplicação do direito nacional em matéria de contratos em conformidade com a Convenção de Roma de 1980, ver GRUNDMANN, 2002, p. 365-401, onde afirma que o direito secundário ganha

Outra forma de reparação é o estabelecimento de uma harmonização das normas de direito substantivo a um nível internacional. A Comunicação chama atenção para a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (sigla inglesa CISG), de 1980, aprovada por todos os Estados-membros da União Européia, exceto Reino Unido, Portugal e Irlanda. Neste sentido, aponta que:

“A CISG institui um quadro normativo uniforme para a venda internacional de mercadorias, que se aplica aos contratos de vendas, salvo declaração em contrário pelas partes” (Comissão..., 2001a, p. 8)<sup>8</sup>.

“A Convenção contém essencialmente disposições relativas à formação do contrato (oferta e aceitação de oferta), bem como aos direitos e obrigações do vendedor e do comprador. A Convenção não rege a validade do contrato, das suas cláusulas e tampouco abrange os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas (artigo 4º). A Convenção também não se aplica à responsabilidade do vendedor fora do contrato” (Comissão..., 2001a, p. 8).

No que tange ao acervo comunitário em matéria de contratos, o anexo I da Comunicação fornece uma lista dos atos mais relevantes, com um levantamento semelhante ao que foi feito acima.

A Comunicação levantou a hipótese de a diversidade de disposições nacionais relativas ao direito dos contratos obstar, direta ou indiretamente, ao funcionamento do mercado interno. Caso a resposta à indagação venha a ser afirmativa, cumpre identificar em que medida existe tal interferência.

Tendo em vista as competências atribuídas às instituições comunitárias, especialmente quanto ao disposto nos arts. 94º a 96º do TCE, a ação comunitária deve ser sempre no sentido de reduzir os entraves ao estabelecimento ou ao funcionamento do mercado interno. Com a entrada em circulação do Euro e com o desenvolvimento das tecnologias, propiciando, por exemplo, o uso da internet na formação dos contratos comerciais, foi proporcionado um grande avanço nas

---

muita importância no âmbito do direito comunitário e que “tale fenomeno diminuisce altresì la rilevanza del diritto nazionale sotto due aspetti principale – e questo è importante soprattutto riguardo alle direttive, che costituiscono la fonte più significativa del diritto secondario. Teoricamente le direttive vincolano soltanto gli Stati, in quanto la Corte di Giustizia nega che esse siano direttamente applicabili ai rapporti fra soggetti privati, i quali costituiscono il nucleo centrale del diritto privato, segnatamente contrattuale, di fatto, però, praticamente in tutte le situazioni, il risultato specifico dell’interpretazione delle direttive è stato imposto anche nell’ambito delle relazioni intercorrenti fra soggetti privati” (p. 392).

8. Encontram-se excluídos do âmbito de aplicação da Convenção alguns setores, como a venda de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico e a venda de valores mobiliários, títulos de crédito ou outros instrumentos transacionáveis.

relações comerciais transfronteiriças no âmbito da Comunidade Européia. Como grande parte dessas relações é regida por contratos, a Comunicação sugere que “os problemas decorrentes da conclusão, interpretação e aplicação dos contratos utilizados no comércio transfronteiriço poderão afetar o funcionamento do mercado interno. A questão consiste em saber se as normas vigentes de direito dos contratos correspondem às necessidades atuais e futuras das empresas e dos consumidores no mercado interno ou se se impõe uma ação comunitária” (Comissão..., 2001a, p. 9).

Em que pese a vigência difundida do princípio da liberdade contratual em geral nos sistemas legais nacionais, é preciso ter em conta que cada contrato rege-se pela legislação e pela jurisprudência de um determinado Estado. As legislações entre os Estados podem variar quanto à obrigatoriedade de certos instrumentos e quanto ao dirigismo contratual, especialmente em contratos entre partes com posições dispares, como no caso dos consumidores e dos locatários.

De acordo com a Comunicação, “regra geral, a vigência de regimes nacionais diferentes não cria impedimentos às transações transfronteiriças, uma vez que as partes podem decidir o direito que regerá o seu contrato. Ao optarem por um determinado direito nacional, aceitam todas as disposições obrigatórias por ele previstas, bem como as não-obrigatórias que não substituírem por outros termos. Contudo, podem ocorrer conflitos entre disposições de caráter obrigatório num país em contradição com disposições de caráter obrigatório previstas no direito de outro. Estes conflitos entre diferentes disposições de caráter obrigatório poderão ter um impacto negativo sobre as transações transfronteiriças” (Comissão..., 2001a, p. 9).

A Comunicação ainda faz referência a cláusulas que, mesmo não sendo obrigatórias, façam parte da prática corrente de um determinado Estado, especialmente quando formalizadas por contratos-tipo. Poderá, assim, por razões econômicas ou jurídicas, uma parte deixar de aceitar as condições constantes de um contrato-tipo baseado na prática de um Estado-membro diferente do seu, bem como o inverso também é possível, i.e., uma parte não aceitar contratar de forma diferente do que já está habituada.

No que se refere aos atingidos, a Comunicação sugere que os consumidores e as Pequenas e Médias Empresas (daqui para frente, PME) são os maiores potenciais prejudicados pela diversidade de legislações, visto que podem se sentir juridicamente inseguros para realizar uma operação com base num direito estrangeiro. “A disparidade de normas jurídicas nacionais poderá levar a uma oneração dos custos das transações, designadamente de informação e eventualmente de contencioso, para as empresas em geral e para os consumidores e PME

em particular” (Comissão..., 2001a, p. 10). Este aumento nos custos de transação poderá constituir uma desvantagem concorrencial, inclusive, no caso de um fornecedor estrangeiro que pretende concorrer com o fornecedor local, já habituado e ambientado com as normas vigentes no seu Estado de origem.

Quanto à aplicação uniforme do direito comunitário, é cobrada uma coerência entre as medidas adotadas pela Comunidade, de forma a possibilitar uma interpretação comum por parte dos agentes e do TJCE e a produzir os mesmos efeitos em todos os Estados-membros. Desta forma, a Comunicação afirma que “no domínio do direito dos contratos o legislador europeu adotou uma abordagem fragmentária à harmonização. Uma tal abordagem, conjugada com desenvolvimentos de mercado imprevistos, poderá levar a incoerências na aplicação do direito comunitário” (Comissão..., 2001a, p. 11).

Também a utilização de termos abstratos é apontada como possível causa de problemas relativos a uma implementação e aplicação não uniforme do direito comunitário e de medidas nacionais. “Regra geral, as disparidades entre as disposições das directivas são explicadas pela natureza diversa dos problemas que essas directivas procuram resolver. Assim, não é razoável exigir que o mesmo termo, utilizado em contextos diferentes, aplicado a problemas diversos, seja interpretado exatamente da mesma forma. No entanto, as disparidades entre termos e conceitos que não resultarem da diversidade de problemas que se procura resolver, deverão ser eliminadas” (Comissão..., 2001a, p. 11-2).

Ainda em relação aos conceitos e termos abstratos, as legislações internas adotadas pelos Estados-membros tornam-se muito variadas em razão da inexistência de uma aceção comum no direito europeu relativa a termos e conceitos gerais em, pelo menos, um domínio específico ou em vários domínios estreitamente relacionados. Esta constatação pode ser feita com base nos estudos de direito comparado, como o já citado trabalho do Parlamento Europeu, Juri 103, relativo aos sistemas de direito privado existentes na União Européia.

### **1.1. Possibilidades de Iniciativas Comunitárias**

Para o caso de serem constatados problemas no estabelecimento e no funcionamento do mercado interno em razão das disparidades entre as legislações nacionais em matéria de contratos e se esses problemas não puderem ser solucionados pela abordagem casuística adotada pela Comunidade, a Comunicação sugere outras formas de ação da autoridade comunitária, observados os limites de competência das instituições. Qualquer medida horizontal de harmonização do direito dos contratos deverá observar os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Com relação ao princípio da subsidiariedade, a Comunicação estabelece que “deverão resultar benefícios claros da adoção de uma ação ao nível comunitário em vez de ao nível nacional. Sempre que se pretenda um impacto à escala da Comunidade, a ação das instituições europeias é indubitavelmente a melhor forma de garantir um tratamento homogêneo no âmbito dos regimes jurídicos nacionais e de fomentar uma cooperação efetiva entre os Estados-membros”. Além disso, o princípio da proporcionalidade “exige que as medidas adotadas pelas instituições comunitárias não excedam os limites do que se considera ser adequado e necessário para atingir os objetivos legitimamente perseguidos pela legislação em causa; sempre que existir uma escolha entre várias medidas adequadas deverá recorrer-se à menos onerosa, não devendo as desvantagens causadas ser desproporcionadas aos objetivos prosseguidos” (Comissão..., 2001a, p. 13).

Em sendo necessária uma atuação da comunidade diferente da abordagem casuística em curso, a Comunicação apresentou um rol não taxativo de cenários possíveis: a não-ação a nível comunitário; promover o desenvolvimento de princípios comuns de direito dos contratos conducentes a uma maior convergência das legislações nacionais; melhorar a qualidade da legislação vigente; adotar uma nova legislação abrangente a nível comunitário.

A Comunicação ainda que reconhece que “existem outras possibilidades para além das indicadas supra, que também podem ser combinadas. Essas possibilidades poderão abranger o domínio do direito dos contratos ou outros no âmbito do direito privado. Cada possibilidade poderá utilizar-se em setores económicos específicos ou aplicar-se horizontalmente. O carácter vinculativo de uma medida dependerá do seu domínio de aplicação e de todos os interesses em causa. Todavia, em princípio, todas as possibilidades deverão permitir às partes contratantes a liberdade de que necessitam para a celebração do contrato nos termos que melhor se adaptem às suas necessidades específicas” (Comissão..., 2001a, p. 14).

Diversas e variadas foram as respostas das instituições comunitárias, dos governos e da sociedade à Comunicação, tanto no sentido de identificar problemas decorrentes da disparidade de legislações, quanto para oferecer possíveis soluções para os problemas, ou ainda para apresentar críticas e sugestões. Diante da ampla reação, a Comissão publicou um sumário das respostas. Além disso, diversas publicações foram feitas no meio acadêmico para debater a questão, como as conferências da *Society of European Contract Law* (Secola)<sup>9</sup> e as edições especiais de revistas especializadas, como a *European Review of Private Law*, entre outras.

9. Ver na Internet <http://www.secola.org>.

## 1.2. Reações das Instituições Comunitárias à Comunicação

A **resposta do Conselho** começa se referindo a regras uniformes para solução conflitos baseadas em direito internacional privado, como a Convenção de Roma de 1980, salientando, entretanto, a limitação destas abordagens. Também fez referência em particular ao UNIDROIT<sup>10</sup>, ao UNCITRAL e à CISG, encorajando os Estados-membros que ainda não são parte desta última – Reino Unido, Irlanda e Portugal – a ratificarem a Convenção.

O Conselho acentua que há um grande consenso de que é necessário melhorar a qualidade e consistência das Directivas, apontando em particular que:

- “– a legislação comunitária no domínio do direito dos contratos deverá basear-se em **princípios** que garantam a **coerência das regras comunitárias** e assegurem uma **boa transposição** para os direitos nacionais;
- se deveria garantir uma maior coerência entre os instrumentos que regulam os contratos de consumo, bem como a **uniformidade da sua terminologia**. Assim, por exemplo, tanto a Directiva 85/577/CE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa aos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, como a Directiva 97/7/CE, de 20 de Maio de 1997, relativa aos contratos à distância, dão ao consumidor, em determinadas circunstâncias, o direito de denunciar o contrato celebrado e obrigam o vendedor a informá-lo da existência desse direito. Todavia, enquanto a segunda directiva enuncia com precisão as conseqüências caso o vendedor não informe o consumidor da existência desse direito, a que chama ‘direito de rescisão’, a primeira, que o designa por ‘direito de renúncia’, prevê que os Estados-Membros tomem medidas adequadas destinadas a proteger o consumidor quando essa informação não é dada;
- os resultados da harmonização realizada através de directivas são por vezes considerados insuficientes, nomeadamente pelo fato de as medidas tomadas na fase da transposição variarem sensivelmente de Estado para Estado. A **falta de uma definição uniforme em direito comunitário de termos e conceitos gerais** pode levar a resultados diferentes na prática comercial e jurídica dos diferentes Estados-Membros.
- As incoerências constatadas entre os instrumentos comunitários poderiam ser igualmente evitadas mediante o **reforço dos mecanismos de coordenação** internos dos Estados-Membros

10. O texto final dos princípios do UNIDROIT (*Institut International pour l'Unification du Droit*) foram apresentados em 1994, comportando 120 artigos, cobrindo a parte geral do Direito dos Contratos. Em seu preâmbulo, o UNIDROIT explica que os princípios aplicam-se a “general rules for international commercial contracts” (HARTKAMP, 1994, p. 343).

e das instituições europeias” (Conselho..., 2001, p. 6-7, grifos meus).

O Conselho ainda cita uma série de instrumentos que “harmonizam bastante os direitos nacionais, a ponto de formar o ‘direito comum’ nas matérias citadas”. Quanto à abordagem a ser feita, o Conselho sugere que “se for necessária a harmonização, poder-se-ia privilegiar uma abordagem mais horizontal, para se chegar a uma solução mais coerente e convincente”.

A resposta do Conselho ainda faz referências a domínios do direito não abordados pela Comunicação e que também não se incluem no âmbito deste trabalho, como o Direito de Família, Responsabilidade não-contratual e Direitos Reais.

O ponto mais relevante da conclusão é a solicitação à Comissão que:

- proceda, o mais rapidamente possível, à **análise dos resultados da consulta** empreendida com base na sua comunicação,
- a efetue tendo presente a preocupação de **garantir a maior coerência possível do direito dos contratos** na função legislativa,
- **comunique** esses resultados ao Conselho e às outras instituições comunitárias, bem como à população, juntamente **com todas as observações e recomendações adequadas**, eventualmente sob a forma de um Livro Verde ou de um Livro Branco, o mais tardar até 31 de Dezembro de 2002.

As referidas **recomendações** devem, pelo menos, incidir

- na identificação dos **textos comunitários cujo âmbito de aplicação deve ser reanalisado**, assim como os motivos dessa análise,
- na **identificação das áreas** em que a diversidade das legislações nacionais em matéria de direito dos contratos pode prejudicar o bom funcionamento do mercado interno e a aplicação uniforme do direito comunitário,
- na possibilidade de, aquando de novas iniciativas, **adotar uma abordagem mais horizontal** e no modo de analisar o impacto dessas iniciativas em termos de coerência do direito civil;
- na possibilidade de **fomentar**, nas matérias da esfera do direito civil, **coordenações ou contactos**<sup>11</sup> **regulares** entre os Estados-Membros durante o período de transposição das directivas;

11. Corrigido da versão em português supracitada, onde lia “contratos”, em confronto com a versão inglesa, onde se vê “contacts”, com a versão espanhola, “contactos”, com a versão italiana, “contatti”, e com a francesa, “contacts”, por se tornar mais coerente com o texto.

- nos **métodos de trabalho** a que se poderia recorrer para chegar a uma maior aproximação das legislações nacionais, na medida em que **a consulta e a análise aprofundada dos resultados** revelarem a sua conveniência, assim como para **prevenir os riscos de incoerência** entre os instrumentos comunitários” (Conselho..., p. 13-14, grifos meus).

O **Parlamento Europeu publicou uma Resolução em resposta à Comunicação**, onde considera que, “embora as normas da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) possam vir a constituir o fundamento de um futuro quadro jurídico comunitário, não resolvem, porém, em última análise, o problema das relações jurídicas transfronteiriças” (Parlamento..., 2001, p. 538 e ss.)<sup>12</sup>, reafirmando a opinião das outras instituições comunitárias acerca da insuficiência do Direito Internacional Privado e do direito substantivo internacionalmente harmonizado.

A Resolução do PE “observa que as referidas directivas comunitárias não se articulam cabalmente entre si” e “constata que a articulação dessas directivas com os regimes de direito civil nacionais suscita por vezes problemas”. Finalmente, afirma que “numa União alargada a 500 milhões de habitantes, será cada vez mais difícil garantir uma aplicação uniforme do direito europeu” (Parlamento..., 2001, p. 540).

Ademais, “salienta a necessidade de prosseguir a harmonização do direito dos contratos, por forma a facilitar as transações transfronteiriças no mercado interno, em particular, nos seguintes domínios: um justo equilíbrio de interesses entre as empresas, por um lado, e os consumidores, por outro; a determinação do tribunal competente; as custas judiciais; a eficácia da protecção jurídica; a sobrecarga, mesmo das instâncias judiciais inferiores, com questões complexas de direito internacional; a sobrecarga dos consumidores e dos seus representantes legais com complexas questões de direito” (Parlamento..., 2001, p. 540).

O principal elemento da Resolução, entretanto, é a convocação da Comissão para que apresente um plano de ação com medidas de curto, médio e longo prazo a serem tomadas a nível comunitário no âmbito do direito dos contratos com vistas à harmonização das legislações nacionais e redução das disparidades.

Por fim, o Parlamento “solicita à Comissão que utilize a base jurídica do artigo 95º do TCE (mercado interno) no âmbito do processo de consolidação e de desenvolvimento da harmonização do direito civil” e “convida a Comissão a verificar se não será mais eficaz e adequado recorrer ao instrumento ‘regulamento’

12. Ver também o *Explanatory Statement*, apresentado em anexo à versão inglesa da Resposta do Parlamento.

no âmbito da futura legislação sobre o mercado interno” (Parlamento..., 2001, p. 542).

Por fim, o Comitê Econômico e Social (CES) apresentou Parecer onde analisa os aspectos globais do direito do comércio internacional, com especial referência aos atos internacionais de regulação, como o UNCITRAL, a Convenção de Roma de 1980 e a CISG, e a iniciativas como o UNIDROIT e a Comissão do direito europeu dos contratos, salientando ainda aspectos como a arbitragem internacional e a participação da Organização Mundial do Comércio (OMC) na solução de conflitos.

No que tange à harmonização do direito dos contratos na União Européia, o Comitê opina que:

“Conviria incentivar a Comissão a criar um direito unitário, aplicável a todos os tipos de contratos e a todos os contratantes, incluindo os consumidores finais. Um direito europeu dos contratos justificaria-se, pois, plenamente nos contratos transfronteiras.

Conviria, ao mesmo tempo, procurar, prioritariamente, completar o direito universal e o direito europeu existentes, utilizados como fundamentos do exercício, e ter em conta as práticas e os contratos-tipo amplamente utilizados pelas partes nos contratos internacionais, na medida em que o comércio intra-europeu e o comércio extra-europeu dependem muito de regras e princípios contratuais comuns, já que muitas empresas operam nestas duas esferas” (Comitê..., 2002, p. 3).

Adiante, o Parecer do CES faz referência ao uso das directivas e às distorções que este uso suscita, contrariando a harmonização pretendida, bem como ao carácter setorial dos textos comunitários como forma de prejudicar a própria harmonia do direito internos dos Estados. Segundo o Parecer, “o ônus da procura da indispensável coerência é deixado aos comentários doutriniais, à exposição pedagógica de professores universitários ou às recolhas de princípios ‘orientadores’ como os elaborados pelo UNIDROIT ou outras comissões e, sobretudo, na prática, à jurisprudência, que pode eventualmente inspirar-se nos trabalhos doutriniais” (Comitê..., 2002, p. 4).

Por fim, o Comitê recomenda a elaboração de um direito europeu dos contratos uniforme e geral, sob forma de um regulamento, apoiando-se nos trabalhos já efetuados pelas várias comissões e instituições e nas regras e práticas comerciais em vigor. Numa primeira etapa, as partes poderiam escolher o direito europeu como norma a regular seus contratos; posteriormente, a mais longo prazo, o direito europeu dos contratos se tornaria o direito comum, mas as partes continuariam podendo optar por outro direito, conservando o princípio da liberdade contratual.

### 1.3. Sumário de Respostas à Comunicação<sup>13</sup>

O Sumário das Respostas dadas à Comunicação divide-se em duas partes. A primeira se refere às opiniões quanto à necessidade de uma ação de maior alcance da Comunidade no domínio do Direito dos Contratos, dando ênfase às implicações para o mercado interno e à aplicação uniforme do direito comunitário. A segunda parte é voltada para as opções de ação sugeridas na própria Comunicação e outras suscitadas pelos interessados.

#### 1.3.1. Primeira Parte

No que tange às **implicações para o mercado interno**, as principais manifestações de governos dão conta dos custos de informação resultantes de diferentes direitos nacionais dos contratos, da possível concorrência entre sistemas, da complexidade da atual situação jurídica e do problema relativo à legislação aplicável, que levantam obstáculos ao mercado interno<sup>14</sup>. Algumas respostas, entretanto, ponderam que a gravidade dos problemas varia em função do setor e outras informaram não haver bases para determinar a existência de obstáculos sensíveis ao desenvolvimento do mercado interno<sup>15</sup>. A situação particular de dificuldades das PME e dos consumidores também foi lembrada<sup>16</sup>.

As respostas das empresas variam de acordo com o setor. Uma parte da indústria transformadora entende que as diferenças entre as legislações nacionais não constituem um obstáculo significativo às transações transfronteiras, considerando satisfatórias as soluções do Direito Internacional Privado e da legislação comunitária em vigor<sup>17</sup>. Por outro lado, algumas associações empresariais entendem que tal diversidade pode distorcer a concorrência, devido aos custos mais elevados, e gerar insegurança jurídica, especialmente quanto aos diferentes

13. As respostas aqui comentadas estão disponíveis para consulta no *site* da Comissão na Internet, em [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/index_en.htm) Outras respostas, entretanto, foram utilizadas pela Comissão para compor o Sumário de Respostas ora em questão, mas não foram disponibilizadas para consulta naquele sítio.

14. Ver, neste sentido, a resposta do Governo Português, 2001.

15. Neste sentido, o *United Kingdom Government*, 2001, p. 3. No mesmo sentido, o Governo da Polónia aponta que “The existence of diversified systems of civil law in the European Union Member States does not constitute any substantial obstacle to the functioning of the Common Market” (*Polish Government*, 2001, p. 1).

16. De acordo com o Governo da Dinamarca, “SMEs may encounter particular difficulties in the internal market as a consequence of differences in the contract law of the Member States” (*Danish Government*, 2001, p. 4).

17. Ver a este respeito a resposta da *Orgalime*, 2001, bem como a do *CBI*, que afirma que “legal costs should not be significantly increased as a result of contracting under the laws of another jurisdiction” (2001).

regimes de responsabilidade<sup>18</sup>. As PME do setor de serviços têm problemas com a diversidade de legislações nacionais aplicáveis aos serviços.

Em contribuição importante, o setor do comércio retalhista e o dos serviços financeiros fizeram referência às diferentes aplicações das directivas e aos diferentes requisitos contratuais nacionais como obstáculos às transações. Segundo opinião reproduzida no Sumário da Comissão, “por vezes, é impossível saber quando foi celebrado um contrato, de que forma serão aplicadas determinadas cláusulas ou quais as cláusulas que não serão aplicadas em virtude de disposições regulamentares ou de condições implícitas. As empresas são desencorajadas de realizar transações transfronteiras mais pelos diferentes detalhes dos diversos regimes de proteção dos consumidores do que pelas variações no nível de proteção concedido. A avaliação dos diferentes níveis de proteção implica elevados custos jurídicos” (Comissão..., 2002b, p. 7)<sup>19</sup>.

Outras organizações comerciais chamaram atenção para o efeito dissuasor das diferenças entre as diversas legislações nas relações entre as PME e os consumidores, especialmente em razão da diversidade de regras para a elaboração dos contratos e a impossibilidade de recorrer a contratos-tipo uniformes, o que implica importantes custos de transação<sup>20</sup>.

18. Segundo a *London Investment Banking Association* (LIBA) “the imposition of differing national contractual requirements reduces the effectiveness of the internal market. In these circumstances firms are unable to or are deterred from offering financial services across borders because products are designed in accordance with local legal requirements, or because the imposition of differing requirements under other jurisdictions would give rise to excessive cost or unacceptable legal uncertainty. Firms selling services across borders also, in these circumstances, tend to operate at a competitive disadvantage to local service providers because of the additional cost of adapting their products and services to different legal conditions” (2001, p. 2).

19. Em sua resposta, o *Eurocommerce* aduz que há uma grande diferença nos efeitos da diversidade de legislações, conforme se trate de uma relação *business to business* ou uma *business to consumer*, pois enquanto na primeira há uma margem de flexibilidade na determinação das cláusulas contratuais, na segunda há uma proteção ao consumidor através de normas imperativas, tanto a nível nacional como a nível comunitário (*Position Paper*, na Internet, in [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.5.8\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.5.8_en.pdf)). Neste mesmo sentido, ver a resposta da *Barclays PLC*, 2001, bem como a resposta do *Zurich Financial Services (UKISA) Ltd*, onde afirma que “One possible solution to this, however, might be for mandatory requirements laid down for consumer contracts while allowing free choice in commercial contracts. This would balance the need for a different status of sophisticated corporate transactions against protection for less sophisticated consumers” (2001).

20. A *UEAPME (Union Europeenne de L'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises)* afirma, contudo, que “the differences in contract law among the different Member states do not constitute a significant problem for cross-border transactions”, para tanto argumenta que “SMEs usually target a concrete foreign market and try to adapt to it, without aiming to develop an EU-wide strategy. In this context, they need of course some information on the relevant market, sector and national legislation, which has a cost, but this should not be overestimated” (2001).

Para as organizações de consumidores, a diversidade das legislações nacionais em matéria de contratos gera grandes incertezas nos consumidores, que não dispõem de informações suficientes acerca da legislação aplicável<sup>21</sup>. Além disso, a diversidade aumenta os custos e desencoraja as transações transfronteiras. O difícil acesso aos mecanismos de solução de litígios também foi ressaltado numa das reações.

Quanto aos profissionais do direito, os britânicos não vêm na falta de harmonização do direito dos contratos um obstáculo ao desenvolvimento de um mercado financeiro integrado. As barreiras lingüísticas, as diferenças culturais, a distância, os hábitos e as atitudes judiciais foram considerados fatores mais significativos do que a diversidade de direitos<sup>22</sup>. Entretanto, alguns deles admitem a condição diferenciada dos PME e dos consumidores, que são mais vulneráveis à situação.

Para a maior parte das respostas dos profissionais do Direito, as dificuldades encontradas são resultantes: da falta de conhecimento geral do outro sistema jurídico, incluindo as regras para solução de litígios; da confusão sobre quem tinha autoridade para assinar um dado documento; da diversidade das disposições imperativas; da necessidade de autenticação notarial; das disposições relativas à forma; da cláusula de reserva de propriedade; das disposições relativas à novação da obrigação por substituição do devedor; e das indenizações e garantias (Comissão..., 2002b, p. 9).

Uma parte dos acadêmicos que abordaram a questão das implicações para o mercado interno entende que, em regra geral, a multiplicidade de direitos nacionais não levanta problemas, mas o direito internacional privado é considerado uma solução inadequada ou incompleta. Entre os domínios apontados como problemáticos por uma outra parte estão o seguro de automóveis e o seguro dos transportes de cabotagem, a cláusula de reserva de propriedade e outras garantias reais, o *factoring*, as cláusulas gerais, a venda fora de estabelecimentos comerciais e as transferências de capitais entre bancos.

Alguns pronunciamentos fizeram referência a “problemas relacionados com regras mais gerais do direito dos contratos, como as que regem a formação e a cessão dos contratos, tendo sido manifestada especial preocupação quanto aos recursos em caso de violação do contrato” (Comissão..., 2002b, p. 9).

21. Segundo o Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), “Very often consumers just simply do not take the risk of engaging in a cross-border transaction, because they know of the differences in the legal regimes and the uncertainties implied” (2001). No mesmo sentido, *Consumers' Association*, 2001.

22. Ver a resposta do *General Bar Council of England and Wales*, 2001.

O Sumário da Comissão aduz que “os acadêmicos apontam a existência de problemas que dificultam ou impedem as transações e aumentam os seus custos, distorcem a concorrência e reduzem a segurança jurídica. Estes problemas podem afetar todas as fases das operações: planificação, negociação e celebração dos contratos, cumprimento das obrigações e resolução de litígios. As PME e os consumidores são os mais vulneráveis a estes problemas. Uma contribuição sugere que os problemas decorrem mais da multiplicidade formal das legislações, que obriga a estudar a legislação estrangeira, do que das diferenças substantivas entre as mesmas” (Comissão... 2002b, p. 10)<sup>23</sup>.

No que se refere à **aplicação uniforme do direito comunitário**, as reações dos governos são convergentes no sentido de que o fato de as normas comunitárias se encontrarem frequentemente dispersas por diversos instrumentos dificulta a sua interpretação e aplicação e confirma a ambigüidade dos instrumentos e dos conceitos comunitários<sup>24</sup>. Além disso, foram apontadas as interpretações divergentes e disparidades no direito comunitário e nas medidas nacionais de aplicação das normas comunitárias e houve críticas à falta de coerência do acervo, como por exemplo, as regras em matéria de obrigações de informação e de direitos de rescisão, nas directivas relativas ao direito dos contratos de consumo<sup>25</sup>. O Governo do Reino Unido, entretanto, não observou quaisquer contradições no direito comunitário, afirmando que os problemas dessa natureza deverão continuar a ser solucionados numa base casuística<sup>26</sup>.

As empresas, as organizações de consumidores e os profissionais do direito, de uma maneira geral, responderam assinalando que “os bem conhecidos proble-

23. Ver, sobre esta parte, em particular, LANDO e VON BAR (coord.), 2001.

24. Segundo o Governo Português, “uma abordagem casuística não é suficiente sendo aconselhável promover uma acção comunitária que facilite as trocas comerciais transfronteiriças”. Entretanto, “uma das maiores dificuldades que hoje o Direito Comunitário representa prende-se com a pulverização de normas sobre os mesmos temas que dificultam o trabalho do intérprete e aplicador do Direito seja ao nível do conhecimento de todas essas normas seja ao nível da compatibilização dessas normas entre si havendo por vezes casos de incoerências e de uso de expressões e conceitos diferentes para retratar situações aparentemente semelhantes. Outra das dificuldades prende-se com a utilização de conceitos que não têm o mesmo significado nos ordenamentos jurídicos dos diversos países” (2001, p. 2-3).

25. Em sua resposta, a *Barclays PLC* afirma que “There are two issues: A) conflicts between difference pieces of EU legislation; B) differences in interpretation of the same piece of legislation as between Member States. There are examples of both within the current approach. However a harmonised contract law scheme may not be either the best way to solve these problems or a solution at all.

a) Conflicts between existing pieces of legislation could be as easily solved by the adoption of more precise drafting of legislation, to either avoid conflicts or to amend the prior piece of legislation;

b) So long as transportation is required there are possibilities for Member States to interpret Directives differently and even if all Directives could be transposed in the same way existing legal systems can interpret them in different ways” (2001, p. 4).

26. Ver Resposta do *United Kingdom Government*.

mas decorrentes da incoerência entre directivas são agravados pelas medidas de transposição adotadas pelos Estados-Membros, por diferentes aplicações e interpretações do direito comunitário, incluindo a sua aplicação às novas tecnologias, devido, especialmente à sobreposição entre o direito comunitário e os diferentes direitos nacionais<sup>27</sup>. Além disso, consideraram “que a abordagem atual – que consiste em regular apenas alguns aspectos específicos do direito dos contratos – gera uma certa falta de transparência e de coerência. Este último aspecto inclui, por exemplo, as discrepâncias no que respeita ao reconhecimento de princípios gerais, como, por exemplo, o princípio da boa fé. Entre os problemas, podem citar-se a ausência de definição do termo ‘contrato’ e os diferentes períodos previstos para a rescisão de contratos. Há ainda o problema da aplicação e interpretação pouco uniformes das directivas pelos Estados-Membros” (Comissão..., 2002b, p. 11)<sup>28</sup>.

Os académicos criticaram a qualidade da legislação comunitária, especialmente quanto às directivas, por apresentarem incoerências quanto à definição de termos específicos, ao teor das definições dos conceitos em causa ou aos períodos de reflexão previstos. Foi apontada como uma possível causa a inexistência de um vocabulário comum de direito civil. Muitos dos comentários abordaram os problemas com as transposições das directivas em legislação nacional. Também foi colocada a hipótese de a abordagem vertical do direito comunitário temático ter gerado distorções nas ordens jurídicas nacionais e de as directivas não estarem devidamente coordenadas entre si.

### 1.3.2. Segunda Parte

A grande maioria dos governos que emitiu um parecer sobre a matéria manifestou-se contrária à **Opção I (a não-ação a nível comunitário)**, ou por considerá-la incompatível com o bom funcionamento do mercado interno, ou

27. Na opinião do *Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino*, “L’uso di termini astratti nella legislazione comunitaria, tuttavia, può causare problemi di attuazione ed applicazione non uniforme delle norme comunitarie e delle misure nazionali” (2001, p. 1).

28. De acordo com a resposta da *Federation of European Direct Selling Associations (FEDSA)*, a Directiva 85/577/CEE não induz uma harmonização suficiente e apresenta disparidades com a Directiva 97/7/CE (2001). Segundo o *BEUC*, supra, “The e-commerce directive imposed the country of origin principle for services in its field of application. Consumer organisations have strongly argued against such a radical over-all approach, which would lead to a reduction of consumer protection in the member states. However, many derogations from this principle have finally been included in this directive, most important in this context for us is the exception for obligations in consumer contracts. However, the discussions and lobbying efforts surrounding the legislative procedure of the adoption of the e-commerce directive have clearly show, where the wind blows and how some ‘players’ would like to see the Internal market carried out. A simplistic over-all application of the country of origin principle and the principle of mutual recognition, is not at all an acceptable option to consumer organisations”. (2001, p. 3).

alertando para o perigo de uma maior fragmentação do direito dos contratos, ou ainda ao assinalar que os operadores necessitam de clareza e transparência<sup>29</sup>. Contudo, “o Governo britânico considera que o mercado dispõe de margem suficiente para desenvolver soluções para potenciais problemas<sup>30</sup>. A Comissão para os Bancos e Instituições Financeiras belga refere um exemplo em que a auto-regulação foi eficaz (informação pré-contratual sobre crédito hipotecário) e manifesta-se favorável, em primeiro lugar, ao apoio da Comissão à auto-regulação e, só no caso de esta não funcionar, à intervenção legislativa da UE” (Comissão..., 2002b, p. 12).

Entre as respostas das empresas houve uma certa divergência quanto à aplicabilidade da Opção I, ora rejeitando, ora aplaudindo a possibilidade, com prevalência da segunda posição, sob argumento de que o mercado se deveria auto-regular e que a indústria alcançou um elevado grau de auto-regulação<sup>31</sup>. Da mesma forma, uma outra considera que as forças de mercado conferirão aos países um incentivo poderoso para que estes se certifiquem de que o seu direito nacional é adequado às necessidades do comércio internacional, ao passo que uma intervenção comunitária no domínio do direito dos contratos exigiria custos de adaptação injustificáveis.

Apenas uma organização de consumidores foi favorável à Opção I, as demais defenderam que a legislação proteja a parte mais fraca. A opinião é semelhante à da grande maioria dos profissionais do direito, que apontou para o risco de prevalecer a ordem jurídica do país da parte contratante que dispõe de maiores recursos econômicos se a harmonização do direito europeu dos contratos depender unicamente da resposta dos mercados. Já a *Law Society of England and Wales* (2001) afirmou considerar preferível que não sejam tomadas quaisquer medidas relativamente a alguns tipos de transações<sup>32</sup>.

29. Neste sentido, a resposta do *European Free Trade Association (EFTA)*, 2001.

30. “The UK Government sees considerable scope for the market to develop solutions to the potential problems discussed in paragraphs 29-32 of the Communication” (*United Kingdom Government*, 2001, p. 3).

31. A *Barclays PLC* faz ressalva, entretanto, quanto às diferentes situações entre as relações *business to business* e as *business to consumer*, pois nestas não seria indicada a Opção I (2001, p. 6). A *UEAPME* é contraditória ao afirmar que nas relações *business to business* o princípio da liberdade contratual deve ser totalmente respeitado, mas a seguir volta atrás, salientando que “it is obvious that there are certain limits to the principle of contractual freedom, especially to prevent the strongest party to impose unfair and extremely disadvantageous conditions to the weakest part” (2001, p. 2).

32. No mesmo sentido, *The Commercial Bar Association (COMBAR)*, concordou que “the effectiveness of the market in responding to different social values and public opinion should not be underestimated. In the financial field, the market has successfully adopted contractual standards which go some way to alleviating the effect of differences in rules in different systems” (2001, p. 2). Contudo, ponderou que “the debate has reached the stage that it would not be desirable to leave the future of contractual developments in Europe to the market alone” (2001, p. 3).

Para a grande maioria dos acadêmicos que expressaram a opinião de que a experiência demonstra a inadequação da abordagem da Opção I. “O Grupo de Pavia afirma que as práticas comerciais têm um caráter demasiado fragmentado para satisfazer as exigências do mercado interno” (Comissão..., 2002b, p. 13).

O direito internacional privado foi considerado uma solução inadequada ou incompleta, embora esta opinião possua diferentes gradações. O Grupo de Estudo do Código Civil Europeu e a Comissão Lando afirmaram que o direito internacional privado não constitui solução, nomeadamente para os contratos celebrados inadvertidamente. As contribuições referem que os conflitos de interesses entre os profissionais e os seus clientes e a ausência de informações precisas, exaustivas e de acesso livre não permitem que o mercado solucione, por si só, os problemas atuais.

*A Society of Public Teachers of Law of the United Kingdom and Ireland* é a única entidade académica a apoiar fortemente a Opção I, nomeadamente no contexto dos contratos comerciais. No entanto, é enunciada a possibilidade de processos concorrenciais dinâmicos produzirem uma harmonização voluntária, o que é mais provável verificar-se num quadro de legislação mais facilitativa do que intervencionista.

Os governos apoiaram a **Opção II (promover o desenvolvimento de princípios comuns de direito dos contratos conducentes a uma maior convergência das legislações nacionais)**, mas uma parte o considerou insuficiente, devendo ser associada ou à Opção III ou à Opção IV<sup>33</sup>. A União Europeia poderia coordenar o trabalho académico ou patrocinar e assistir às iniciativas privadas neste sentido. Enquanto alguns se pronunciaram como favoráveis ao uso da Opção II como orientação para a legislação comunitária<sup>34</sup>, outros defenderam que a Comissão poderia tomar iniciativa em relação a setores em que a necessidade é clara. Também foi referida a possibilidade de criação de contratos-tipo que observem os interesses da parte mais fraca no contrato e da adoção de princípios comuns não vinculativos.

As empresas são, em geral, favoráveis à promoção de princípios europeus uniformes em matéria de direito dos contratos, como forma de reforçar a integração europeia. Algumas sugerem que deverá ser conferida prioridade à simplificação das legislações nacionais e comunitária e à revogação da regulamentação desnecessária. Os princípios e orientações gerais poderão servir como modelos

33. Ver resposta do Governo Português, supra.

34. Entre eles, o *EFTA*, supra.

para contratos<sup>35</sup>. O carácter facultativo da sua aplicação conduziria a uma melhor aceitação, a exemplo do que aconteceu com a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

Outro setor das empresas foi favorável à elaboração de uma legislação flexível e à melhoria da qualidade da legislação comunitária em vigor, desde que a nova legislação passe a contemplar requisitos máximos e abandone os requisitos mínimos, que permitem aos Estados-Membros ser mais rigorosos do que o previsto na legislação comunitária<sup>36</sup>. Foi ainda suscitado o aprofundamento da investigação relativa à definição de princípios comuns, tendo sido sugerida a criação de um código de princípios provisório. De um modo geral, as contribuições dos **meios de comunicação social** são contrárias à Opção II<sup>37</sup>.

Já as organizações de consumidores consideraram que “a definição de orientações facultativas não é suficiente e que poderá não dar resposta às preocupações dos consumidores, uma vez que o direito dos consumidores é um direito regulador<sup>38</sup>. Por conseguinte, é pertinente questionar a utilidade de orientações facultativas. Duas contribuições propõem a definição de princípios comuns de direito dos consumidores, que poderiam mais tarde, no âmbito da Opção IV, transformar-se em regras vinculativas de direito comunitário” (Comissão..., 2002b, p. 14-5)<sup>39</sup>.

Para os profissionais do direito, a realização de estudos comparativos no âmbito do direito dos contratos é condição prévia a qualquer iniciativa e consideraram que a Opção II poderá melhorar o funcionamento do mercado interno. Uma parte considerou que uma “harmonização flexível” através do fomento da definição de princípios comuns que funcionariam como orientações para os legisladores e os tribunais, no respeito das tradições das diversas ordens jurídicas, poderia, com o tempo, dar origem a uma “legislação-tipo”. Por outro lado, outros afirmaram que instrumentos não vinculativos, como os princípios comuns e os contratos-tipo, poderiam vir a ter um interesse meramente académico. Além

35. Segundo o *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)* “general principles, guidelines or particular codes of conduct could serve as models for the operating of contracts in business life” (2001, p. 2).

36. Ver a este respeito a questão da harmonização de mínimos promovida pelas directivas comunitárias, *infra*.

37. A *Pyramide Europe*, entretanto, afirmou em sua resposta que “future EC initiatives in contract law should promote the development and understanding of common principles with the aim of achieving a convergence of national laws” (2001, p. 2).

38. O *European Consumer Law Group (ECLG)* concorda com a elaboração de princípios de direito dos contratos, mas ressalva que tal iniciativa “might fully take into consideration the regulatory character of consumer law in Europe meant to provide protection to the weaker party in contractual relations” (2001).

39. Neste sentido, “ECLG strongly welcomes the ongoing work on common principles, which might pave the way for any future long-term solution on contract law in Europe” (ECLG, 2001, p.5).

disso, foi criticada a hipótese de se fazer uma harmonização que conduzisse a legislações semelhantes, mas não idênticas.

Entre os acadêmicos a Opção II teve bastante receptividade, sendo forte o apoio ao aprofundamento da investigação, à elaboração de princípios comuns ou um “restatement”<sup>40</sup> e à promoção desses trabalhos pela Comissão. Muitos entendem que a aplicação da Opção II é um passo fundamental em direção à Opção IV. O uso isolado da Opção II foi questionado, não somente em relação a eventuais problemas de transparência, mas também quanto à utilidade prática dos princípios comuns, que poderiam conter demasiadas lacunas. Alguns argumentam que, depois de adotados, os princípios comuns poderão ser utilizados como um recurso para a aproximação das legislações nacionais, tanto pelos legisladores como pelos tribunais, e como um recurso estruturante da legislação europeia.

Também foi ressaltado que os trabalhos no domínio do direito comparado podem constituir uma boa fonte de informações para os operadores do mercado. “Afirma-se que o direito comparado pode facilitar o melhoramento das legislações nacionais, ao permitir confrontar ordens jurídicas e libertar o pensamento jurídico de qualquer dogmatismo”. Neste sentido, houve sugestões para a “promoção de uma cultura jurídica comum, de um currículo comum em direito, de uma bibliografia jurídica comum e de um diálogo jurídico comum, nomeadamente mediante a criação de instituições para o efeito, com um Instituto de Direito Europeu e uma Academia de Direito Europeu” (Comissão..., 2002b, p. 16)<sup>41</sup>.

De um modo geral, as respostas dos governos foram favoráveis à **Opção III (melhorar a qualidade da legislação vigente)**<sup>42</sup>, sendo que alguns a consideraram como um passo em direção à Opção IV. De um modo geral, os governos reclamaram um maior rigor na elaboração da legislação comunitária e uma simplificação dos textos legislativos<sup>43</sup>. Outra questão abordada foi a dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que deixam grande margem à interpretação e têm diferentes significados nos diversos ordenamentos jurídicos<sup>44</sup>. Além disso, foi cobrada uma maior coerência das directivas e a elaboração de mecanismos

40. Sobre o *Restatement* como opção, ver WILHELMSSON (2001).

41. Segundo a resposta do United Kingdom Government, “The UK Government also sees some potential value in comparative legal research aimed at identifying, and disseminating information about, common principles that may already exist between national laws”. Neste sentido, “Identifying common principles might assist national courts to apply foreign law and decide legal issues in cross-border cases. It might also provide a guide to national legislators, but only to the extent of ensuring that new legislation did not reduce existing commonality” (2001, p. 4).

42. Ver o Plano de Ação “simplificar e melhorar o ambiente regulador”, em Comissão, 2002a.

43. Entre eles, o *Danish Government* e o *EFTA*.

44. O *United Kingdom Government* sugere que “where possible, future Directives should define terms that would otherwise be subject to different interpretations in different jurisdictions” (2001, p. 4).

de revisão eficazes que possibilitem as atualizações e ajustes sempre que necessário.

De um modo geral, as empresas apoiaram ao melhoramento, coordenação e sincronização da legislação comunitária sobre contratos em vigor. As divergências ocorreram entre os meios de comunicação social que, ora foram favoráveis a um melhoramento generalizado da legislação que consistiria na eliminação das discrepâncias, ora consideraram que as directivas em vigor deviam ser objeto de uma análise casuística e que os melhoramentos deviam ser introduzidos através de legislação para as diferentes áreas do direito, em vez de se proceder a uma completa harmonização<sup>45</sup>.

Para as organizações de consumidores, a legislação comunitária no domínio da proteção dos consumidores deve ser melhorada, com uma definição uniforme do conceito de “consumidor”. Foi ressaltada ainda a necessidade de reforçar o nível de harmonização, em especial dos deveres de informação, dos recursos e do direito de rescisão em todos os instrumentos comunitários. No mesmo sentido foi a opinião dos profissionais do direito, embora alguns tenham considerado que uma simples revisão não bastará, por exemplo, para tornar desnecessária a aplicação de diversas regras imperativas do direito nacional.

Entre os académicos também é significativo o apoio a uma melhoria na legislação comunitária em vigor, em razão do carácter demasiado vago e confuso da terminologia utilizada, da desatualização e da possibilidade de reforçar a coerência, a transparência e a simplicidade. Outra possibilidade apontada é a de se avançar no sentido de uma sistematização do direito europeu dos contratos, reduzindo as lacunas. Mesmo favoráveis à Opção III, boa parte dos académicos defende que a melhoria da legislação comunitária não irá resolver os problemas de fundo da questão, constituindo numa solução a curto prazo.

Diversas foram as sugestões apresentadas, dentre as quais se destacam: “a revisão de definições e a harmonização do teor das diversas directivas, incluindo os períodos de anulação dos contratos e as conseqüências jurídicas dessa anulação, a transformação de directivas em regulamentos, a elaboração de um Código Europeu do Consumidor que abranja todas as directivas em vigor e, eventualmente, de outros códigos no domínio do direito dos contratos públicos e do direito em matéria de licenciamento da propriedade intelectual, a colmatação das lacunas em matéria de transferência de propriedade e de riscos de consumo, com a elaboração de uma lista negra de que constem as cláusulas contratuais proibidas, a

45. Neste sentido, ver a resposta da *Motion Picture Association (MPA)*, 2001.

extensão do âmbito das regras relativas às cláusulas abusivas de modo a que as mesmas passem a abranger igualmente cláusulas atípicas, bem como a extensão das regras em matéria de bens de consumo aos serviços de consumo, a aplicação de sanções mais rigorosas em caso de incumprimento das obrigações em matéria de informação e uma proteção acrescida dos consumidores em caso de insolvência do fornecedor” (Comissão..., 2002b, p. 18).

No que se refere à **Opção IV (adotar uma nova legislação abrangente a nível comunitário)**, as manifestações dos governos foram bastante divergentes. Os que a apóiam, fazem ressalvas, como a harmonização horizontal em domínios específicos, referindo como exemplo o direito dos contratos de consumo, e combinação de normas imperativas e normas não imperativas e a permissão de opção pela aplicação de uma legislação diferente, ou como necessária adoção prévia da Opção II<sup>46</sup>. Ainda houve posição no sentido de que a Opção IV deveria ser constituída por regras aplicáveis unicamente com o acordo das partes. As normas imperativas só são aceitáveis em casos pontuais<sup>47</sup>. As directivas e as recomendações<sup>48</sup> foram consideradas instrumentos jurídicos inadequados, na medida em que ambas podem gerar disparidades nas legislações nacionais<sup>49</sup>. Alguns consideraram que a União Europeia não dispõe, atualmente, de base jurídica para proceder a Opção IV, em razão da questão da competência<sup>50</sup>.

Entre os contrários à Opção IV, alguns defenderam, entretanto, a adoção de um conjunto de princípios não vinculativos e outros ressaltaram que o direito dos seguros é um potencial candidato à harmonização. Uma parte apontou que a Opção IV é prematura e extremamente difícil de conciliar com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, nomeadamente no que se refere à aplicação automática de regras, que não poderia ser excluída. Assim, mesmo a adoção de modelos estritamente facultativos e alternativos exige uma análise mais aprofundada das deficiências do sistema vigente, sendo necessárias provas muito fortes de que a diversidade das legislações nacionais constitui uma barreira ao bom desenvolvimento do mercado interno que não pode ser ultrapassada de

46. Ver resposta do *BDI*, 2001, p. 4.

47. Ver resposta do *EFTA*, 2001.

48. O *Danish Government*, entretanto, apóia o uso de Recomendações: “If a future analysis can give evidence of actual problems to the development of the internal market, it should first be considered to solve these problems by a so-called ‘soft’ harmonisation, for example in the form of recommendations as stated in para. 65 of the communication” (2001, p. 8).

49. Ver, neste sentido, a resposta do Governo Português.

50. De acordo com o *UK Financial Services Authority*, “even if Community competence in terms of the adverse effect on the internal market can be clearly established, it would in our view be extremely difficult for the Commission to pursue Option IV measures (adopting new comprehensive legislation at Community level) in the face of the principles of subsidiarity and proportionality” (2001, p. 2).

outra forma e de que tal harmonização terá, inquestionavelmente, mais vantagens do que desvantagens<sup>51</sup>.

Grande parte das empresas dos diversos setores rejeita a Opção IV, pois os custos de ajustamento seriam elevados. Além disso, todas as ações da Comunidade terão de ser justificadas e a legislação comunitária terá de ser justificada com base em avaliações do impacto, análises custo-benefício, proporcionalidade e potencial para gerar emprego ou desemprego.

Já as que consideram a Opção IV um bom objetivo a longo prazo<sup>52</sup> fornecem sugestões quanto à abordagem a seguir: um enquadramento legislativo geral, uma directiva ou um código civil contendo, sobretudo, regras não imperativas ou apenas parcialmente imperativas, tendo sido sugerida a possibilidade de um sistema de adesão voluntária. A adoção de uma nova legislação abrangente colhe algum apoio por parte de alguns **setores empresariais**, mas só após terem sido identificados problemas concretos e como solução de autoexclusão opcional, como o a CISG ou o UCC (*United States Uniform Commercial Code*).

Entre as organizações de consumidores, as contribuições divergem no que se refere à necessidade e à justificabilidade da Opção IV. Os opositores alegaram não haver provas bastantes dos efeitos negativos para justificar uma ação da Comunidade – de qualquer modo, não se pode sugerir distorções da concorrência<sup>53</sup>. Os apoiantes querem ver concretizada a Opção IV, mas têm idéias diferentes quanto à melhor variante da opção. Afirmou-se que o direito europeu dos contratos não deve ser introduzido por regulamento, na medida em que os Estados-Membros deverão dispor de espaço de manobra e que o direito europeu dos consumidores deve limitar-se a uma harmonização mínima, dado que se destina, unicamente, a aumentar a confiança dos consumidores, enquanto o direito nacional dos consumidores se destina a proteger a parte mais fraca<sup>54</sup>.

51. Ver, neste sentido, a resposta do *United Kingdom Government*.

52. A *UEAPME (Union Européenne de L'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises)* aduz em sua resposta que “is not completely against launching such an ambitious project in general, but reasonable doubts as to the ability to realise it do exist, at least in the near future. In addition, the application of the principles of subsidiarity and proportionality to this matter has to be carefully considered” (2001, p. 1-2).

53. A *Consumers' Association*, supra, opinou no sentido de que “we are not convinced that there is sufficient evidence of detriment to justify EU action in this area. We do not regard having different contract laws as a significant deterrent to internal market trade. Introducing European contract law could add to the difficulties surrounding interpreting law” (2001, p. 4).

54. A este respeito, ver a resposta do *BEUC*, supra, que aponta: “it is the field where mandatory common rules are needed. Any initiative taken should start by comparing national regulation aiming to find the highest possible standard and should, where necessary, leave Member States with space for manoeuvre. This is why we consider an EC regulation not to be the appropriate measure for this undertaking” (2001, p. 2).

Os profissionais do direito ingleses foram contrários à Opção IV pelo receio de que o estatuto global do direito consuetudinário inglês seja afetado e consideraram que seria, no mínimo, desproporcionada a imposição aos Estados-Membros de um direito europeu dos contratos imperativo. Numa contribuição afirma-se “que uma situação imperativa poderia pôr em risco a atual ‘exportação’ do direito consuetudinário inglês, que assegura a partes contratantes de todo o mundo uma maior segurança jurídica do que os sistemas jurídicos da tradição do direito civil”<sup>55</sup>.

Já os profissionais de outros Estados-membros consideraram que “um código civil europeu uniforme e de alcance geral constituiria a melhor solução para os problemas identificados”. Todavia, não há uma opinião unânime quanto à melhor forma de atingir este objetivo: recomendação, directiva ou – atendendo a que as directivas são, muitas vezes, incorretamente transpostas –, regulamento. Há, no entanto, uma tendência favorável à “adesão voluntária a um conjunto de regras transnacional, que, se os Estados-Membros assim o decidirem, pode ser adotado pelas partes mesmo em contratos de carácter estritamente nacional”. Sugere-se que a unificação da terminologia jurídica deveria constituir “a primeira fase do processo e que deveriam ser tidos em conta os princípios nacionais em matéria de contratos de direito público, direito de propriedade, direito da família e processo civil ligados ao direito dos contratos” (Comissão..., 2002b, p. 21).

A maior parte dos académicos expressou opinião favorável à Opção IV, embora a tenham como um objetivo a realizar a longo prazo. Há, contudo, académicos que manifestaram a sua oposição. Algumas manifestações alegaram que o êxito de um direito europeu dos contratos dependeria da sua qualidade substantiva, que seria avaliada tendo em conta indicadores como o carácter simples, claro, acessível, prático e geral das regras, o fato de estas tomarem em consideração as atuais condições socioeconômicas e de não serem excessivamente abstratas.

Outras contribuições sugeriram a progressividade da aplicação da Opção IV, ou por fases, começando-se, por exemplo, por prever a adesão por opção antes de, numa fase ulterior, se substituir as legislações nacionais. Da mesma forma, houve quem mencionasse a necessidade de um período experimental e quem

55. Ver a resposta do *General Bar Council of England and Wales*, supra, onde afirmou: “both the French and German systems of law give much greater emphasis to the principle of good faith in contractual dealing – promoting justice between the parties at the expense of certainty”. E assim, “the General Bar Council of England and Wales is concerned that the introduction of a mandatory scheme of harmonised European contract law could do serious and irreparable damage to a large sector of the European economy. Considerable volumes of international legal business could be lost to the United States and other third party jurisdictions. In those circumstances, a pressing case of the need for the introduction of a mandatory scheme of European contract law would have to be made out. It is suggested that none is” (2001, p. 5).

recomendasse que alguns Estados-Membros adotassem o direito europeu dos contratos antes de outros. Numa contribuição sugere-se que a opção política de uma codificação paneuropeia deveria ser ensaiada sob a forma de um potencial texto legislativo.

Entre os académicos favoráveis à substituição, a prazo, dos direitos nacionais por um direito europeu dos contratos uniforme ou por um código civil europeu, é apontado por alguns a importância um regime de adesão facultativa, sobretudo às regras não vinculativas ou facilitativas. Outros, entretanto, apresentaram razões em defesa da preservação dos direitos nacionais, como “a convicção de que a codificação europeia conduziria à rigidez ou à estagnação da legislação e de que, a longo prazo, a existência, em paralelo, de um direito europeu e de direitos nacionais dos contratos combinaria as vantagens da regulamentação centralizada e da descentralizada, evitando as respectivas desvantagens” (Comissão..., 2002b, p. 22).

Muitos académicos manifestaram preferência pela utilização de um instrumento diretamente vinculativo, como um regulamento ou um tratado *ad hoc*, em relação a uma directiva ou recomendação, devido ao fato de o bom funcionamento do mercado interno exigir a harmonização não só de princípios gerais, mas também, na realidade, das normas que regem as atividades das empresas e os tribunais. Assim, foi referido que, para pôr termo à insegurança quanto à situação jurídica noutros Estados, seria necessário que as disposições jurídicas fossem idênticas em todos os Estados e que legislar através de directivas só viria complicar e tornar menos eficaz o processo de aconselhamento jurídico e o processo legislativo.

Finalmente, pode-se fazer referência a **outras opções** apresentadas no âmbito das reações à Comunicação, a maioria delas advinda do meio académico. Vale ressaltar que uma parte das respostas suscita que não se justifica a limitação dos trabalhos no domínio do direito civil ao direito dos contratos, pois se o objetivo é facilitar as transações transfronteiras, o direito dos contratos não pode ser considerado isoladamente do direito de propriedade<sup>56</sup> e também se fez referência ao Direito de Família e à necessidade de harmonização dos prazos de prescrição e das regras em matéria de limitação da responsabilidade.

Entre os académicos, foram sugeridos os seguintes instrumentos para a adoção do direito europeu dos contratos: “princípios mais flexíveis do que os da legislação normal, de modo a permanecerem acessíveis, embora com a autoridade de uma fonte jurídica vinculativa; um tratado *ad hoc*; leis-tipo como as utilizadas

56. Ver a respeito *Danish Government* (2001).

nos Estados Unidos. Outras técnicas sugeridas incluem a alteração do direito internacional privado a fim de permitir a adoção de princípios comuns como uma ‘ordem jurídica parcial autônoma’” (Comissão..., 2002b, p. 23).

Uma parte dos acadêmicos defende a adoção de um código civil europeu e outra parte fez referência em suas respostas a diversos ramos do direito que deveriam ser objeto de harmonização. Uma contribuição sugeriu que “a Comunidade não deve intervir em áreas em que tenham sido ratificadas por todos os Estados-Membros convenções internacionais relativas ao direito privado substantivo, como a CMR (Convenção relativa ao Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada) e a COTIF (Convenção relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários)”.

“Entre os apelos a uma maior coordenação internacional, conta-se a sugestão de que a Comissão se deveria aliar a agências das Nações Unidas, como a UNCITRAL e a UNIDROIT e de que os Estados-Membros que não ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias deveriam fazê-lo. Outras sugestões dizem respeito à harmonização do direito do processo civil e ao melhoramento do direito internacional privado” (Comissão..., 2002b, p. 24).

## 2. CRÍTICA À COMUNICAÇÃO

REICH (2001) aponta algumas omissões da Comunicação. Com relação à competência da Comunidade para adotar uma legislação em direito dos contratos, a Comunicação limita-se a fazer referência aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Entretanto, a questão dos princípios só deverá ser mencionada se houver uma base real para uma ação comunitária. Assim, o professor alemão questiona se há base para uma competência geral em direito dos contratos ou se a Comunidade está limitada a algumas áreas onde o direito dos contratos pode ter um impacto específico sobre as políticas comunitárias, como mercado interno, concorrência, proteção do consumidor e política social, ficando com a segunda hipótese. Para ele, a atuação fragmentada da Comunidade em direito dos contratos é estrutural e não pode ser evitada sob o atual sistema de atribuição de competências do art. 5º (1) do TCE.

REICH sugere harmonizar apenas as normas impositivas e não as normas de contratos em geral, se o argumento é haver problemas quanto à diversidade daquelas nos direitos nacionais. Além disso, afirma que a Comunicação pouco menciona e evita discutir a relação entre o direito internacional privado, como previsto na Convenção de Roma de 1980, e a harmonização do direito dos contratos.

No que tange às opções de ação da Comunidade sugeridas pela Comunicação, REICH entende que as três primeiras não são verdadeiramente opções. A primeira, porque a liberdade contratual das partes é que vai decidir o direito aplicável, e a Comunidade só irá “agir” se tiver mandato para isso. A segunda, por sua vez, não cabe à Comunidade decidir, pois a formulação de princípios de direito dos contratos já vem sendo elaborada por acadêmicos e empresários, refletindo o direito já existente. A terceira não seria uma opção, mas sim um requerimento que deveria ser prática diária com qualquer matéria da legislação comunitária. A quarta opção só é considerada opção se houver competência, não estando ainda claro se o material recolhido pela Comunicação será suficiente para estabelecer uma necessidade de harmonização. Só então faria sentido discutir um instrumento adequado, como directivas, regulamentos ou recomendações não obrigatórias.

CÁMARA LAPUENTE critica ainda o que chama de algumas omissões da Comunicação da Comissão, como alguns aspectos do Direito de Propriedade, especialmente quanto à transferência da propriedade, que tem uma ligação próxima com o direito contratual e tem importância no Mercado Interno; os *Trusts*, enquanto uma categoria intermediária entre o Direito dos Contratos e o Direito de Propriedade, ainda encontram disciplina insuficiente e fragmentada no Direito Comunitário; a Responsabilidade Civil ligada a contratos, que poderia ter uma perspectiva mais ambiciosa; a Propaganda, como parte da formação dos contratos, que pode gerar obrigações contratuais (2001, p. 7-8).

### 3. O PLANO DE AÇÃO

Em 12 de fevereiro de 2003, a Comissão das Comunidades Europeias publicou, em decorrência da Comunicação e das respostas suscitadas, um **Plano de Ação, visando uma Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos, COM(2003) 68 final**, onde manteve o caráter consultivo da Comunicação e apresentou as conclusões da Comissão, ou seja, “que não existe necessidade de rejeitar a atual abordagem setorial”, e ainda resume os problemas identificados no processo de consulta, “que dizem respeito à necessidade de uma aplicação uniforme do direito europeu dos contratos e ao bom funcionamento do mercado interno” (Comissão..., 2003a, p. ).

Assim, na Introdução, a Comissão argumenta que o “Plano de Ação procura, em particular, suscitar reações a uma proposta equilibrada de medidas com caráter regulamentar e sem caráter regulamentar isto é, aumentar a coerência do acervo comunitário no domínio do direito dos contratos, promover o estabelecimento de disposições contratuais de acordo com um determinado modelo ao nível comunitário e estudar a oportunidade da aplicação de medidas específicas

não setoriais, tal como um instrumento facultativo, para resolver os problemas que se colocam no domínio do direito europeu dos contratos. A este título, cria uma nova etapa do processo permanente de análise e desenvolvimento no domínio do direito europeu dos contratos” (Comissão..., 2003a, p. 5).

Foi considerado que o Plano de Ação é complementado pelo Livro Verde sobre a transformação da Convenção de Viena de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, num instrumento comunitário e sua modernização (Comissão..., 2003b). Isto porque foi considerado que o papel desempenhado pelas regras de direito internacional privado continua sendo crucial na medida em que determina a aplicação dos instrumentos reguladores dos contratos.

Em relação às conseqüências para o mercado interno da existência de uma diversidade de legislações nacionais sobre contratos, o Plano de Ação oferece uma síntese em três partes.

Em primeiro lugar, a escolha da legislação aplicável nem sempre é comercialmente realista ou desejável, uma vez que “tal não constitui qualquer auxílio à parte contratante que não disponha de um poder de negociação econômico suficiente para impor a sua escolha do direito aplicável nas negociações. Da mesma forma, o pedido de aconselhamento relativo ao direito aplicável não conhecido implica despesas jurídicas consideráveis e riscos comerciais para a parte contratante a que se destina, sem que tal determine uma solução economicamente mais vantajosa” (Comissão..., 2003a, p. 11).

Em segundo lugar, observou-se que “esta situação é ainda mais dissuasiva para os consumidores. Na maior parte dos casos, as respectivas legislações nacionais não são o direito aplicável ao contrato. Tal pode acontecer porque de acordo com as cláusulas de adesão, a legislação do comerciante é escolhida como a legislação aplicável ou porque, de acordo com o artigo 4.º da Convenção de Roma, esta é a legislação objetivamente aplicável. O artigo 5.º da Convenção de Roma não pode ajudar muito o consumidor porque não se aplica no caso de um consumidor ativo que queira aproveitar as vantagens do mercado interno. Dado que os consumidores não conhecem, regra geral, a legislação estrangeira, este consumidor terá uma maior necessidade de aconselhamento jurídico antes da celebração de um contrato transfronteiriço” (Comissão..., 2003a, p. 12).

Finalmente, “a distinção entre disposições vinculativas e não vinculativas pode ser clara em teoria, mas na prática é muito menos evidente. Na realidade, muitos contratos não afastam as disposições supletivas em vigor através da inclusão de cláusulas negociadas no contrato correspondente para resolver um determinado problema e noutros contratos nem sequer é indicado o direito aplicável. Estas lacunas não significam que as partes não tenham pensado no problema em

questão ou que não desejem escolher o respectivo ordenamento jurídico como sendo o direito aplicável ao contrato. As referidas lacunas decorrem antes de um compromisso entre a clareza que poderia resultar da negociação de novas cláusulas para prever estas lacunas, por um lado, e os custos de transação referentes a esta negociação, por outro. Nestes casos, as partes estão muitas vezes conscientes de que é preferível não correr o risco comercial de perder o cliente, ainda que tal implique uma vantagem econômica, e esperam que o problema potencial não se coloque efetivamente. Neste momento, as disposições não vinculativas da legislação aplicável convertem-se *de facto* em ‘vinculativas’” (Comissão..., 2003a, p. 12).

O Plano de Ação não se pronuncia sobre a compatibilidade dos obstáculos assinalados relativamente ao Direito Comunitário, mas afirma que, em determinados casos, o TCE já apresenta base jurídica que permite resolver os problemas identificados. Em outros casos, refere que pode ser necessário aprovar tanto medidas regulamentares como medidas não regulamentares, reafirmando a possibilidade de utilização de meios não legislativos que permitam cumprir os objetivos do Tratado.

Neste passo, o Plano de Ação sugere que as medidas devem ser postas em prática gradualmente, afirmando, por exemplo, que “a promoção de cláusulas contratuais de acordo com um determinado padrão podem ser lançadas dentro de um ano” e “a criação de um quadro comum de referência constitui uma etapa intercalar para melhorar a qualidade do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos”<sup>57</sup>. Esta ação teve início com a investigação realizada no 6º Programa-quadro de Investigação e Desenvolvimento Tecnológico<sup>58</sup>.

O Plano de Ação aponta a necessidade de medidas com vistas à melhoria da qualidade e da coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos, no que recebe apoio de todas as instituições europeias e da sociedade civil. Assim, a Comissão planeja a criação de um **Quadro Comum de Referência**, estabelecendo princípios e uma terminologia comuns em matéria de direito dos contratos. Ele servirá como auxílio às instituições comunitárias para garantir uma maior coerência do acervo atual e futuro e deverá corresponder às necessidades e às expectativas dos operadores econômicos do mercado interno, tornando-o mais dinâmico. Espera-se que futuramente este quadro sirva de critério também para

57. *Idem*, p. 17.

58. *Workshops* sobre o Plano de Ação em Direito Europeu dos Contratos, realizados nos dias 16 e 23 de junho de 2003, no âmbito do 6º Programa-quadro de Investigação e Desenvolvimento Tecnológico, cujos resultados operacionais encontram-se em Comissão..., 2003c.

os poderes legislativos nacionais e até mesmo para países terceiros, contribuindo para atenuar as divergências.

As medidas de melhoria do acervo comunitário vêm no seguimento do Plano de Ação sobre a Melhoria do Ambiente Regulamentar, onde a Comissão já havia afirmado que:

“A simplificação e a melhoria do ambiente regulador visam alcançar, em benefício dos cidadãos, uma melhor adaptação da legislação comunitária aos problemas colocados, ao desafio do alargamento e às realidades técnicas e locais. Ao ser redigida de modo menos complexo, a legislação comunitária será mais fácil de aplicar pelos Estados-Membros e pelos operadores a que se destina e mais legível e acessível para todos. Tal ação, associada a uma melhoria dos procedimentos legislativos e das práticas de caráter institucional, deve permitir poupar tempo e reduzir custos, tanto para as empresas como para as administrações. Não se pretendendo desregulamentar nem limitar a capacidade de ação da Comunidade, o objetivo final consiste em manter uma grande segurança jurídica no território de uma União que será brevemente alargada, permitir um maior dinamismo dos operadores económicos e sociais e contribuir assim para reforçar a credibilidade da ação da Comunidade junto dos seus cidadãos” (Comissão..., 2002a, p. 3).

Para resolver os problemas apontados, o Plano de Ação sugere que é necessário:

“Eliminar as incoerências identificadas no âmbito do direito europeu dos contratos; rever a qualidade da redação; simplificar e clarificar a legislação em vigor; adaptar a legislação em vigor à evolução económica e comercial e de outras matérias, que ainda não estavam previstas no momento da aprovação; preencher as lacunas do direito comunitário que conduziram a problemas na aplicação” (Comissão..., 2003c, p. 23).

O Plano de Ação ainda visa a promover a elaboração de cláusulas-tipo dos contratos aplicáveis em toda a UE, reafirmando a amplitude do princípio da liberdade contratual, mas reconhecendo suas limitações, impostas por determinadas disposições imperativas do direito dos contratos ou por exigências decorrentes de outros ramos do direito. Neste sentido, a adoção de cláusulas-tipo viria a reduzir os custos de negociação do contrato nas transações mais simples e rotineiras.

A formulação destas cláusulas-tipo suscita alguns problemas na prática, pois normalmente são formuladas pela parte que detém maior poder de negociação, sendo impostas à outra parte. Outro problema identificado é que a maioria destas cláusulas-tipo é concebida de acordo com a legislação de um Estado-membro e, por isso, elas podem estar menos adaptadas às transações transfronteiriças.

As cláusulas-tipo elaboradas especificamente para essas transações poderiam ser adotadas inclusive nos contratos celebrados num único Estado-membro.

O Plano de Ação ainda apresenta outras reflexões, aduzindo que “a Comissão irá analisar se a adoção de medidas especiais não relacionadas com um setor específico, tais como a adoção de um instrumento facultativo, poderá ser útil para a resolução dos problemas que se colocam no âmbito do direito europeu dos contratos” (Comissão..., 2003c, p. 26). Tal instrumento estaria disponível em todas as línguas comunitárias e não substituiria os direitos nacionais dos contratos, mas coexistiria com eles, cabendo às partes decidir o direito aplicável – o que garantiria um elevado grau de liberdade contratual. Neste caso, apenas um número limitado de disposições seria de caráter imperativo destinado a manter o equilíbrio da relação contratual.

## CAPÍTULO V

# DISTORÇÕES CAUSADAS PELO USO DAS DIRECTIVAS

**Sumário** • 1. Harmonização de Mínimos – 2. Eficácia Direta Limitada – 3. O Princípio da Interpretação do Direito Nacional Conforme as Directivas – 4. Responsabilidade do Estado – 5. Desenvolvimento Judicial das Directivas – 6. O Papel do TJCE – 7. O TJCE como juiz civil – 8. O Detalhamento das Directivas.

As directivas, como foi visto, são o meio mais utilizado pela autoridade comunitária para intervir nos direitos nacionais com vistas a uma harmonização em áreas que se busca uma política comum na União Europeia. Em matéria de contratos, pode-se dizer que o uso das directivas com a finalidade de aproximação das legislações nacionais tem suscitado diversos problemas, tanto de ordem prática como teórica.

SÁNCHEZ LORENZO identifica algumas interrogações iniciais das directivas como meio de uniformização do Direito dos Contratos (2002, p. 38-40). Inicialmente, pode-se dizer que a directiva não garante uma unificação jurídica, uma vez que não proporciona um conjunto normativo comum. Além disso, o carácter vinculante das directivas não deixa de apresentar um valor relativo pelas insuficiências manifestas dos efeitos dos recursos por incumprimento, de cunho meramente declarativo.

Vale lembrar ainda o inconveniente prático da aplicação das directivas nas relações transfronteiriças. As directivas não costumam prever o seu âmbito de aplicação espacial ou introduzem critérios de aplicação espacial que são transpostos para o Direito nacional com distintos critérios, ora de delimitação unilateral, ora bilateral, ora conflitual, etc. Com efeito, segundo ESTEBAN DE LA ROSA, “el legislador comunitario se ha ocupado, sólo e exclusivamente, de regular la dimensión externa del sistema de ley aplicable espacial del derecho privado europeo, esto es, sólo dice en qué situaciones internacionales ha de ser aplicado el Derecho armonizado” (2003, p. 186)<sup>1</sup>.

---

1. E continúa o autor: “Sin embargo, la definición de esas situaciones no ha tenido lugar, en la mayoría de las ocasiones, de forma clara y precisa, sino haciendo recurso al principio de proximidad, y a la regla flexible de los vínculos más estrechos, aunque con redacciones que no siempre coinciden” (ESTEBAN DE LA ROSA, 2003, p. 186). Ver também a este respeito FALLON e FRANCO, 2000, p. 265 e ss.

ZIMMERMANN aponta para os perigos decorrentes do fato de a legislação comunitária ser reflexo de uma determinada tendência política, visando contribuir para o funcionamento do mercado comum, pois assim nem a unidade sistemática dos ordenamentos, nem os valores fundamentais que os informam são tidos suficientemente em consideração. As instituições de direito privado não se esgotam numa contribuição à criação e manutenção do livre mercado; o direito de sociedades e o direito contratual são muito mais que simples apêndices da livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais. Portanto, afirma o autor que as directivas emanadas de Bruxelas têm reforçado as forças centrífugas que têm caracterizado o desenvolvimento do direito privado nos últimos decênios (2000, p. 31).

## 1. HARMONIZAÇÃO DE MÍNIMOS

O uso das directivas comunitárias como regulamentações que estabelecem um *Standard* mínimo de protecção suscita diversos problemas. Na “harmonização de mínimos” as directivas permitem que os Estados-membros adotem normas mais estritas que o texto comunitário; essa possibilidade resulta implícita na maioria das directivas que visam à protecção de um determinado operador jurídico<sup>2</sup>. Com efeito, esta técnica de regulamentação habilita as diferenças entre os sistemas nacionais, pelo que a “harmonização de mínimos” torna-se uma harmonização débil.

O Comitê Econômico e Social (CES) da Comunidade Européia identificou o problema em parecer, afirmando, na apreciação do Relatório da Comissão sobre a Directiva 93/13/CE, que:

“Apesar do atraso com que alguns Estados-Membros transpuseram a Directiva, pode constatar-se que, a nível europeu:

- a) a forma da sua transposição não conduziu a uma verdadeira harmonização dos diferentes direitos nacionais;
- b) não é idêntica a interpretação que os Estados-Membros fizeram do alcance e da natureza dos preceitos da Directiva;
- c) nem é semelhante, em termos de eficácia, a forma como nos diversos Estados-Membros são aplicadas as normas de transposição.

Mantêm-se, assim, diferenças sensíveis nos níveis de protecção dos consumidores consoante a lei aplicável aos contratos que celebram, potenciadas pelo carácter minimalista da Directiva que permite que certos Estados-Membros instituem regimes de protecção

2. Para uma análise mais concreta da harmonização de mínimos, ver REICH, 1995, p. 295-296.

mais estritos, mas não harmonizados, de protecção dos consumidores, o que não contribui, antes prejudica, a concretização do mercado interno” (Comitê..., 2001).

Desta forma, um primeiro problema que a “harmonização de mínimos” suscita é próprio alcance da faculdade atribuída aos Estados-membros no sentido de introduzir disposições mais estritas ou protetoras. Como em alguns casos os sujeitos passivos da proteção são variados, torna-se necessário um controle caso a caso das legislações nacionais, buscando um equilíbrio que evite a redução do patamar mínimo de proteção previsto na directiva.

Um outro problema que se pode levantar se refere à interpretação das directivas de mínimos. Uma vez estabelecido que os Estados-membros podem optar por disposições mais restritivas, discute-se em que medida os Estados podem separar-se de uma interpretação uniforme da directiva em favor de uma interpretação mais restritiva, e até que ponto chega a competência interpretativa do TJCE<sup>3</sup>.

Com a possibilidade de uma “harmonização de mínimos”, e na dependência da transposição correta pelo Estado-membro do texto para o direito interno, as directivas vêem reduzido o seu papel de harmonização das legislações, mormente se observadas as finalidades de tal harmonização.

De fato, a harmonização das legislações nacionais em Direito dos Contratos não tem outra finalidade senão a redução das distorções causadas pela diversidade de tratamento dos direitos internos dos Estados sobre a matéria, elevando os custos de transação e falseando a concorrência. Uma harmonização de mínimos permite que as distorções permaneçam, na medida em que algumas legislações nacionais serão mais protetoras que outras, i.e., a harmonização se torna débil justamente porque de harmonização restará muito pouco.

Neste sentido, GARCÍA GARNICA afirma que “el problema es que cada vez es más patente que la vía de las Directivas y su finalidad armonizadora a menudo se ve frustrada ante la transformación que las mismas sufren al ser adaptadas a la peculiar idiosincrasia de cada ordenamiento jurídico. De suerte que, bien su finalidad se ve contrarrestada al adoptarla cada ordenamiento conforme a su peculiar lenguaje jurídico y sus propias instituciones jurídicas, o bien crean desa-

3. A possibilidade de adoção de um Direito nacional mais estrito aparece expressamente, em matéria de contratos de consumo, nas seguintes disposições: art. 8º da Directiva 85/577/CEE (crédito ao consumo); art. 8º da Directiva 90/314/CEE (viagens organizadas); art. 8º da Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas); art. 11º da Directiva 94/47/CE (*timesharing*); art. 14 da Directiva 1999/44/CE (venda de bens de consumo).

justes en el sistema jurídico al que se incorporan” (GARCÍA GARNICA, 2003, p. 264.)<sup>4</sup>.

## 2. EFICÁCIA DIRETA LIMITADA

Quando as directivas não são transpostas no prazo previsto ou o são, porém de maneira incorreta ou incompleta, suas disposições podem gerar eficácia direta, sendo invocadas contra qualquer disposição nacional contrária. Para que este efeito se produza, é necessário, por um lado, que se trate de disposições que definam direitos que os particulares possam alegar perante o Estado e, de outro lado, que sejam suficientemente precisas e incondicionais<sup>5</sup>.

Tendo em vista o mencionado detalhamento do texto das directivas em Direito Privado, que em muito as aproxima das características de um regulamento, é fácil compreender que boa parte das disposições em Direito dos Contratos é diretamente aplicável, cumprindo aquelas condições exigidas. Claro está, contudo, que o estado atual da jurisprudência do TJCE só permite que a directiva possua um efeito vertical e num único sentido, i.e., a directiva só é invocável por um particular frente ao Estado<sup>6</sup>. O efeito direto em sentido horizontal da directiva pode ser invocado, por exceção, pelo particular frente ao Estado, quando este atua como um particular<sup>7</sup>.

Em Direito dos Contratos, a eficácia direta exclusivamente contra o Estado tem resultados graves. Com efeito, ao contrário do Direito Público, o Direito Privado se caracteriza precisamente por disciplinar relações entre particulares. Desta forma, afirma SÁNCHEZ LORENZO, “un derecho privado construido sobre la base de directivas que no conceden una acción o posibilidad de invocación entre particulares no merecería ni siquiera la calificación de ‘Derecho’ desde el punto de vista de muchos planteamientos filosófico-jurídicos, pero, sobre todo, pondría en entredicho la defensa del ‘efecto útil’ del Derecho comunitario” (2002, p. 78).

A par de exageros doutrinários, é fundamental a percepção de que as directivas que versam sobre Direito dos Contratos têm enfraquecida a sua coercitividade em razão da vedação do efeito horizontal. Argumentos formais têm justificado

4. No mesmo sentido, MÉNDEZ SERRANO, 2003, p. 281, onde diz “...al margen de discrecionalidad que tienen los Estados en la transposición de las mismas a los ordenamientos internos, lo que desemboca en diferencias que pueden en determinadas situaciones hacer fracasar el objetivo perseguido”.

5. Conforme jurisprudência do TJCE nos Acórdãos *Foster e Ursula Becker*, já referido acima.

6. Não é possível assim, como visto acima, a invocação de uma directiva para despregar efeitos diretos por um particular contra outro (efeitos horizontais), e muito menos por um Estado-membro, que tinha por obrigação a transposição correta do texto para o direito interno, contra um particular.

7. Conforme o já referido *Ac. Marshall*.

a negação de efeitos horizontais às directivas, como os verificados no Acórdão *Marshall*: os particulares não são os destinatários das directivas, mas sim os Estados, que têm conhecimento oficial e são diretamente obrigados<sup>8</sup>.

A distinção de efeitos horizontais e verticais ainda resulta uma discriminação, visto que os direitos derivados de uma directiva poderão ser alegados diretamente por trabalhadores da Administração Pública ou por consumidores de bens fabricados por empresas públicas, mas o mesmo não será possível aos empregados de empresas privadas, bem como aos consumidores quando o vendedor ou o fabricante for um particular ou ente privado. Obviamente tal discriminação é imputável ao Estado, que a poderia ter evitado se tivesse transposto a directiva corretamente e dentro do prazo.

Outros argumentos ainda são lançados por aqueles que defendem a necessidade de conferir efeitos horizontais às directivas. Segundo SÁNCHEZ LORENZO, “hacen referencia a la pérdida de efecto útil del Derecho comunitario en el sector del Derecho privado y a la incongruencia entre las disposiciones del Tratado, directamente aplicables, y las directivas que las desarrollan, carentes de eficacia horizontal” (2002, p.79).

### **3. O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NACIONAL CONFORME AS DIRECTIVAS.**

As directivas obrigam os Estados em todas as suas autoridades, incluindo os órgãos jurisdicionais, que estão obrigados a interpretar o Direito nacional em conformidade com o texto das directivas. Este princípio tem três fundamentos: a primazia do Direito Comunitário, o princípio da confiança comunitária e a obrigação de transposição pelos Estados-membros. A obrigação de interpretação conforme nasce desde o momento em que a directiva tenha sido transposta ou, em sua falta ou defeito, quando conclui o prazo previsto para a transposição ou, excepcionalmente, para a sua entrada em vigor, se o próprio texto prever prazo distinto. Antes da expiração do prazo, os Estados estão somente obrigados a não introduzir em seus ordenamentos internos disposições legais que sejam contrárias aos comandos da directiva.

Entretanto, o princípio de interpretação conforme apresenta conseqüências diversas nas relações horizontais e verticais, i.e., segundo as disposições da directiva em questão sejam susceptíveis de aplicação direta ou não.

---

8. A publicidade das directivas não parece, contudo, um argumento a ser levado em conta. Além de o Tratado de Maastricht já contemplar a obrigatoriedade da publicidade, as directivas sempre foram publicadas no Diário Oficial das Comunidades Europeias, mesmo quando não era exigido, de forma que o argumento não passa de mera formalidade.

No âmbito das relações verticais, a aplicabilidade direta da directiva supõe o afastamento da norma nacional contrária. Assim, o princípio da interpretação conforme trata de garantir a conservação da norma nacional, procurando sua congruência com o Direito Comunitário, mas não existe risco para fazer valer os direitos dos particulares que derivam da directiva.

Já no âmbito das relações horizontais, em que não cabe aplicação direta das disposições da directiva, o princípio da interpretação conforme adquire uma relevância singular para garantir aos particulares os direitos derivados da directiva e, conseqüentemente, garantir o efeito útil da norma comunitária em Direito dos Contratos. Com isso, o princípio obriga o juiz a eleger a interpretação do Direito nacional que otimize ou garanta a eficácia das disposições da directiva.

Neste ponto, a questão que se coloca é quando não for possível uma interpretação do Direito nacional conforme as disposições comunitárias. Nestes casos, a garantia da eficácia e do efeito útil de suas disposições só poderá ser obtida mediante uma interpretação derogatória do direito nacional ou dando prevalência à directiva. Admitindo-se esta possibilidade, será o mesmo que reconhecer o efeito direto horizontal das directivas por via transversa.

Em que pese os efeitos do Acórdão *Marleasing*, já referido acima, em princípio, a interpretação conforme não impõe uma obrigação de resultado a todo caso, mas sim exige a interpretação possível mais conforme à directiva. Vale dizer, ante duas interpretações possíveis, deve-se optar pela que melhor se integre com a letra e a finalidade da directiva. De fato, o princípio da interpretação conforme estabelece assim uma mera obrigação de comportamento e só terá lugar quando for possível pelo próprio direito nacional. Nos casos em que não for possível uma interpretação conforme, o TJCE formulou através de decisões jurisprudenciais o princípio da responsabilidade do Estado<sup>9</sup>.

#### 4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade do Estado por falta de transposição ou por transposição defeituosa completa os efeitos das directivas no âmbito do Direito dos Contratos. Pelo fato de as directivas não fornecerem a possibilidade de efeitos diretos horizontais, foi preciso que a jurisprudência do TJCE criasse uma fórmula capaz de conceder alguma força coercitiva, de modo que a harmonização dos temas de Direito Privado, como os contratos, não ficasse prejudicada. Isso foi feito em três Acórdãos: *Francovich*, *Faccini Dori* e *Brasserie du Pêcheur*.

9. ver Ac. *Faccini Dori*, acima.

A responsabilidade do Estado tem como base os princípios da confiança comunitária e o dever de reparar emana do próprio Direito Comunitário. As condições para a indenização, conforme já visto, são: a) a disposição da directiva deve implicar a atribuição de direitos aos particulares; b) deve existir um nexo de causalidade entre o incumprimento do Estado e o dano sofrido pelos particulares; e c) a violação da obrigação pela autoridade do Estado deve estar suficientemente caracterizada, para o que se levará em conta o grau de precisão da disposição vulnerada, a amplitude da margem de apreciação (da autoridade), o grau de culpa ou um erro de Direito, sua escusabilidade, ou a incidência em erro ou omissão da atitude das próprias instituições comunitárias (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 88).

A obrigação de reparar os danos causados aos particulares não pode ser condicionada a um requisito baseado no conceito de culpa. Da mesma forma, não pode ser a reparação condicionada à exigência de que o TJCE tenha declarado previamente a existência de um incumprimento do Direito Comunitário imputável ao Estado, nem à existência de um ato institucional ou negligência do órgão estatal a que seja imputável. Entende-se, assim, que a inexistência de qualquer medida de transposição caracteriza, em si mesma, uma violação do Direito Comunitário.

Portanto, a parte em uma relação contratual disciplinada por uma directiva que se veja impedida de gozar de um direito nela previsto em razão da não transposição, havendo dano patrimonial, terá como recurso o pedido de indenização pelo Estado descumpridor da obrigação comunitária. Vale dizer, o recurso à responsabilização do Estado serve mais como um paliativo à lesão sofrida pelo particular, que não pode obrigar a parte contrária a cumprir um dever previsto numa directiva não transposta, em razão da inexistência de efeitos horizontais.

Como refere SÁNCHEZ LORENZO, “las acciones de responsabilidad del Estado por incumplimiento de directivas de Derecho privado requiere una acción procesal compleja y costosa, que suele involucrar tanto al TJCE como a las jurisdicciones nacionales. Semejante coste para las relaciones privadas puede, según los casos, proporcionar una compensación en situaciones particulares y concretas, pero no coadyuva a cumplir adecuadamente las funciones que el DPC [Direito Privado Comunitário] debe cumplir en el marco de un mercado integrado” (2002, p. 90).

## 5. DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DAS DIRECTIVAS

A identidade normativa é apenas um ponto de partida em busca da harmonização do Direito dos Contratos. A interpretação uniforme por parte dos tribunais exerce um papel fundamental nesta harmonização na medida em que, por sua

própria natureza, as directivas constituem um tipo legislativo em que abundam conceitos gerais ou abertos: cláusulas abusivas, boa-fé, produto defeituoso, publicidade enganosa, dano, etc. Assim, mesmo nos casos em que tendem a um certo detalhismo, confundindo-se com os regulamentos, as cláusulas gerais são parte essencial do conteúdo das directivas.

Portanto, a interpretação do texto das directivas e, particularmente, o seu desenvolvimento judicial representam pontos fundamentais na harmonização do Direito dos Contratos. E é justamente aí que pode reaparecer o risco dos particularismos culturais. Desta forma, o TJCE terá um papel essencial no desenvolvimento do Direito comunitário<sup>10</sup>, em geral, e das disposições das directivas, em particular, neste último caso fazendo uma ponte entre os Direitos nacionais, que são os finalmente aplicados, com o fim de garantir o efeito útil das directivas e do próprio processo de harmonização.

Em matéria contratual, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados cumprem funções diversas. De um lado, habilitam a especialização das soluções nos casos concretos litigiosos, mas, de outro, são instrumentos para o desenvolvimento judicial através da progressiva concretização<sup>11</sup>. Questiona-se na doutrina a competência do TJCE para promover este desenvolvimento judicial, visto que, em princípio, a concretização é de competência das jurisdições nacionais, de modo que ao TJCE caberia promover uma definição muito abstrata das cláusulas gerais e, em nenhum caso, uma precisão em relação a um caso judicial concreto<sup>12</sup>.

Segundo ROTH<sup>13</sup>, como exceção, o TJCE possui em algumas situações uma competência de concretização do direito e desenvolvimento de disposições gerais

- 
10. Segundo WERRO, “legislation is not the sole source of the europeanization of the private law in the European Community. The European Court of Justice (ECJ) also plays a key role in this process. Since its creation, the ECJ has consistently reinforced European legal integration ... the ECJ functions as an integrating force through its formation of judicial doctrine based on the four fundamental EC freedoms”. Mais especificamente em relação às directivas, o autor afirma que “by providing a uniform interpretation and application of the directives throughout the different countries of the Union, the Court will establish for private law the *sens communautaire* which it was able to impose in other fields of law” (WERRO, 1999, p. 38-9).
  11. Ver a respeito de cláusulas contratuais gerais: RUIZ MUÑOZ, 1994, p. 47-98; SÁ, 2001; NEGREIROS, 1998; MARTINS-COSTA, 2000; MENEZES CORDEIRO, 1989.
  12. Caso contrário, restaria vulnerável o princípio da subsidiariedade em que se ampara o uso das directivas como instrumento de harmonização que trata minimizar os custos da diversidade jurídica. Claro está, contudo, que a competência do TJCE para o desenvolvimento judicial dos regulamentos não suscita maiores dúvidas.
  13. W. H. ROTH. ‘Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung’ em *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Mohr, Tübingen, 1998, citado por KLAUER, 2000, p. 187-210. Ver também, SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 91 e ss.

e conceitos jurídicos indeterminados. Por exemplo, quando se trata de conceitos relativos ao âmbito de aplicação de uma directiva, i.e., toda vez que a fixação do marco da harmonização compete às instituições comunitárias, e não pode ficar ao sabor da interpretação dos Estados. Da mesma forma, por razões de coerência interna do Direito Comunitário, a interpretação dos conceitos gerais corresponde ao TJCE naqueles casos em que existam nas directivas conceitos sinônimos aos utilizados em regulamentos ou no próprio TCE. Ou ainda quando os termos da directiva refletem conseqüências jurídicas decorrentes do Direito Comunitário originário, como jurisprudências desenvolvidas pela Corte na aplicação das quatro liberdades. E, finalmente, nos casos em que a consecução do fim perseguido pela directiva exija uma interpretação comunitária com certo grau de concretização, deve-se reservar a competência ao TJCE. Com efeito, nestes casos a atuação do TJCE será fundamental para conduzir a uma aplicação uniforme da directiva nos diversos direitos internos, sem o que a finalidade harmonizadora restaria profundamente prejudicada.

Outra parte da doutrina, entretanto, defende não haver qualquer razão para restringir a competência do TJCE acerca da interpretação e desenvolvimento judicial das directivas. Para KLAUER (2000, p. 196), as distinções apresentadas por ROTH não são muito práticas ou convincentes e não há evidências de que o TJCE pretenda restringir sua jurisdição nesta direção. Assim, a primeira distinção conduziria a resultados curiosos: enquanto o TJCE teria competência para determinar de maneira uniforme e obrigatória sob que condições uma directiva será aplicável, por outro lado não teria poderes para determinar as conseqüências de tal aplicação, que deverão ser estipuladas pelas cortes nacionais<sup>14</sup>.

Quanto à segunda distinção, que concede ao TJCE competência nos casos de sinônimos entre termos usados nas directivas e termos usados em regulamentos ou no TCE, questiona-se se a jurisdição da Corte comunitária deveria crescer tanto em relação à interpretação dos termos de uma directiva somente em razão da adoção de um regulamento posterior. KLAUER afirma que também não procede e que a jurisprudência do TJCE não tem dado demonstrações de que leva em consideração tais argumentos (2000, p. 197).

14. Assim, segundo a tese de ROTH, o TJCE teria competência para interpretar o que seja 'produto' na Directiva sobre a Responsabilidade por Produtos Defeituosos, mas não teria competência, ou a teria num nível muito limitado, a respeito de outros termos decisivos, tais como 'defeituoso' ou 'segurança esperada'. Deixando tais aspectos para a jurisdição dos Estados-membros estar-se-ia justificando graves distinções na aplicação interna dos termos da directiva quanto ao grau de proteção relativo aos defeitos dos produtos ou à segurança dos consumidores (KLAUER, 2000).

A distinção da atuação da corte comunitária quanto ao direito originário e derivado faz sentido. Quando o TJCE é chamado a se pronunciar sobre os efeitos de uma cláusula geral ou de um conceito indeterminado na estrutura do direito originário – nomeadamente a respeito das quatro liberdades –, o termo jurídico em questão é de direito nacional. Nestes casos a corte comunitária pode exercer sua autorestrição judicial, deixando a interpretação às cortes nacionais<sup>15</sup>. Entretanto, se o termo jurídico é usado num instrumento de direito derivado, seja uma directiva, seja um regulamento, ele se transforma em termo de Direito Comunitário e, sendo assim, sua interpretação recai sobre a jurisdição do TJCE e não requer nenhuma restrição judicial.

No que tange à última distinção, nos casos de reservar a competência ao TJCE para que haja a consecução do fim perseguido pela directiva, em Direito dos Contratos cria uma situação muito complicada. Segundo KLAUER, é propósito de todas as directivas sobre direito do consumidor introduzir uma harmonização mínima. Além disso, é fato que quase todas essas directivas contêm uma cláusula permitindo aos Estados-membros a adoção no direito interno de medidas mais estritas na proteção do consumidor. A questão que surge, então, não é tanto se um certo dispositivo de uma directiva de direito privado faz parte da harmonização mínima pretendida pela directiva. A questão decisiva é como se pode resolver o conflito entre uma compreensão uniforme da directiva e a liberdade do Estado-membro de introduzir (ou manter) um dispositivo nacional mais estrito (2000, p. 198).

Portanto, para KLAUER, é difícil conceber que o TJCE deixaria a interpretação de cláusulas gerais em directivas a cargo das cortes nacionais<sup>16</sup> e assim, em conclusão, parece não existir qualquer razão para restringir a competência da Corte comunitária acerca da interpretação e desenvolvimento judicial das directivas<sup>17</sup>.

Por outro lado, SÁNCHEZ LORENZO afirma que:

“Las Directivas que contienen la posibilidad de un Derecho nacional más estricto atienden esencialmente a la protección de determinados sujetos: consumidores, trabajadores, acreedores, etc.

15. Nada impede, contudo, que o TJCE mantenha para si a competência, se entender tratar-se de questão de Direito Comunitário.

16. *In verbis*, “even with this integrationist perspective in mind, it is, however, difficult to conceive that the Court of Justice would leave the interpretation of general clauses in EC-Directives up to the national courts” (2000, p. 210).

17. *In verbis*, “there is no convincing reason to assume that the use of a general clause or a broad legal term in a private law directive is the result of a conscious choice by the Community legislator to restrict the jurisdiction of the Court of Justice” (2000, p. 198).

Las divergencias nacionales impiden, en ocasiones, reglamentaciones más ambiciosas por lo que, en virtud del principio de subsidiariedad, se opta por una reglamentación de protección mínima uniforme, que puede admitir variaciones sólo en la dirección de optimizar el objetivo tuitivo contemplado. Dentro de este esquema, la finalidad armonizadora cede frente a la finalidad tuitiva, por lo que no sólo es lógico admitir una extensión de la protección a otros supuestos no contemplados en el ámbito de aplicación de una directiva, sino una intensificación de la protección en los supuestos contemplados en la directiva. Ello no impide que el contenido mínimo de los conceptos deba ser interpretado por el TJCE, pero asistimos entonces a una ‘interpretación de mínimos’ que actúa asimismo con estándar mínimo o límite para la interpretación más estricta, esto es, más protectora por parte de las jurisdicciones nacionales. Este es el resultado real al que conduce una interpretación teleológica acerca de las posibilidades de desarrollo judicial de las directivas que prevén estándares mínimos de protección” (2002, p. 98)<sup>18</sup>.

Com efeito, parece assistir razão ao professor espanhol, uma vez que os argumentos de ROTH parecem por demais restritivos da atuação da TJCE, sendo que nem o TCE, nem as directivas em questão fizeram tal previsão. Já o posicionamento de KLAUER é, por outro lado, demasiadamente formal, sobrepondo o ideal harmonizador frente à finalidade mesma da norma comunitária. Assim, a aproximação das legislações torna-se um aspecto secundário diante dos objetivos principais de proteção dos sujeitos vulneráveis das relações jurídicas pretendidos pelas directivas<sup>19</sup>. Cumpre referir, portanto, que esta situação não prejudica a competência do TJCE, que permanece irrestrita nos outros casos onde a directiva não atua como *Standard* mínimo, no desenvolvimento judicial e interpretação dos conceitos contidos nas directivas com incidência no Direito dos Contratos.

## 6. O PAPEL DO TJCE

No item anterior, foi destacada a importância do desenvolvimento judicial das directivas na harmonização do Direito dos Contratos, operando as decisões do TJCE com papel fundamental neste processo (KÖTZ, 1999, p. 38). A atuação da Corte comunitária na interpretação das normas de Direito originário que

18. No mesmo sentido, VAN GERVEN afirma que, após uma decisão em questão preliminar do TJCE sobre uma cláusula geral ou um conceito indeterminado, “national courts will then be required to interpret national laws falling within the scope of the directive (regardless of whether the national rule enters into force before or after the directive) in conformity with the Court’s interpretation” (1995, p. 367-378).

19. Neste mesmo sentido, JOERGES afirma que “the facilitation of trans-frontier contracting is not an end in itself; rather, the objective of harmonisation policy is to bring about a high level of protection for consumers” (1995, p. 176).

afetam direta ou indiretamente o Direito dos contratos ou na integração negativa do Direito contratual – através das normas das liberdades de circulação e das políticas comunitárias – é muito próxima de uma jurisdição constitucional. Com efeito, como afirma VAN GERVEN, quando a interpretação da corte comunitária recai sobre disposições dos Tratados ou de regulamentos é assegurada uma uniformidade de aplicação das normas em toda a Comunidade (1997a, p. 293-308.).

Entretanto, o TJCE também exerce sua competência interpretativa sobre o Direito derivado, que se configura um terreno diferente, variado e complexo para um tribunal não especializado. Questiona-se, assim, se multiplicidade de questões suscitadas no campo contratual pode obter uma interpretação adequada pela Corte comunitária. Além disso, no caso das directivas em matéria de contratos, o TJCE deve ser capaz de fazer ligações entre os sistemas suficientemente sólidos para garantir a harmonização jurídica e o efeito útil das normas comunitárias.

VAN GERVEN assinala que:

“When the interpretation bears on provisions of directives which are only achieving uniformity as to the result pursued by the directive but not in respect of the form and methods to be used by the Member States, the Court’s interpretation will only bring about uniformity in the interpretation of the concepts and principles contained in the directives and, eventually, will be taken over literally in the implementing national legislation. It will not be able to assure uniformity in the interpretation of the implementing rules themselves as those remains within the jurisdiction of the Member States” (1997a, p. 295).

A interpretação literal ou gramatical opera com importância mínima, servindo exclusivamente como ponto de partida. Sendo um sistema jurídico plurilíngüe ou metalingüístico, é aconselhável minimizar ou relativizar da mesma forma a interpretação histórica e, inclusive, a sistemática, priorizando a teleológica. A sistemática, entretanto, garante a coerência e a conciliação dos atos normativos comunitários e avalia a conformidade com o sistema geral e com o grupo normativo de que faz parte a norma em questão. Esta interpretação tem por finalidade definir o âmbito de aplicação, singularmente material, dos atos normativos derivados de Direito dos Contratos ou de suas disposições concretas.

Entretanto, a interpretação teleológica é a chave da interpretação das normas de harmonização do Direito contratual. A primeira incidência da interpretação teleológica tem a ver com o objetivo último da harmonização, que é a integração em um sentido amplo ou, particularmente, as necessidades e o correto funcionamento do mercado interno. Assim, o TJCE deve garantir o “efeito útil” do ato normativo em questão, mas também deve incorporar, como contraponto, a versão “judicial” dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, de forma

que o resultado de seu juízo se submeta ele próprio ao “teste de necessidade” e ao “teste de eficácia” que estão na base dos princípios (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 104)<sup>20</sup>.

Claro está, contudo, que o desenvolvimento judicial das directivas em matéria de contratos não é possível com base somente no objetivo de integração<sup>21</sup>. É também de grande relevância a observância da lógica do Direito contratual, desenvolvendo-o judicialmente não somente sobre princípios integradores, mas também sobre critérios materiais e princípios de segundo nível próprios de um sistema de Direito privado<sup>22</sup>.

No percurso da harmonização, o TJCE deve atuar no âmbito do Direito contratual com um método comparativo, em íntima relação com a interpretação teleológica. Segundo SÁNCHEZ LORENZO, “en la mayoría de los casos, el recurso al Derecho comparado se origina en la necesidad de obtener una definición o una interpretación de un concepto o de una norma que no es dable encontrar en el propio Derecho comunitario. Otras veces, la tarea del Tribunal se dirige a buscar la integración de una laguna del ordenamiento, ‘corrigiendo’ de algún modo la lentitud del legislador comunitario” (2002, p. 107).

Alguns outros elementos compõem a interpretação do Direito contratual pelo TJCE. A corte comunitária não se submete em sentido estrito à regra do *stare decisis*, i.e., não está vinculada por força de precedentes. Isso não impede, contudo, que o TJCE busque consolidar linhas jurisprudenciais para os casos semelhantes, nem tampouco que venha a utilizar como fundamento de suas decisões referências detalhadas a assuntos decididos anteriormente no mesmo sentido. O que ocorre é que o TJCE freqüentemente modifica sua própria jurisprudência, sem que exista uma vinculação jurídica ao precedente susceptível de ser invocado por uma parte interessada.

## 7. O TJCE COMO JUIZ CIVIL

A atuação do TJCE como juiz civil tem sido alvo de críticas de muitos autores, que consideram que a corte não sendo especializada teria muitas dificuldades para garantir uma interpretação uniforme e adequada do acervo normativo

20. No mesmo sentido de que a interpretação teleológica, baseada na teoria do efeito útil e nos propósitos de regulação, deve ser preferida em relação a outras como a literal ou a histórica, ver REICH, 1995, p. 292.

21. SÁNCHEZ LORENZO refere-se a um «formalismo integracionista» da jurisprudência do TJCE, onde as decisões aparecem justificadas de forma exclusiva na lógica da integração (2002, p. 104).

22. VAN GERVEN complementa, afirmando que “not only concepts of substantive law used in directives may, and most certainly will, give rise to uniform interpretation by the Court, and consequently to uniform interpretation of domestic law by the national courts. Perhaps even more importantly concepts of judicial protection will need, and already have received, such uniform interpretation” (1995, p. 375).

comunitário em matéria de Direito Privado. Assim, além dos limites que derivam do próprio caráter dos procedimentos judiciais, o papel do TJCE encontra-se muito limitado, deixando na prática o desenvolvimento judicial das normas comunitárias em Direito privado para as jurisdições nacionais.

Também se deve ressaltar a inexistência de meios jurídicos para a Corte comunitária poder interpretar normas de Direito privado prescindindo dos Direitos nacionais, incluindo a indução de princípios gerais. Resta a necessidade de recorrer a um método comparado, extremamente sofisticado no âmbito do Direito dos Contratos, por exemplo, o que permite levantar dúvidas quanto à capacidade real do TJCE para resolver satisfatoriamente uma problemática tão variada.

A partir do estudo dos mecanismos de interpretação aplicados pelo TJCE em matéria de contratos não é possível identificar com clareza um método; ao contrário, os diferentes critérios de interpretação variam segundo sua utilidade para resolver o caso concreto, de modo tal que a previsão das decisões resulta improvável<sup>23</sup>. A isto se adiciona a ausência ou pobreza de fundamentos fáticos e jurídicos que provocam um risco de não-aceitação das decisões do Tribunal (SÁNCHEZ LORENZO, 2002, p. 110).

No que tange aos princípios aplicados pelo TJCE em suas decisões (proporcionalidade, expectativas legítimas, previsibilidade ou segurança jurídica, legalidade dos atos administrativos, tutela judicial efetiva, igualdade de tratamento, etc.), são princípios gerais de Direito comunitário extensíveis ao Direito contratual – são considerados princípios de primeiro nível, equiparáveis aos princípios constitucionais do Direito interno dos Estados-membros. O que se questiona, entretanto, é a quase ausência de princípios de segundo nível, que são aqueles mais necessários em setores específicos do Direito privado, como o Direito contratual.

De acordo com VAN GERVEN, os registros da jurisprudência do TJCE fazem referência a princípios contratuais. Pode-se assim encontrar o dever de cooperação, princípios de segurança jurídica e de expectativas legítimas, conceitos de força maior, legítima defesa e razoabilidade, dever de informação e transparência em matéria de contratos celebrados com consumidores, boa-fé nos contratos, etc. Entretanto, ao recorrer aos julgamentos relevantes, observa-se que esses princípios estão relacionados com obrigações internacionais da Comunidade, ou com obrigações institucionais entre Estados-membros ou instituições comunitárias, ou

---

23. CHAMBOREDON faz referência à necessidade de uma instituição judicial comum, com juizes capazes de inscrever suas interpretações num sistema legal genuíno. A falta de um tal sistema concomitante ao encorajamento das normas gerais abertas induz a regras vagas de interpretação, não organizadas dentro de um sistema baseado em uma hierarquia de normas e em uma autoridade judicial centralizada, criando a possibilidade de um “anarchic judge” (CHAMBOREDON, 2000).

com princípios de direito administrativo aplicável às negociações das instituições comunitárias com particulares (empresas ou indivíduos) (1997a, p. 302).

Vale dizer, aqueles princípios comunitários que surgem com relevância para o Direito contratual são afirmados de forma geral, vinculados a direitos fundamentais, institucionais ou constitucionais e pouco conectados com uma questão contratual específica, ou não são propriamente produtos de pronunciamento judicial do Tribunal, mas antes se tratam de questões levantadas por normas de Direito originário ou resultados de especulação da doutrina.

Alguns autores chegam, inclusive, a defender uma maior especialização do TJCE, para haver um melhor tratamento judicial do direito privado, ou mesmo a criação de um tribunal específico para a matéria. Outros, por outro lado, alegam que as jurisdições nacionais devem assumir o Direito Privado Comunitário para que ele se torne eficaz. Ao que parece, faz-se necessário o desenvolvimento de um diálogo mais fluido entre as duas instâncias de modo a permitir uma participação mais efetiva do TJCE, mas também deixando uma autonomia para as jurisdições nacionais se pronunciarem, expressando suas opiniões e construções<sup>24</sup>.

Com relação à atuação dos tribunais nacionais, NIGLIA afirma que o panorama ordena uma duplicidade de regras legítimas para a solução interpretativa das questões ligadas a uma directiva: de um lado está aquela que se pode definir como *regra comunitária*, que procede da conexão da jurisprudência do TJCE com o debate interno da doutrina sobre um instituto específico de direito privado; de outro lado está a *regra privatística*, que reconhece toda a importância das reflexões privatísticas sobre a matéria e resolve no sentido que o sistema permite (NIGLIA, 1998, p. 465). Para NIGLIA, no contexto do processo de concretização da regra comunitária segundo as linhas da correspondente regra privatística, a opção pelo dever interpretativo permitiu à doutrina conjugar a adoção de uma das soluções privatísticas sobre uma questão de fato com a jurisprudência comunitária (1998, p. 478-9)<sup>25</sup>.

## 8. O DETALHAMENTO DAS DIRECTIVAS

No que tange ao seu conteúdo, as directivas têm apresentado uma característica comum em direito dos contratos: o detalhismo. Com isso, não são poucos

24. Segundo WEATHERILL, “there has been much comparative work in advance of the adoption of the Directive. As part of the interpretative process under the Directive that will doubtless continue. I regard that as a creative process. Law in Europe, whether legislative or judicial origin, should develop through dialogue between national systems and Community system, and perhaps indirectly, between different national systems” (WEATHERILL, 1995, p. 307-328).

25. NIGLIA ainda refere que a doutrina é passível de críticas porque encena argumentos de caráter comunitário que conduzem ao esquecimento da problemática trazida pela questão privatística (1997, p. 478-9).

os autores que criticam a utilização da directiva desta maneira, que se aproxima mais do conteúdo de um regulamento. Entretanto, outros autores oferecem argumentos favoráveis a este tipo de operacionalização das directivas, tendo em conta as necessidades de uma maior precisão nos dispositivos legais em direitos dos contratos, especialmente quanto àquelas questões imperativas, onde a autonomia da vontade das partes deve ser limitada.

ALONSO GARCIA divide os argumentos justificadores do detalhamento das directivas em intrínsecos e extrínsecos. Intrinsecamente, aduz o autor que embora seja possível distinguir o resultado que se pretende alcançar dos meios e formas necessários para alcançá-lo, tal distinção apresenta maiores dificuldades no momento de entrar no terreno prático. Além disso, a complexidade técnica da matéria regulada torna necessário recorrer a disposições que dificilmente podem escapar do detalhismo. Por fim, à medida que maior discussão gera a redação de um texto, seja por necessidade de aprofundar a matéria, seja pelo próprio mecanismo de sua adoção, maior detalhe irá apresentar o produto final (1989, p. 86 e ss.).

Extrínsecamente, é um fato facilmente constatável que os Estados-membros tem-se mostrado bastante negligentes na hora de desenvolver a nível interno as directivas. Isto gera uma desconfiança das instituições comunitárias sobre o grau de cumprimento por parte dos Estados, desconfiança que se estende aos próprios Estados entre si.

Por outro lado, a questão de fundo do detalhamento excessivo das directivas está na atribuição de competências às instituições comunitárias, cuja delimitação teria não só um carácter material, com relação a setores específicos nos quais as instituições comunitárias estão autorizadas para exercer sua própria atividade, mas também um carácter formal, com relação à modalidade técnico-jurídica em base da qual deve exercer-se tal atividade.

Por sua natureza, a directiva trata de estabelecer os objetivos cuja consecução é necessária para garantir o correto funcionamento do mercado interior, e ao deixar uma margem de liberdade aos Estados-membros para articular a resposta normativa adequada a tal objetivo, produz um menor dano aos sistemas jurídicos nacionais, que podem tentar manter sua coerência interna, optando pela forma de transposição mais adequada.

Em contrapartida, os regulamentos produzem uma incorporação direta nos ordenamentos nacionais, não só da forma legal e, sobretudo, dos conteúdos normativos em seu estado puro e detalhado, produzindo, em certas ocasiões, distorções severas na coerência e na própria lógica do Direito Privado nacional.

Em certa medida, caberia afirmar que o regulamento, como mecanismo de harmonização do Direito Privado, não se compadece com as exigências do princípio da proporcionalidade do art. 5º TCE na mesma medida que a directiva. Isso é assim, sobretudo, porque a harmonização do Direito Privado não constitui, em si mesma, o objeto de nenhuma competência ou ação comunitária específica, senão um meio ou instrumento ocasional para garantir a consecução das liberdades e políticas comunitárias que configuram o mercado interno.

Em seu conteúdo ou redação, a directiva deveria apresentar traços muito diferentes de um regulamento. Contudo, tem-se promovido a perversão da fórmula da directiva através de sua paulatina aproximação dos caracteres reais do regulamento. As directivas são baseadas no método de fixar *linhas mestras* ('master rules') para os sistemas jurídicos nacionais. Se o resultado previsto pela directiva for definido em termos de uma certa precisão de noções ou regras de Direito Contratual, uma opção substancial é excluída das autoridades nacionais no ato da transposição (MULLER-GRAFF, 1998, p. 71 e ss.).

Com efeito, a redação detalhista dos termos da directiva, com conteúdos próprios de um regulamento, adicionada ao reconhecimento pela jurisprudência do TJCE da eficácia direta das disposições claras, precisas e incondicionais, concede às directivas efeitos muito similares aos de um regulamento.

Desta maneira, e tendo em conta as distintas atribuições que estabelece o TCE na hora de habilitar as instituições para utilizar um ou outro instrumento<sup>26</sup>, grande parte da doutrina está de acordo em assinalar que a elaboração de directivas detalhadas não gera graves problemas naqueles casos em que a instituição comunitária teria liberdade para adotar um regulamento ou uma directiva, já que se subentende uma possível 'requalificação' das disposições de uma directiva como regulamentárias, o que seguiria dentro do marco de atribuições.

O problema reside naqueles casos em que o TCE estabelece especificamente a directiva como instrumento a utilizar, omitindo qualquer referência a outro tipo de ato, ou quando o TCE prevê apenas o regulamento como instrumento possível. Nestes casos, não se poderia utilizar qualquer directiva que, por seu detalhismo, pudesse ser qualificada de regulamento.

Para alguns, o ponto básico de referência seria o razoavelmente necessário na medida em que as instruções detalhadas fossem razoavelmente necessárias, uma directiva poderia limitar o poder das autoridades nacionais na hora de eleger

26. Ver, supra, a respeito da competência das instituições comunitárias para adotar atos unilaterais prevista nos arts. 94º a 96º, TCE.

as formas e os meios, de maneira que a diferença crucial entre uma directiva e uma norma uniforme em tais casos seria que a directiva, em seu conjunto, deixaria liberdade aos Estados-membros para desenvolvê-la da maneira que considerassem mais apropriada (ALONSO GARCÍA, 1989, p. 91).<sup>27</sup>

Sem negar esta tendência, a precisão verificada nos termos das directivas fica circunscrita em muitos casos a determinadas disposições das directivas, que não por isso perdem em seu conjunto seu carácter aproximador e não unificador das normas nacionais. O TJCE confere um respaldo implícito à prática das directivas detalhadas, uma vez que se limita a apoiar que a norma desenvolva toda a eficácia jurídica que reclama seu conteúdo. Se alguma crítica deve ser feita ao detalhismo, esta deve dirigir-se aos autores, i.e., ao Conselho ou à Comissão. Segundo ALONSO GARCÍA, nunca se recorreu ao TJCE para contestar o detalhismo de uma directiva e a limitação conseguinte do poder discricionário dos órgãos internos no ato de transposição (1989, p. 92).

Entretanto, SANCHEZ LORENZO afirma que a introdução do princípio da proporcionalidade pelo Tratado de Amsterdã poderia suscitar tal questionamento, na medida em que “la utilización de una directiva detallada en aquellos supuestos en que únicamente está prevista la utilización de directivas, pero también el recurso a un reglamento cuando cabe adoptar una simple directiva, pueden ser acciones contrarias al principio de proporcionalidad, que impide que ninguna acción de la Comunidad exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado” (2002, 42).

As directivas assim utilizadas acabariam por apresentar os piores inconvenientes de ambos os atos comunitários: falta de flexibilidade em seu desenvolvimento, com a conseqüente quebra da coerência dos sistemas jurídicos nacionais; e a necessidade de transposição aos Direitos nacionais com riscos de diversificação e desvirtuação das finalidades propostas inerentes ao processo de implementação.

Para MATTEI, no que se refere à diferença entre as directivas e os regulamentos, o TJCE não está em condições de aceitar que a distinção formal entre dois tipos de fontes desapareça na prática, e que a escolha entre uma e outra dependa antes da avaliação da oportunidade política ou técnica de redação, à revelia do princípio da subsidiariedade. A necessidade de sustentar uma ação europeia poderia implicar uma redução da discricionariedade dos sistemas nacionais, que teriam que adaptar suas normas ao direito europeu e não vice-versa. Para o

27. Ver ainda SMIT, H. e HERZOG, P. *The Law of European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, v. Nova Iorque, 1988.

autor, o TJCE tem ignorado a estrutura extremamente detalhada da maior parte das directivas (em especial daquelas relativas aos contratos dos consumidores), que esteve no centro da cena de sua casuística precedente. Assim, nos casos *Marshall* e *Faccini Dori* a Corte repetiu que a distinção formal entre a directiva e o regulamento está na diferença entre a relação entre o Estado e o indivíduo e a relação entre indivíduos. Na linha desta distinção, as directivas incidem apenas sobre as relações da primeira categoria, enquanto somente os regulamentos podem garantir verdadeiramente os direitos que presidem às relações do segundo tipo (MATTEI, 1999, p. 637-9)<sup>28</sup>.

---

28. MATTEI ainda aduz que, no que tange aos aspectos formais, entre uma decisão, um regulamento e uma directiva, existe um *continuum* que oferece uma discricionariedade às instituições europeias no que se refere à forma em que se dão as próprias escolhas institucionais. A linguagem do Tratado não é certamente decisiva para guiar tal escolha. A exploração de tal *continuum*, o nível semântico da legislação europeia e a relação entre este poder discricionário e a natureza subsidiária do direito europeu encontram-se dentro do campo de discricionariedade do TJCE.



Parte III  
*Harmonização do Direito  
dos Contratos*



## CAPÍTULO VI

# O DEBATE ACADÊMICO

**Sumário** • 1. Argumentos Contrários à Harmonização: 1.1. *Common Law* x *Civil Law*; 1.2. Outros questionamentos – 2. Argumentos Favoráveis e Propostas de Harmonização: 2.1. Aspectos Econômicos: 2.1.1. Fase de Planejamento; 2.1.2. Fase de Negociação e Conclusão; 2.1.3. Fase de Cumprimento; 2.1.4. Litígio; 2.2. Aspectos Jurídicos: 2.2.1. Regras imperativas vs regras dispositivas; 2.2.2. Diferenças técnico-jurídicas; 2.3. Aspectos Históricos – 3. Propostas de Harmonização: 3.1. O Grupo de Pavia; 3.2. A Comissão Lando; 3.3. O Projeto *Common Core* – 4. Aspectos Políticos: 4.1. Questões de Poder; 4.2. Interesses Nacionais; 4.3. Questões Ideológicas.

### 1. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À HARMONIZAÇÃO

Dentre os argumentos levantados contra a harmonização e a unificação do direito privado e, especificamente, do direito dos contratos na Comunidade Européia, o mais explorado é a diferença entre os sistemas de *Common Law* e de *Civil Law*. Entretanto, existem outros questionamentos acerca das vantagens e das possibilidades de se levar a cabo uma harmonização ou uma uniformização satisfatória.

#### 1.1. *Common Law* x *Civil Law*

Um dos maiores críticos é Pierre Legrand, da Universidade de Tilburg e da Université Pathéon-Sorbonne – Paris I. Os problemas da harmonização em curso e da unificação almejada apontados pelo comparatista franco-canadense estão baseados em dois pontos principais: primeiro, que se se considera que se pode produzir uma convergência de sistemas com base numa progressiva uniformidade das normas, estar-se-á esquecendo que o Direito não se baseia apenas em normas. Segundo, que, tendo em conta que a chave principal para interpretar uma cultura jurídica é conhecer a estrutura cognitiva desta cultura e considerando a distância entre as culturas jurídicas européias, qualquer tentativa de convergência resulta impossível.

Portanto, as bases dos argumentos de Legrand se encontram na comparação entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, que apresentam duas formas distintas de experiência jurídica. A diferença central estaria materializada na natureza do arrazoamento jurídico, já que os juristas do *Common Law* utilizam idéias indutivas e empíricas, enquanto os seus colegas do *Civil Law* têm um discurso mais institucional e teórico. As diferenças, entretanto, se manifestam também de outras formas, como o distinto significado da sistemática, a natureza das regras, o distinto papel dos fatos em cada um dos sistemas e, sobretudo, o

significado dos direitos em relação com as ações. Por tudo isso, Legrand entende não ser possível a realizar a convergência dos sistemas através da uniformização das normas.

Diante disso, Legrand suscita que a idéia de uniformização do direito privado europeu é produto de um duplo fenômeno: primeiro, a conveniência administrativa dos funcionários da Comunidade Européia que têm, com a idéia de universalidade, a preocupação prevalente na unificação sistemática de tudo o que se considera como calculável e controlável. Com isso, uma demonstração do que o autor qualifica como *deficient globalism or incredible cosmopolitanism* seria um Código Civil europeu, ou um Código Europeu dos Contratos, que viria considerado como um dogma de eficiência administrativa, que seria destruído pelos particularismos. A outra face do fenômeno aduzido por Legrand é o medo da insegurança, pelo que ele conclui que não se pode negar que a idéia de um Código Civil europeu é uma idéia política e que busca produzir uma separação entre a função político-legal e a vida social<sup>1</sup>.

ZENO-ZENCOVICH afirma que no núcleo do direito privado, mais especificamente o direito dos contratos, onde os esforços de harmonização e codificação da Comunidade estão mais concentrados, as diferenças entre os sistemas são menos significantes que parecem. As diferenças não estão tanto nas regras, que em nenhum Estado são imutáveis, mas sim nas fontes das regras ou, colocando de forma mais juridicamente realística, no que a comunidade jurídica entende como fonte do direito, como essas regras são expressas, interpretadas e ensinadas<sup>2</sup>.

McKENDRICK, por sua vez, apresenta um trabalho dialético, apontando três situações em que as diferenças entre os sistemas têm relativamente pouca importância, em grande parte em razão da convergência gradual dos sistemas, e outras três situações em que a divergência entre o direito inglês e o direito continental será de difícil elucidação.

No primeiro caso, aponta três doutrinas presentes no direito inglês dos contratos que não são geralmente encontradas nos sistemas de *civil law*: são a *doctrine of consideration*, a *doctrine of privity* e as regras aplicadas pela corte na

1. DíEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES, 2002, p. 108-9, citando LEGRAND, Pierre. "European Legal System are not Converging", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, part I, 1996, p. 52-81, e "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review*, January, 1997, p. 44-63. Também sobre os argumentos de Legrand, ver ZENO-ZENCOVICH, 1998, p. 349-362.
2. Com efeito, enquanto no continente a idéia (falaciosa) de que um 'novo direito' é suficiente para mudar as regras é assentada, no *Common Law* as mudanças são muito mais difíceis, pois não é possível forçar alguém a litigar simplesmente porque existe a necessidade para a criação de um precedente, também não é possível forçar o juiz a escrever uma decisão com termos predefinidos (ZENO-ZENCOVICH, 1998, p. 361).

interpretação de um contrato (McKENDRICK, 2001)<sup>3</sup>. Estas doutrinas, entretanto, têm sido alvo de aproximação entre os sistemas, com os métodos de um interferindo nos desenvolvimentos promovidos no outro e vice-versa.

A *doctrine of consideration* é essencialmente sobre “bargains or reciprocity”. Com a finalidade de tornar obrigatória uma promessa, o promitente deve ter dado alguma coisa de valor em retorno à promessa que ele procurar tornar obrigatória. A dificuldade está em identificar o que o direito entende por “alguma coisa de valor” (*something of value*) e a jurisprudência é que construiu através de anos diversas regras e sub-regras (*rules and sub-rules*) que não são de fácil reconhecimento. A par das diversas razões para a existência de tal doutrina, McKENDRICK afirma que pode ser necessário um evento externo, como um Código Europeu, para persuadir os ingleses a abandonar a *doctrine of consideration* e aponta como evidência disto o fato de o *Contract Code* de McGregor não reservar nenhum espaço para a doutrina, assim como nos princípios do UNIDROIT e nos PECL da Comissão Lando.

Em relação à *doctrine of privity of contract*, o direito inglês demonstra muita indisponibilidade para reconhecer que podem ser atribuídos direitos a terceiros no bojo de um contrato realizado entre duas outras partes. Uma exceção a esta doutrina foi estabelecida pelo Parlamento britânico no *Act 1999 (Rights of Third Parties)*, que criou um direito de ação limitado para terceiros, aproximando, com isso, o direito britânico do sistema do *civil law*, que reconhece a possibilidade de a relação contratual gerar direitos para terceiros<sup>4</sup>.

O terceiro ponto de diferença do direito inglês que vem convergindo com o *civil law* é a interpretação dos contratos pelas cortes. Os juizes ingleses tradicionalmente adotam uma análise mais literal na interpretação da legislação e dos contratos e nisso se afastam muito dos seus colegas do *civil law*. Entretanto, este tipo de análise vem se modificando, se não abandonado mesmo, pelo judiciário inglês nos anos recentes. McKENDRICK cita os juizes Lord Hoffmann e Lord Steyn, que têm dado ênfase à necessidade de adotar uma interpretação construtiva do contrato que, dentro do possível, alcance o propósito comercial que as partes tiveram em mente quando realizaram o contrato (McKENDRICK, 2001, p. 776).

Por outro lado, McKENDRICK também demonstra três outras situações em que a divergência entre o direito inglês e o direito continental não será de fácil

3. Ver também McKENDRICK, 2002; e DE MOOR, 1995.

4. Mesmo assim, o autor britânico aponta que a influência civilística mostrou-se bastante limitada, mas não totalmente ausente, conforme *report* da *Law Commission*, que faz referência aos sistemas legais dos demais Estados-membros da União Européia e, mais especificamente, aos PECL da Comissão Lando (McKENDRICK, 2001, p. 774-5).

solução: a função da boa-fé no direito contratual; o poder dos juizes para adaptar ou ajustar os termos do contrato; e o direito de uma parte de resolver o negócio por uma quebra (*breach*) do contrato pela outra parte.

A boa-fé não é parte corrente do direito contratual inglês. Duas são as razões apontadas: primeiro, os ingleses tendem a não usar princípios gerais<sup>5</sup>; segundo, o escopo da boa-fé é considerado incerto e, ao final é usada pelos juizes para ajustar ou adaptar os contratos, o que, de uma perspectiva inglesa tradicional, não deve ser encorajado. Neste ponto de vista, o que se requer das cortes é que elas façam cumprir o contrato de acordo com seus termos, e assim os negociadores sabem onde estão pisando quando realizam um contrato.

Desta forma, a não ser que sejam compelidos a fazê-lo, os juizes tendem a ser relutantes a aplicar tais princípios abertos sob seu próprio juízo. Agora que a boa-fé foi introduzida no direito contratual inglês via directiva e sua implementação<sup>6</sup>, a questão que surge é se as cortes inglesas irão ou não optar por desenvolvê-la. Ou seja, pergunta-se se as cortes (especialmente a *House of Lords*) irão utilizar as normas das directivas para criar uma doutrina geral da boa-fé e *fair dealing* no direito inglês ou se os juizes vão adotar uma postura mais tradicional e concluir que a boa-fé só poderá ser invocada nos casos que recaem sob o escopo da própria directiva (McKENDRICK, 2001, p. 778).

No que se refere ao poder das cortes para ajustar ou adaptar os contratos quando ocorre um evento posterior à formação do contrato que torna a execução mais difícil ou mais onerosa para uma parte<sup>7</sup>. O direito inglês adota a posição de que as cortes não deveriam ter este poder. Ao invés, as cortes inglesas normalmente sustentam a liberdade de contratar e a sacralização do contrato (*sanctity of contract*), ao obrigá-lo segundo seus termos, salvo se tiver ocorrido um evento particularmente devastador e imprevisível que tenha tornado a execução do contrato impossível, ilegal ou algo radicalmente diferente do convencionado pelas partes. Daí se conclui que as cortes não irão impor às partes um ajuste no contrato em nome da justiça ou de qualquer outro princípio, pois caberá a elas decidir se devem ou não ajustar o convencionado à realidade dos fatos.

Segundo a tradição do direito inglês a função das cortes é garantir o cumprimento do contrato de acordo com seus termos, não tendo poderes para promover

5. "They are generally much happier working from the particular to the particular (sometimes from the particular to the general) than they are when they are asked to work from general to particular" (McKENDRICK, 2001, p. 777).

6. Ver, por exemplo, a Directiva sobre cláusulas abusivas, supra.

7. Este poder está previsto em boa parte das legislações dos Estados-membros, bem como nas propostas de harmonização do Grupo de Pavia, da Comissão Lando e mesmo no âmbito dos princípios do UNIDROIT.

qualquer ajuste ao convencionado pelas partes. Por outro lado, nos sistemas de *civil law*, a função das cortes é muito mais extensa e inclui poderes de ajuste e adaptação. Assim, uma opção tem que ser feita entre estes dois pontos de vista acerca das funções das cortes em direito contratual, pois elas são incompatíveis.

Por fim, McKENDRICK faz referência ao direito de uma parte de terminar a execução do contrato em caso de inadimplemento pela outra parte. O direito inglês concede muita ênfase na importância da resolução como um remédio para a quebra do contrato. Isto contrasta com regimes mais elaborados, como o da Convenção de Viena e de algumas directivas, onde os direitos decorrentes da quebra de contrato são muito mais extensos em relação aos direitos limitados reconhecidos pelo direito inglês<sup>8</sup>.

A diversidade de posições adotadas parece incompatível. O direito inglês opera segundo a filosofia de que quando uma parte encontra um problema que foi causado pela quebra de um contrato cometida pela parte contrária, o direito deve tornar mais fácil para a parte inocente deixar a transação e ficar livre para realizar uma nova negociação como desejar. Por outro lado, no sistema do *Civil Law* é comum ser atribuída uma série de possibilidades à parte lesada, na intenção de promover a reparação dos danos sem a resolução do negócio<sup>9</sup>.

## 1.2. Outros questionamentos

MARKESINIS (1997) levanta uma questão interessante acerca das possibilidades de se promover uma uniformização do direito privado satisfatória, na medida em que a distinção entre direito privado e direito público tem em muito se encurtado nas últimas décadas, não somente nos sistemas de *Common Law*, onde a distinção nunca foi assim tão clara<sup>10</sup>, mas também nos sistemas de *Civil Law*<sup>11</sup>. Com efeito, esta relação é informada na atualidade por uma ideologia muito diferente daquela tradicional de origens no Direito Romano. Não se tra-

8. “As far as English law is concerned, a contracting party may be able to cure his defective performance provided that there is still time for him to render performance in accordance with the terms of the contract. The right to cure does not, however, extend beyond the contract period” (McKENDRICK, 2001, p. 781, nota 35). E ainda, “while English law currently entitles a seller to cure a breach within very narrow limits, it does not currently give to buyers the right to require the seller to repair the goods or to replace them (McKENDRICK, 2001, p. 782).
9. Ver, como exemplo, as possibilidades atribuídas aos consumidores em caso de aquisição de produtos defeituosos, como a redução proporcional do preço, a troca da coisa ou a reparação do defeito verificado, sem ônus para o consumidor.
10. Neste sentido, ALPA afirma que “it is more difficult to identify a notion of private law in the jurisprudence of common law, where the division between private law and public law is not easy and in many cases does not correspond to the division on the Continent” (2000a, p. 324).
11. Vide, a este respeito, o fenômeno tão explorado nas últimas décadas da constitucionalização do Direito Privado. No Brasil, ver TEPEDINO, 2001. Ver sobre o tema o excelente trabalho de ALPA, 1999, p. 3-43.

ta apenas do Direito do Trabalho, paradigmático no sentido desta aproximação entre público e privado, mas também em relação aos direitos dos seguros de saúde, de vida, contra acidentes, direitos da seguridade social e mesmo o direito dos contratos<sup>12</sup> e tantas outras áreas do direito privado que já se encontram permeadas de princípios e regras de direito público, formando um sistema complexo de interpenetração de valores.

BONELL (1997) aposta que o futuro da disciplina do Direito Privado, especialmente quanto às obrigações contratuais, se encontra em instrumentos não obrigatórios (*non-binding instrument*), que tendo em conta seu valor intrínseco, podem provar ser mais eficiente que qualquer codificação por um estatuto. Sendo assim, uma unificação forçada por legislação apresenta limites que não são encontrados num instrumento não obrigatório. A adoção de um código seria, assim, um passo atrás na medida em que se a atual pluralidade cultural existente nos Estados-membros deve ser sacrificada em favor de um direito europeu dos contratos uniforme, o novo direito não deve ser qualquer um, mas o melhor. E as experiências recentes, sobretudo a CISG, demonstram que nem sempre é possível atingir os resultados mais satisfatórios.

CÁMARA LAPUENTE aponta, por sua vez, como argumento contrário à criação de um Código Civil europeu a necessidade de respeitar o pluralismo. Trata-se de um argumento cultural de que a essência da Comunidade está na diversidade (social, lingüística, cultural e legal). Além disso, também existe a questão da preservação da identidade nacional<sup>13</sup>, e os códigos civis teriam aqui um papel fundamental enquanto objeto cultural. Com efeito, um código se sustenta em valores, em idéias políticas e morais que se mostram bastante heterogêneas entre os Estados-membros (2003, p. 71-73)<sup>14</sup>.

Outros argumentos contrários assinalados por CÁMARA LAPUENTE são a petrificação legislativa e as interpretações divergentes que poderiam resultar da adoção de um Código, o que resultaria num retrocesso em tempos de dinamismo jurídico frente às novas realidades. As diversas interpretações (judiciais e doutrinárias) de uma lei comum poderia gerar novas disparidades, justamente como reflexo das distintas culturas jurídicas existentes em cada Estado-membro.

12. Para fazer apenas algumas referências, observe-se os princípios da boa-fé e da função social do contrato, que encontram suas fundações nos princípios da dignidade humana e da função social da propriedade, respectivamente, ambos de índole eminentemente constitucional nos Estados contemporâneos.

13. O próprio TUE prevê no art. 6º, “3. A União respeitará as identidades nacionais dos Estados-membros”.

14. Vale observar que esta heterogeneidade se estende mesmo para dentro dos próprios Estados, como no caso da Espanha, conforme exemplifica CÁMARA LAPUENTE ao se referir à existência de Direitos forais (2003, p. 72).

Por fim, para VAN DEN BERGH, os benefícios da integração do mercado pretendida pela harmonização do direito dos contratos, com a redução dos custos de transação nas relações comerciais transfronteiriças, podem não compensar os custos substanciais de harmonização. Segundo o professor Doutor da Erasmus University Rotterdam, o montante dispendido com a diversidade de direitos nacionais ainda encontra-se escondido em razão da carência de dados. Além disso, a análise ainda é muito parcial, pois negligencia os benefícios da diversidade. “Difference in legal rules allow to satisfy a greater number of preferences and allow for learning processes. The costs caused by the loss of these advantages must be added the administrative costs of harmonization, which may also be substantial” (2001, p. 7).

## 2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO

O entusiasmo em torno do processo de harmonização legislativa em matéria de contratos, conduzindo os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros da União Europeia a uma tendente homogeneização de regras, de modelos, de escolhas, de mentalidades, de culturas, está contagiando uma parte crescente da doutrina, ao ponto que se fala cada vez mais frequentemente, na literatura, nas mesas de debate, nos convênios e congressos, de um iminente, se não já iniciado, processo de “europeização” (ou de “re-europeização”)<sup>15</sup> do direito<sup>16</sup>.

Quando se fala em *europeização* do direito não se refere ao processo de formação de um substrato comum de princípios jurídicos, porque isto já existe há séculos<sup>17</sup>. Refere-se na verdade à construção de um verdadeiro e próprio sistema, unitário e único, com força cogente, seja embasada num *case law* comum, seja

15. Ver neste sentido ZIMMERMANN, 2000, especialmente em “El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea”, p. 19-66.

16. Para esta parte do trabalho serão utilizados diversos artigos retirados de revistas especializadas, como a *European Review of Private Law*, *Europa i Diritto Privato*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, *Common Market Law Review* entre outras tantas, além de artigos retirados da internet, no âmbito da consulta da Comissão, em resposta à Comunicação, já acima referida, bem como em sites como o <http://www.secola.org>, da Society to European Contract Law, entre outros, que serão referidos nos locais específicos. Além disso, alguns trabalhos monográficos, em especial, merecem ser citados como o de JOERGES, Christian. *Rationalization Processes in Contract Law and the Law of Product Safety: Observations on the impact of European Integration on Private Law*. EUI, Florença, 1994, o de ZIMMERMANN, *Estudios...*, o de COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo*, II vol., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, e o de WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, Gulbenkian, Lisboa, 1993. Outras tantas obras coletivas poderiam ser aqui referidas, ficando como exemplo o SINDE MONTEIRO (ed.), Jorge Ferreira. *Um Código Civil para a Europa*. Coimbra Ed., Coimbra, 2002, resultado do Colóquio internacional “Um Código Civil para a Europa”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob coordenação do Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro.

17. Ver ZIMMERMANN, 2000, p. 19-66.

encontrada na própria expressão de um texto ou código, onde sejam selecionados tais princípios comuns para que possam funcionar como ponto de referência para a construção de um direito privado comum europeu.

O problema da unificação do direito se põe naturalmente num contexto mais amplo que o comunitário: numa época em que falar em globalidade da dinâmica econômica é no mínimo banal, a questão não se pode pôr fora de uma escala mundial. Entretanto, na União Européia, a matéria se apresenta com características absolutamente peculiares, que derivam dos objetivos e da inspiração particulares da própria comunidade. Quanto aos objetivos, é necessário recordar que a realização de alguns desses parece ser devida a uma acentuação do processo de harmonização (como no caso da realização do mercado único). Quanto à inspiração, é claramente observada em algumas expressões usadas no Tratado de Roma, no Ato Único Europeu, no Tratado de Maastricht e, por último, no Tratado de Amsterdã, a vontade de reforçar em medida sempre maior a sociedade cultural européia.

Segundo DE LOS MOZOS, “la ‘necesidad’ de la unificación no puede venir impuesta únicamente – lo que hay que señalar en todo momento – por la intensificación de las relaciones transnacionales en el seno de la Comunidad Europea, ni siquiera por las exigencias del mercado único solamente, sino también por la exigencia de preservar la cultura jurídica europea, lo que es mucho más importante para los juristas, una vez que la integración vendrá impuesta por la propia fuerza de los acontecimientos históricos” (1994, p. 205).

A doutrina tem desenvolvido amplo debate nos últimos anos, impulsionada pelos atos oficiais da própria Comunidade Européia no sentido de incentivar a harmonização das normas de direito privado. É conclusão comum de muitos autores que a heterogeneidade do direito privado nos ordenamentos internos dos Estados-membros representa um sério obstáculo à realização dos objetivos imediatos da Comunidade. Em particular, o fato de que o direito dos contratos possui conteúdo diverso em cada um dos Estados membros constitui uma barreira à livre circulação das mercadorias, uma das liberdades fundamentais do Tratado de Roma. Um mercado sem fronteiras não pode tolerar os custos da heterogeneidade jurídica, assim como um verdadeiro espírito comum europeu não se pode explicar num modo amplo na carência de um conjunto de regras comuns que governam as relações entre as pessoas (BENACCHIO, 2001, p. 162).

### **2.1. Aspectos Econômicos**

Em termos econômicos, a elaboração de um Código Europeu dos Contratos só se justifica, tendo em conta o princípio da subsidiariedade, nos casos em que

o direito nacional falhar para atingir os resultados que se espera obter para o desenvolvimento e funcionamento do Mercado Interno. Desta forma, é preciso verificar as situações em que a aplicação dos direitos nacionais e a solução pela via do Direito Internacional Privado aumentem os custos de transação<sup>18</sup>, levando em conta que os institutos jurídicos, tanto formais (como um Código), como informais (um costume jurídico), têm como propósito a redução destes custos.

A adoção de um Código Europeu dos Contratos se justifica na medida em que promova uma redução dos custos de transação, isto é, libere, por questões produtivas, recursos que atualmente são gastos no monitoramento e no desenvolvimento das transações. Conforme aponta CÁMARA LAPUENTE, “respecto a la armonización o no-armonización del Derecho privado europeo existen múltiples intereses, predominantemente económicos, que a veces se disfrazan de argumentación técnico-jurídica” (CÁMARA LAPUENTE, 2003, p. 48.).

Com base em algumas das respostas à Comunicação da Comissão sobre Direito Europeu dos Contratos pôde se verificar que o aumento dos custos nos negócios transfronteiriços causados pela diversidade do tratamento jurídico dos contratos na União Europeia afeta as várias fases da atividade comercial: o planejamento; a negociação, resultando na conclusão de um acordo; e a execução, quando as obrigações contratuais são executadas. O crescimento dos custos ocorre nas três fases, seja em razão das normas impositivas (aplicáveis independente do acordo das partes), seja por causa das normas dispositivas (aplicáveis salvo acordo em contrário ou por opção das partes). Além disso, pode haver um fator adicional dos custos se as partes entrarem em confronto legal e uma delas for aos tribunais.

### **2.1.1. Fase de Planejamento**

#### **a) Obstáculos para definir uma estratégia uniforme de vendas**

Um negociante que pretenda colocar seus produtos e serviços à disposição no mercado europeu terá interesse em que seja possível comercializar com base em modelos comuns de negócio, independente do local do comércio.

Uma uniformização tornará possível atividades de economia de escala, atualmente fragmentadas em razão de procedimentos jurisdicionais específicos na formação e execução dos contratos. Viabilizando aos negociantes o uso dos mesmos procedimentos para marketing, formação dos contratos e aquisição

18. Para MATTEI, “transaction costs are all those costs which preclude or reduce the possibility of smooth market transactions. Resources that could be invested in productive, wealth maximizing activities are absorbed by transaction costs and consequently diverted from their purpose” (MATTEI, 1997, p. 537).

de cobertura de seguro, abrirá o caminho para uma administração empresarial mais eficiente e com redução de custos de transação, criando a perspectiva, num mercado competitivo, de preços mais baixos para os consumidores. Particularmente, num negócio que pretenda formular termos e condições contratuais uniformes. Com efeito, quanto maior o número de formas diferentes, selecionando sutilmente termos e condições diferentes para cada circunstância que um negócio precisa organizar e administrar, maior o custo administrativo deste negócio.

Assim, os negociantes que confiam ao mercado seus produtos e serviços com base em termos contratuais *standard* não enfrentam problemas somente por não seguir várias regras mandamentais. Eles também se deparam com o problema de que a prática sistemática em esboçar termos e condições gerais de comércio só é possível sob a égide de um direito nacional em particular, cujas regras dispositivas ou omissivas devem ser seguidas. Termos e condições gerais de comércio esboçados com um sistema legal em mente são normalmente bastante incompreensíveis para um parceiro contratual de outra jurisdição. Como conseqüência, nesta outra jurisdição eles podem não ser obrigacionais ou, se não resultam numa opção válida do direito a que se submetem, eles podem falhar no seu objetivo.

#### **b) Avaliação deficiente da responsabilidade pelos riscos**

Ao planejar atividades transfronteiriças, uma segunda questão que se impõe é quanto aos riscos. Os vários direitos dos contratos europeus acerca do incumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação são baseados atualmente em diferentes regimes fundamentais (em particular, sistemas de responsabilidade estrita ou sistemas de responsabilidade baseada na culpa). Tão substancial quanto são as diferenças no direito sobre a validade de cláusulas penais e limitações de ações (exceções). Até mesmo na área tão marcadamente dominada pelas convenções internacionais, como o direito dos transportes, o resultado não é necessariamente premiado com a segurança da regra de responsabilidade. Incertezas quanto à responsabilidade sobre o produto, que não é harmonizada sob base comunitária, podem facilmente deter pequenas e médias empresas de empreenderem esforços para exportar seus produtos.

#### **2.1.2. Fase de Negociação e Conclusão**

Nas transações envolvendo grandes valores financeiros é comum as partes se precaverem com assistência legal imediatamente antes de abrir discussões com o potencial parceiro. Em alguns casos isto é mesmo inevitável. Quando se trata de contrato entre partes de Estados-membros diversos, a assessoria jurídica terá que tomar conhecimento do direito estrangeiro, o que aumentará os custos.

As dúvidas surgem, freqüentemente, a respeito de quando, de fato, um contrato encontra-se validamente concluído e qual o seu real conteúdo, de acordo com a legislação estrangeira. Nem sempre há regras comuns a todos os direitos nacionais na União Européia sobre a conclusão dos contratos. Também ocorrem dificuldades quanto ao tratamento jurídico da oferta, ou seja, em razão das diferentes concepções do que constitui uma *oferta*. O mesmo vale para a *aceitação*.

Tais situações de incerteza podem deter uma parte de entrar num negócio transfronteiriço. Essas incertezas reaparecem sempre que uma das partes lembra que a responsabilidade contratual pode surgir, resultando em perda econômica, por representação irregular ou em razão dos princípios da “culpa in contrahendo”.

### **2.1.3. Fase de Cumprimento**

Na fase de cumprimento (*performance*) das obrigações contratuais, o aumento de custos pode ser observado em duas situações: na execução do contrato propriamente dita e na aplicação dos remédios pela não-execução.

Na execução do contrato o aumento dos custos de transação resultantes da diversidade de legislações em matéria de contratos ocorre tanto nas previsões legais a respeito do cumprimento defeituoso, quanto nas regras atinentes ao inadimplemento completo. São afetadas neste ponto não somente as partes que querem proteger seus direitos em razão de uma quebra de contrato, mas também aquelas que querem cumprir suas obrigações contratuais.

Em casos de cumprimento defeituoso, os participantes do mercado europeu podem ser confrontados com custos não previstos por não contar com requisitos específicos do direito dos contratos aplicável numa determinada relação jurídica. Além disso, alguns remédios contratuais podem ser dependentes, em parte, de termos do contrato que, se esboçados sob um sistema legal, mas submetido de fato a outro, podem resultar em consideráveis perdas de direitos tidos como existentes no subconsciente do contratante, em razão da transposição das regras de um para o outro.

### **2.1.4. Litígio**

Os litígios envolvendo normas contratuais estranhas a uma ou a ambas as partes contratantes (no caso de elas terem optado por uma *lex fori* de um terceiro país) têm os custos muito aumentados, ainda que se venha a descobrir no final do processo que o direito aplicável produz o mesmo resultado ou é idêntico ao direito nacional de origem. Isto porque o aumento dos custos nestes casos se dá menos em razão das conseqüências práticas da diversidade e mais em função dos obstáculos para se conhecer o direito relevante.

## 2.2. Aspectos Jurídicos

Quanto aos aspectos jurídicos que envolvem a harmonização do Direito dos Contratos na União Europeia, duas questões fundamentais são levantadas. Primeiro, quanto à modalidade de regras que deveriam compor um eventual Código Civil europeu e qual a forma legislativa mais apropriada para este fim. Segundo, quanto à diversidade do tratamento jurídico dos contratos existente nos direitos nacionais

### 2.2.1. Regras imperativas vs regras dispositivas

No que tange ao teor das regras que viriam a compor um eventual Código dos Civil europeu, pode-se dizer que a maioria delas deveriam ter um cunho dispositivo e apenas em alguns casos prevaleceriam as regras imperativas. Tendo em vista que a autonomia da vontade é um dos pilares do Direito Privado tradicional em todos os sistemas europeus, é natural que as regras não sejam estritamente vinculantes para as partes.

No Direito Privado, as normas que detém caráter imperativo são mais comuns nos âmbitos dos Direitos da Personalidade e nos Direitos de Família, pois, em larga medida, visam a proteção de interesses vulneráveis, como o menor, o filho ou o incapaz. Como as discussões mais avançadas acerca de um eventual Código Civil europeu não incluem essas matérias, é natural que se preserve em geral o princípio da liberdade, até mesmo em observância ao princípio da proporcionalidade a que a Comunidade está adstrita.

Desta maneira, as regras imperativas devem servir apenas para garantir que o consentimento seja informado, isto é, para que os particulares tomem suas decisões livremente (CÁMARA LAPUENTE, 2003, p. 79). Fora disso, as regras imperativas só serviriam para promover a proteção dos consumidores, cujos interesses também são facilmente violados pela parte mais forte, além da observância de princípios essenciais, como a boa fé ou o abuso de direito.

Diante desta situação há autores<sup>19</sup> que defendem que a parte dispositiva do Código poderia ser deixada para ser preenchida pelos Estados-membros, garantindo a diversidade cultural, ficando apenas as normas imperativas para serem adotadas a nível comunitário. Sendo assim, o Código Civil europeu viria apenas acrescentar aos códigos nacionais estas normas imperativas, que consistiria numa atuação de mínimos compatível com o princípio da subsidiariedade. Outra

---

19. Ver MATTEI, 2002.

parte da doutrina<sup>20</sup>, contudo, entende que essa opção não justificaria os custos que se mobiliza em torno de uma harmonização ou uniformização do Direito Privado, pois um código tão flexível que não contenha suas próprias normas dispositivas correria graves riscos de incoerência e desarmonização, ou ao menos implicaria um desforço muito grande para os frutos que se colheria.

### 2.2.2. *Diferenças técnico-jurídicas*

Com respeito ao tratamento jurídico diversificado dos contratos, a análise dos PECL, já referidos acima, apontam algumas diferenças fundamentais entre os direitos dos Estados-membros sobre a matéria.

Quanto à **formação** do contrato, os requisitos de formalidade para a conclusão e obrigatoriedade variam de uma jurisdição para outra. Em França, Luxemburgo e Bélgica, por exemplo, não são admitidas provas de existência de contratos não-comerciais que exceda certo valor, salvo se forem escritos. O Direito nórdico e o alemão não trazem tal requisito.

As diferenças nos requisitos formais dos contratos em espécies são muito numerosas. Tome-se como exemplo que na França a garantia dada é válida, desde que o montante máximo a ser pago seja mencionado por um instrumento escrito, mas este requisito especial não está previsto em muitas outras legislações nacionais.

Diferenças acerca da **validade** dos contratos podem conduzir a problemas de erro ou ausência de representação. Sob o Direito inglês e irlandês uma parte não é obrigada a prestar informação de fundamental importância para a outra parte, mesmo que saiba antecipadamente que esta ignora tal informação. A aquiescência tácita na ignorância alheia é plenamente válida. Em outros países da União Européia, o contrato neste caso seria inválido por reticência dolosa, ou figura jurídica similar.

**Regras de ilicitude** ou políticas públicas diferem através da União. Na Inglaterra, os contratos de jogo são nulos e proibidos, mas os empréstimos feitos a outrem com este propósito podem ser cobrados, ou seja, possui obrigatoriedade. Na Alemanha, por sua vez, os débitos privados adquiridos pelas partes de um contrato fruto de negócios fechados na bolsa de valores são geralmente não-obrigacionais, entretanto, na Inglaterra, eles são, em regra, obrigacionais.

Quanto à **interpretação** e ao **cumprimento** do contrato, outras diferenças podem ser apontadas. Na Europa Continental, a comum intenção das partes é

20. Ver CÁMARA LAPUENTE, 2003, p. 81.

geralmente aceita como princípio para a interpretação de um contrato. A intenção prevalece até mesmo se ela difere do sentido literal das palavras usadas no acordo. Na Inglaterra e na Irlanda, contudo, deve-se considerar o sentido das palavras usadas como elas seriam compreendidas por uma pessoa razoável, tendo o conhecimento prévio que razoavelmente estaria disponível às partes.

Em França, Espanha, Bélgica e Luxemburgo, o **local de cumprimento** de uma obrigação pecuniária é o local do negócio ou a residência do devedor. Na Alemanha, a mesma regra se aplica para o propósito de jurisdição. Em outros Estados-membros, todavia, o local de cumprimento de uma obrigação desta natureza é o local do negócio ou a residência do credor.

A **relevância da culpa para os remédios pela quebra de contrato** também apresenta importante diferença nas legislações nacionais. No *Common Law*, aplica-se aos contratos a regra de responsabilidade estrita, culpa não é requerida. Já nos sistemas de *Civil Law*, sustenta-se que a culpa é requisito para a disponibilidade dos remédios contratuais. Na prática, entretanto, as diferenças são menos significativas que na teoria, mas a diferença permanece.

No que tange às diferenças quanto à **conclusão** dos contratos, dois pontos podem ser explorados. A compensação (*set-off*) é objeto de diferentes regimes na União Européia. Sob um regime, as duas obrigações capazes de se compensarem entre si estão extintas no momento em que entram em conflito. Sob outros regimes, a declaração de uma parte é requerida. Quando feita a declaração, o efeito é retroativo para o momento em que as obrigações entraram em conflito. Ainda sob um terceiro regime, a declaração de uma parte é requerida, mas esta declaração só produz efeitos a partir de então.

As regras sobre a **limitação de ações** (prescrição) também diferem. Existem tantos e tão diversificados regimes de prescrição quanto há de direitos. As regras sobre o período de tempo requerido a passar, o momento quanto a contagem do tempo começa a correr, a suspensão do período devido à ignorância do credor acerca do seu direito e outros fatores mais apresentam diferenças significativas.

Vale observar que em todo o âmbito do Direito Privado, os problemas que surgem em relação à diversidade das legislações nacionais são particularmente agudos na área de direito das obrigações e do direito de propriedade porque, mesmo nos sistemas legais em que estas áreas foram codificadas, as legislações são relativamente velhas e seu sentido não pode ser estabelecido sem alcançar o significado das interpretações judiciais de suas previsões. Isto remete à questão das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, que deve ser levada em conta numa eventual intervenção legislativa das instituições comunitárias.

### 2.3. Aspectos Históricos

A referência histórica ao *jus commune* é inevitável, pois havia na Idade Média uma certa unidade do direito europeu, mas por não haver ordenamentos nacionais tendentes a regular todos os aspectos da vida de relações. Ao contrário, naquela época, o direito romano justiniano, com base no *Corpus Juris Civilis*, reelaborado pelos glosadores e comentadores, se contrapunha em toda parte, mas espontaneamente, às normas consuetudinárias locais, como o único sistema em condições de fornecer soluções racionais e uniformes às diversas problemáticas que pudessem surgir em uma época de profunda fragmentação.

Esta referência histórica ao *jus commune*, contudo, deve ser feita com sabedoria, voltando-se para as proporções do momento histórico em que existiu, não se comparando com o atual, muito mais complexo do ponto de vista econômico e social.

As propostas dos defensores de uma unificação do direito privado são mais ou menos amplas, mais ou menos ambiciosas, em função, seja do objeto da iniciativa unificante, seja da especificidade e da organicidade do texto em construção, código ou documento de direito privado comum. A grande maioria da doutrina, obviamente daquela que sustenta a possibilidade e a necessidade de uma comunidade com soluções mais estreitas no direito privado, parece propensa a limitar as diversas iniciativas harmonizadoras ou unificadoras somente ao direito dos contratos.

BENACCHIO aponta dois motivos para esta restrição. Por um lado, o direito dos contratos parece mais susceptível de ser unificado porque envolve de maneira menor as tradições históricas de uma determinada sociedade. Isto é indubitável no que se refere, por exemplo, ao direito de família e de sucessões, mas também em alguns aspectos dos direitos reais. Por outro lado, a unificação é tida como particularmente necessária ao direito dos contratos, tendo em vista a relevância que este setor do direito privado assume com relação ao comércio entre os Estados-membros da Comunidade. A sua unificação parece uma tendência natural da harmonização efetuada ultimamente pela Comunidade em favor da realização do Mercado Comum, primeiro, e do Mercado Único, depois (2001, p. 174). Além disso, vale observar que a Convenção de Roma de 1980 é um sinal do interesse comunitário em busca de uma solução comum em conflitos contratuais.

Para ALPA (2000a, p. 327) existe uma estrita correlação entre uma atividade econômica aberta e livre e a forma jurídica do direito civil, daí porque um Código Civil europeu poderia encorajar o mercado, seguindo a doutrina de POSNER (1995), numa análise econômica do direito que exige menor interferência do direito nas regras econômicas, devendo aquele se limitar a regular as demais

relações privadas. Neste sentido, uma norma uniforme de direito privado proporcionaria condições para o desenvolvimento do mercado único.

### 3. PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO

#### 3.1. O Grupo de Pavia

O Grupo de Pavia foi instituído após um encontro de estudo na Universidade de Pavia, em 20 e 21 de outubro de 1990. O grupo de trabalho, liderado por Giuseppe Gandolfi, visa à criação de um verdadeiro e próprio Código Europeu dos Contratos<sup>21</sup>. Partindo da constatação de que nem mesmo as directivas comunitárias são o instrumento adequado para oferecer uma solução aos problemas decorrentes da diversidade dos regimes contratuais na Europa<sup>22</sup>, os juristas que se reuniram em Pavia entenderam que o caminho a ser percorrido em vista da unificação do direito na Europa não pode ser outro que não a via legislativa<sup>23</sup>.

A particularidade deste grupo consiste no trabalho realizado em torno de um texto normativo de base, que sirva como esquema operativo sobre o qual se pode construir o direito privado comum. O texto-base está individualizado no livro quatro do Código Civil italiano. A razão desta escolha está no reconhecimento comum dos participantes do grupo de que a codificação italiana de 1942 possui os elementos e as características necessárias para os fins perseguidos.

É notório que o Código Civil italiano encontra-se entre a tradição jurídica francesa e a alemã. As soluções originais do Código Civil italiano não são muitas; a maior parte das regras está presente, quer no *Code Napoléon*, quer no *BGB* alemão e sua doutrina pandectística. Conforme afirma DE LOS MOZOS, “el Código civil italiano, situándose en la línea del *Code civil* francés que inspira un poco todas las codificaciones modernas, recibe plenamente la tradición del Pandectismo y se puede decir que, mucho más que el Código Suizo de las obligaciones, realiza una buena síntesis entre el *Code civil* e el *Bürgerliches Gesetzbuch*” (DE LOS MOZOS, 1994, p. 213).

21. Sobre a formação do Grupo e os trabalhos realizados, ver STEIN (org.), 1996.

22. De acordo com DE LOS MOZOS, para cumprir as exigências da unidade de mercado “no basta la normativa comunitaria que va de la periferia al centro; hacen falta unas reglas claras que vayan del centro a la periferia para que disciplinen esa unidad de mercado e procedan, no del casuismo de aquella normativa, sino de la experiencia de la traducción jurídica” (DE LOS MOZOS, 1997, p. 14).

23. É o que transparece, por exemplo, em DE LOS MOZOS, ao afirmar que “descartadas las posibilidades ‘extralegislativas’ para la unificación europea del Derecho de obligaciones y contratos, no hay otro camino para alcanzarla que mediante una norma de tipo legislativo, y como esta ha de referirse a todo el conjunto de la materia que comprende, estamos aceptando la ‘técnica’ de la codificación, en lo que los participantes en el encuentro de Pavia de 1990, se mostraron de acuerdo sin excepción alguna” (DE LOS MOZOS, 1994, p. 211).

Em 1993, entretanto, o Grupo de Pavia efetuou uma virada metodológica em favor da adoção de dois textos operativos de base: além do livro quatro do Código Civil italiano, foi decidido fazer referência ao *Contract Code*, elaborado pelo professor de Oxford Harvey McGregor, em razão das distinções fundamentais existentes no mundo jurídico europeu entre o *common law* e o *civil law*.

O *Contract Code* de McGregor foi elaborado por conta da *English Law Commission*, por convocação do Parlamento britânico nos anos sessenta, e buscou elaborar uma mediação entre o modelo inglês e o modelo escocês, que tem algumas características semelhantes ao *civil law*. Substancialmente, McGregor encara um problema similar àquele que enfrentam os desafios de elaboração de um direito privado europeu, na qual se deve necessariamente realizar uma solução que possa mediar entre a tradição do *civil law* e aquela do *common law*.

Em 1999, o Grupo de Pavia apresentou como resultado dos trabalhos o *Code Europeen des Contrats – Avant-Projet*<sup>24</sup>, com 173 artigos, tratando de diversos temas da parte geral dos contratos, como formação, conteúdo, forma, interpretação, efeitos, cessão, execução, inexecução, remédios e extinção.

### 3.2. A Comissão Lando

A Comissão para o Direito Europeu dos Contratos<sup>25</sup> foi criada em 1980, com as reuniões da primeira comissão, em Bruxelas, sob o comando do Professor dinamarquês Ole Lando, da Copenhagen Business School. A Comissão é constituída de juristas, acadêmicos em sua maioria, mas também praticantes do direito, advindos de todos os Estados-membros da Comunidade Européia. O resultado dos trabalhos da Comissão são os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (ou *Principles of European Contract Law*, daqui em diante PECL).

De acordo com a Introdução das partes I e II<sup>26</sup>, os PECL são uma resposta à necessidade de uma infraestrutura de direito dos contratos na Comunidade Européia para consolidar a rápida expansão do Direito Comunitário na regulação

24. GANDOLFI, Giuseppe (coord.). *Code Europeen des Contrats – Avant-Projet*. Giuffrè, Milano, 1999.

25. Em inglês, *Commission on European Contract Law*. Para maiores informações ver na Internet: [http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index.html](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html), que inclui a parte III, publicada em 2003, em Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann (Eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, Kluwer, 2003. A Comissão tem como sucessor o Grupo de Estudos para um Código Civil Europeu (*Study Group on a European Civil Code*), comandado pelo Professor Christian von Bar, da Universidade de Osnabrück, na Alemanha, com site oficial na Internet em <http://www.sgecc.net>.

26. LANDO e BEALE (org.), 2000. Para uma descrição genérica dos PECL ver CASTRONOVO, 2001, e ALPA, 2000b. Para um trabalho mais aprofundado sobre os PECL, veja-se Díez-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES MORENO, 2002. Sobre a formação da Comissão do Direito Europeu dos Contratos, ver LANDO, 1989.

de tipos específicos de contratos. Segundo ZIMMERMANN, os PECL não estão destinados a converter-se em direito vigente de forma imediata, mas, segundo seus autores, possuem os seguintes objetivos:

- “1) Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
- 2) Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la UE (los autores hablan de una ‘infraestructura’ para las Directivas de la UE).
- 3) Llevar a cabo una función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos de *civil law*.
- 4) Concretar la moderna *lex mercatoria* europea.
- 5) Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual propio.
- 6) Finalmente, significar un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo” (2000, p. 115-6).

Os autores apontam ainda alguns benefícios advindos da formulação dos PECL. Primeiro, as medidas de harmonização facilitam a atividade das partes que realizam negócios em diferentes Estados-membros, pois elimina, ou pelo menos reduz, os custos de transação decorrentes da diversidade dos direitos nacionais em matéria de contratos.

Segundo, os PECL são tidos como importantes para o funcionamento adequado do Mercado Único Europeu, na medida em que afasta obstáculos ao comércio e corrige distorções de mercado resultantes da diversidade de normas nacionais sobre contratos. Esta diversidade pode gerar distorções na medida em que pode afetar a concorrência dentro do território da comunidade, com as partes optando por negociações num determinado Estado-membro em razão da sua disciplina interna sobre um dado contrato específico e não em razão do melhor aproveitamento dos fatores de produção<sup>27</sup>.

Terceiro, a criação de uma infraestrutura geral em direito dos contratos para dar suporte às medidas específicas da Autoridade Comunitária em matéria de contratos. É quase consenso entre os autores e operadores do mercado que as diretivas comunitárias carecem de uma terminologia comum, bem como de uma

27. Acerca das questões relativas ao melhor aproveitamento dos fatores de produção dentro da Teoria da Integração, ver PORTO, 2001, p. 208 e ss.

base normativa quer permita uma melhor sistematização da disciplina contratual, evitando a fragmentação da harmonização em curso.

Quarto, os PECL pretendem servir como guias para as cortes e legisladores nacionais, refletindo um núcleo comum de soluções dos problemas em direito dos contratos. Assim, antes mesmo de medidas específicas serem tomadas pela Autoridade Comunitária, os PECL já irão fomentar naturalmente uma aproximação dos direitos nacionais, podendo mesmo ir além das fronteiras da Comunidade ao inspirar legisladores de países terceiros.

Quinto, por fim, os PECL oferecem uma ponte entre os dois sistemas predominantes dos Estados-membros: o *Common Law* e o *Civil Law*. Esta ponte é erguida através da adoção de regras formuladas para reconciliar as diferentes filosofias jurídicas dos sistemas, não somente em relação à estrutura jurídica e racionalidade, mas também quanto à terminologia, conceitos e classificações fundamentais e política legislativa.

Os PECL estão voltados especialmente para o direito geral das obrigações contratuais. Ou seja, não disciplinam nenhum tipo específico de contrato, não fazem qualquer menção especial para os contratos de consumo, que suscitam questões a serem determinadas em conjunto pelo direito comunitário e pelos direitos nacionais. Por outro lado, os princípios não se encontram confinados às relações comerciais, mas pretendem ser aplicados aos contratos em geral, incluindo os contratos de consumo<sup>28</sup>. LANDO faz ainda uma relação dos PECL com a *Lex Mercatoria*, na medida em que as cortes só recorreriam a esta nos casos não cobertos pelas normas dos Princípios<sup>29</sup>.

Os PECL adotaram uma abordagem funcional no momento de decidir os tópicos que deveriam ser incluídos. Assim, regras que em alguns sistemas são consideradas como parte da responsabilidade civil, por exemplo, foram incorporadas aos PECL por terem uma relação próxima com questões contratuais ali abordadas<sup>30</sup>.

28. Segundo DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES, não há nos PECL uma dualidade de regulações entre contratos em geral e contratos de consumo; “las normas contenidas en los PECL son aplicables a todos los contratos, sin perjuicio de que esporadicamente aparezcan normas pensadas basicamente para consumidores” (2002, p. 88).

29. Para LANDO, *Lex Mercatoria* seria “international customs and usages of the international trade, the rules which have been drafted for this purpose, and the rules which are common to most of the States engaged in international trade or to the States connected with the dispute. The arbitrator may, but need not, apply these rules” (2000, p. 399).

30. O exemplo é a responsabilidade pelas negociações na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*), que em alguns sistemas é considerado como parte da responsabilidade civil (LANDO e BEALE, 2000, *Introduction*, p. XXV).

Já no que se refere às fontes, foram levadas em conta as condições sociais e econômicas dos Estados-membros e, embora nem todo sistema legal tenha tido a mesma relevância, nenhum sistema foi adotado como ponto de partida. Assim, além dos direitos nacionais dos Estados-membros, que constituíram a principal fonte, alguns materiais de fora do âmbito da Comunidade foram utilizados, como o *Uniform Commercial Code* e os *Restatements* norte-americanos, a Convenção das Nações Unidas para o comércio internacional de mercadorias (CISG), de 1980, e os princípios do UNIDROIT<sup>31</sup>. Algumas normas dos PECL refletem sugestões e idéias que não se encontram materializada no direito de nenhum Estado.

Segundo BONELL, sempre que foi necessário optar entre regras conflitantes, o critério utilizado não foi o meramente aritmético, nem foi decisivo que a regra fosse a adotada numa maioria dos Estados-membros, mas sim qual das regras levadas em consideração continha um valor mais persuasivo, seguindo uma lógica argumentativa contemporânea, delineada por autores como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros, que procura analisar as regras através dos valores que elas pretendem proteger ou garantir, bem como quais os princípios lhe dão base (BONELL, 1997, p. 513)<sup>32</sup>.

Dentre as características dos PECL apontadas por DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES, ressaltam-se as seguintes:

- a) Não são propriamente princípios no sentido em que esta palavra se utiliza para aludir, por exemplo, aos princípios gerais do direito como proposições que enunciam, sem referência a supostos de fato concretos, juízos de valor ou diretrizes jurídicas de caráter tão abstrato que necessitam *a posteriori* de um processo de concreção. Segundo os autores, “la expresión ‘principios’ debe más bien ser entendida como normas de características generales y en este sentido como opuesta a normas concretas o casuísticas” (DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES, 2002, p. 79).
- b) Por esta mesma razão, muitas das formas lingüísticas são abertas, com um constante recurso a cláusulas gerais, como *comportamento razoável*, *boa-fé* e *lealdade*. Este método, adotado pelas legislações da Europa

31. Para uma breve comparação entre os princípios do UNIDROIT e a primeira parte dos PECL, ver HARTKAMP, 1994.

32. Acerca da Teoria da Lógica Argumentativa, ver PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad.: Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Clarendon Press, Oxford, 1976, e *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

Ocidental no decorrer do Séc. XX, apresenta a vantagem de não deixar as coisas definitivamente fechadas, abrindo variantes ou opções quando se tem que operar judicialmente a concreção ou a concretização, afetando a segurança jurídica, mas garantindo um melhor aproveitamento da norma na proteção dos valores em causa.

- c) A Comissão Lando buscou evidenciar mais as similitudes existentes entre os diferentes sistemas jurídicos que enfatizar as diferenças<sup>33</sup>, partindo de um ponto de vista prático que prioriza a busca da harmonização e da unificação da disciplina jurídica correspondente aos institutos em questão. Através deste método, os PECL realizam uma aproximação funcional, “de suerte que el establecimiento de las reglas comunes no busque tanto una aproximación en la forma de entender conceptual y dogmáticamente las instituciones como en las soluciones que en cada uno de los sistemas se dan específicamente a cada uno de los problemas, porque respecto de ellas el lenguaje común es más fácil y la armonización también” (DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIAS e MORALES, 2002, p. 80).

### 3.3. O Projeto *Common Core*

O Projeto *Common Core*<sup>34</sup> não é propriamente uma proposta de harmonização, como as outras iniciativas descritas acima. Entretanto, a sua menção é válida ante o destaque recebe no meio acadêmico, com seus membros tendo participação ativa em todas as discussões que envolve a harmonização do direito privado europeu.

O Projeto teve início em 1993 na Universidade de Trento, Itália, por iniciativa dos professores Ugo Mattei e Mauro Bussani, utilizando a metodologia de Direito comparado do professor Rudolf B. Schlesinger, posteriormente desenvolvida pelo professor Rodolfo Sacco. A singularidade deste grupo está não somente na finalidade e nos objetivos dos trabalhos, mas também na metodologia adotada. Quanto ao objeto, além dos contatos e responsabilidade civil, também a propriedade é abordada, o que lhe dá um campo mais amplo de trabalho que o Grupo de Pavia e a Comissão Lando.

33. Segundo os autores é um método que se pode qualificar de *praesuntio similitudinis*, que muitos comparatistas consideram escassamente científico, uma vez que o Direito comparado deve tender mais a estabelecer as diferenças que os fatores comuns. ALPA, por outro lado, afirma que “all those who dedicate their time to comparative law, and those who are interested in understanding what happens in other countries far and near, share the idea that today it is more important to understand what unites us rather than what divides us” (2000a, p. 328).

34. Ver na Internet: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>.

No que se refere à finalidade, os participantes dos trabalhos buscam a elaboração de um “mapa” geográfico do direito privado europeu (BUSSANI e MUSY, 2000), procurando demonstrar nesta “carta” os resultados das comparações. Não há uma busca, portanto, de uma solução forçadamente uniforme, nem importa tanto a racionalidade dos resultados que o mapa irá trazer. Segundo BENNA-CHIO, “ciò che rileva è esclusivamente la sua esatezza” (2001, p. 181). O uso que será feito de tal mapa não é a preocupação central do grupo<sup>35</sup>, daí porque não se pode considera-lo como um grupo pró-harmonização (até porque alguns dos seus membros são mesmo contrários às medidas mais contundentes de harmonização). Entretanto, ante a amplitude do objeto dos trabalhos, os resultados terão grande importância para qualquer iniciativa de harmonização por parte da Autoridade Comunitária.

O que caracteriza o método e os objetivos do *Common Core* é a convicção de que importante não é tanto criar novos princípios contratuais, mas principalmente conhecer melhor as diferenças e evidenciar as soluções e regras similares já presentes nos direitos nacionais em função da criação de uma cultura jurídica europeia. Esta cultura jurídica comum seria essencial para o desenvolvimento de uma comunidade de intérpretes relativamente homogênea, que seria alcançado através de uma educação jurídica comum com base no conhecimento das diversas características dos sistemas europeus (inclusive o sistema do próprio direito comunitário).

Desta forma, o *Common Core* busca identificar precisamente o núcleo comum do direito privado europeu mediante o emprego de técnicas de Direito Comparado, evitando focar um instituto isoladamente, mas sim procurando encarar o sistema onde tal instituto encontra-se integrado para uma melhor compreensão. Sendo assim, o trabalho do grupo foca-se mais nos diversos sistemas existentes que em institutos, o que torna mais fácil a identificação das soluções possíveis<sup>36</sup>.

Segundo BUSSANI, “el proyecto *Common Core* utiliza el valor del escepticismo como su criterio más importante: su objetivo es proporcionar un retrato lo más fiable y exacto posible del Derecho vigente en los sistemas europeos en determinadas materias. Si esta situación es jurídicamente eficiente o racional no constituye una preocupación de los investigadores implicados” (BUSSANI, 2002, p. 948).

35. “I cartografi, a differenza dei comparatisti, possono permettersi di non porsi la questione di sapere quale sia l'utilità di una tale mappa” (BUSSANI e MUSY, 2000, p. 537).

36. Para um exemplo de um trabalho com a metodologia do Grupo do *Common Core*, ver KÖTZ e FLESSNER. *European Contract Law. Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*. Tradução para o inglês de Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1997.

## 4. ASPECTOS POLÍTICOS

Segundo o professor do Instituto de Direito Privado de Amsterdã, Martijn W. HESSELINK, as apostas políticas em torno do debate acerca do direito europeu dos contratos podem ser enfocadas em três dimensões: 1) poder; 2) interesses nacionais; e 3) ideologia.<sup>37</sup>

### 4.1. Questões de Poder

As várias possibilidades de harmonização suscitadas teriam conseqüências diversas em termos de poder para os diferentes (grupos de) atores que participam das discussões<sup>38</sup>.

Os acadêmicos apostam na racionalidade, objetividade, abstração e sistematização. São, portanto, em geral, críticos do presente estado do direito europeu dos contratos. Muitos deles, inclusive, lamentam o trabalho que vem sendo realizado pela União Européia através das directivas e a maioria estaria preparada para abandonar o Direito Civil nacional (codificado ou não) em favor de um código europeu com a finalidade de restaurar a ordem e o sistema de direito privado.

Como uma das propostas da Comissão na Comunicação é a promoção de princípios, esta opção é recebida com grande satisfação pelo mundo acadêmico<sup>39</sup>, não somente por aqueles que se beneficiarão imediatamente, como a Comissão Lando, já referida acima, e o Grupo de Estudos para um Código Civil Europeu, liderada por Christian von Bar, que possuem trabalhos em andamento, mas também outros acadêmicos. Isto não chega a ser uma surpresa, uma vez que, com a adoção desta opção, o futuro do Direito Europeu dos Contratos estaria em grande parte nas mãos da comunidade acadêmica.

A quarta opção também pode ser favorável aos acadêmicos, isto é, a formulação de um Código Europeu dos Contratos, ou até mesmo um Código Civil Europeu. Entretanto, o risco de o projeto acabar nas mãos de políticos também preocupa a comunidade acadêmica, afinal, não havendo o mesmo grau de

37. HESSELINK, 2001; e HESSELINK, 2002. Ver ainda HATZIS, 2001; PORTO, 2001; *General Bar Council of England & Wales*, 2001; e LANDO, 2001.

38. Vale observar a variedade das respostas oferecidas pelos diversos setores da sociedade européia (empresas, acadêmicos, associações de consumidores, operadores jurídicos e governos) à Comunicação da Comissão, in [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/index\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html).

39. Para CÂMARA LAPUENTE, “existe una importante sión académica favorable a la codificación, tras de la cual no sólo existen razones técnicas o deseos de una mejor resolución de los conflictos *inter* privados, sino un evidente deseo de la ciencia jurídica de recuperar su influencia y hegemonia en la producción del Derecho” (2003, p. 49).

especialização por parte dos políticos, estes tendem a comprometer o projeto e entrar em negociações políticas que podem por em perigo a qualidade do produto final<sup>40</sup>.

Por outro lado, não é a toa que o Parlamento Europeu conclamou tantas vezes por um Código Civil europeu. É verdade que o PE goza da vantagem de possuir a autoridade democrática. Contudo, HESSELINK afirma que “as everybody knows the power of the European Parliament is still rather limited. The real political power in the European Union lies with the Council of Ministers and with the European Commission” (2001, p. 4). Também se pode observar que o PE, em resposta à Comunicação da Comissão, sugeriu a adoção de uma resolução em termos de Direito Privado.

A Comissão, por sua vez, só tem interesse nas alternativas que envolvem a adoção de algum ato formal, como as opções 3 e 4. Portanto, da perspectiva da Comissão, a primeira opção mencionada na Comunicação (deixar a solução para as forças do mercado) não teria utilidade alguma. E, claramente, quanto mais extenso o campo de ação puder ser, melhor<sup>41</sup>.

Para poder atuar com liberdade, a Comissão aposta na estratégia de focar a influência que os contratos exercem no mercado interno. Assim, na medida em que os sistemas europeus de direitos dos contratos diferirem, obstruindo o mercado, a Comissão terá que ser acionada para remover estes obstáculos<sup>42</sup>. De acordo com COLLINS, a Comunicação está tão atrelada à questão do risco jurídico porque a Comissão tem poderes e competências limitados. Como o desenvolvimento do mercado interno é uma das suas atividades, se forem descobertas normas que obstruam operações de mercado, isto poderá justificar sua eliminação ou uma harmonização, o que reforçaria a participação da Comissão(2001, p. 5)<sup>43</sup>.

40. HESSELINK aponta como exemplo desta situação a Convenção das Nações Unidas para Contratos Internacionais de Compra e Venda – Convenção de Viena, que contém compromissos políticos demais, alguns deles, inclusive, contraditórios entre si (2001, p. 3, nota 8).

41. Para confirmar isso, basta verificar a extensão da definição de direito dos contratos apresentada na Comunicação, supra.

42. Não se deve deixar de lado, ainda, os possíveis embates políticos internos da Comissão, entre as Diretorias Gerais, para concentrar os poderes de atuação. Assim, por exemplo, a Diretoria Geral de Saúde e Proteção do Consumidor poderá preferir um Código do Consumidor, já a DG de Mercado Interno pode ter outros interesses.

43. O professor da London School of Economics ainda questiona as razões que justificam a harmonização anterior do direito do consumidor em relação ao direito comercial, uma vez que a diversidade de direitos afeta muito mais os custos de transação das relações comerciais que os das relações de consumo. Sugere que ou a Comissão entendeu que nas relações comerciais o mercado estaria mais apto a evitar os riscos jurídicos ou as razões são meramente políticas, visando a legitimação do mercado comum através das medidas de proteção ao consumidor (COLLINS, 2001, p. 6).

Os tribunais atuam nos negócios para resolver conflitos, isto é, aplicam as leis. Entretanto, já é normal nos países europeus que a prática dos tribunais também exerça um importante papel no desenvolvimento do Direito. O Direito Comunitário, em si, é desenvolvido, ultimamente, pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. O atual poder do TJCE seria aumentado consideravelmente se ele vier a ser também a última instância de todos os conflitos envolvendo contratos ou até mesmo em todos os casos de direito privado na Comunidade Européia. Portanto, a Corte européia teria grande interesse em termos de poder em qualquer medida a nível comunitário, sendo que quanto mais abstrato, geral e aberto for o texto, como no caso de uma eventual Carta de Princípios, maior seria o campo de ação do TJCE na elaboração do Direito Europeu dos Contratos.

Os que apóiam a primeira opção, a não ação da Autoridade Comunitária, são os acadêmicos, tribunais, legisladores e operadores nacionais em geral. Em todas as outras opções eles iriam perder poder: teriam que dividir ou desistir completamente do poder concentrado na atividade em que investiram. Os estudiosos são atualmente os únicos especialistas em seus respectivos direitos nacionais. Assim, eles não temem a competição dos estrangeiros, pois até a opinião do mais eminentemente estudioso estrangeiro não estará à altura da autoridade de um comentário local acerca de um direito local. Da mesma forma, os advogados e outros operadores do direito não enfrentam concorrência externa quando se trata de questão ligada ao direito nacional.

Uma boa parte da grande indústria européia também refletiu em suas respostas à Comunicação da Comissão o apoio à primeira opção, considerando satisfatórias as soluções de Direito Internacional Privado. Ora, é natural que os controladores do capital adotem esta posição, tendo em vista o caráter protecionista observado nos atos da Autoridade Comunitária, em benefício das partes mais fracas na relação contratual.

#### **4.2. Interesses Nacionais**

Além das questões de poder, também são importantes no debate político os interesses nacionais. Todos os países europeus têm orgulho de suas tradições jurídicas nacionais. A Áustria tem um dos códigos mais antigos, já a Holanda tem o mais novo. O Code Civil francês e o BGB alemão são os padrinhos de duas poderosas famílias jurídicas. A Inglaterra, País de Gales e Irlanda compartilham a tradição caracterizada para solução caso a caso ao invés das soluções gerais baseadas em codificações.

Portanto, no caso de a Comissão Européia vir a elaborar um Código Europeu dos Contratos, qual o sistema nacional seria o modelo? A Comissão Lando

entende que não deve ser nenhum especificamente, mas sim a adoção de novos conceitos e novas terminologias (LANDO e BEALE (ed.), 2000, Introduction, p. XXV). O Grupo de Pavia, por sua vez, indica como modelo o Livro IV do Código Civil Italiano, que refletiria um meio termo entre as culturas francesa e germânica. Contudo, não é nem possível, nem desejável a criação de um novo direito europeu dos contratos que não possua qualquer similaridade com o direito dos contratos de algum Estado-membro. Obviamente, seria muito estranho deixar de lado possíveis soluções somente porque elas já foram adotadas com sucesso em um ou mais Estados-membros. Parece ser mais apropriado uma mistura de todos os sistemas europeus, sendo que, mesmo assim, qualquer proposta de código europeu não ficaria livre da questão: minha tradição nacional está suficientemente representada?

Nesta questão se coloca não somente a diversidade de ordenamentos jurídicos, mas principalmente a distância que separa a metodologia dos sistemas de *Common Law*, daqueles dos Estados continentais, e ambos do sistema adotado nos países nórdicos. A formação cultural sedimentada no desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos nas sociedades europeias configura uma barreira para a uniformização do direito dos contratos a nível comunitário, na medida em que o embate em torno de qual sistema irá prevalecer poderá mesmo inviabilizar o projeto.

### 4.3. Questões Ideológicas

Três questões ideológicas surgem da Comunicação da Comissão: a) as funções do direito dos contratos; b) a base ideológica do direito dos contratos; e c) as implicações ideológicas da estrutura do direito dos contratos<sup>44</sup>.

#### a) Funções do Direito dos Contratos

Ao ler a Comunicação da Comissão, pode-se pensar que o direito dos contratos tem apenas uma finalidade: facilitar o funcionamento apropriado do mercado interno, uma vez que os contratos são institutos de mercado essenciais que devem assegurar operações comerciais eficientes. Portanto, a ideologia da Comunicação é claramente uma ideologia de mercado. Isto porque a única razão que justifica a atividade da Comissão em direito dos contratos são os possíveis problemas ao mercado interno causados pela diversidade dos direitos nacionais nesta matéria ou pelos custos de transação resultantes da falta de informação devida decorrente desta diversidade.

44. Ver, sobre esta parte, CANARIS, 1997, p. 49-66.

Entretanto, obstruir o funcionamento do mercado comum não é o único efeito destas regras divergentes em direito dos contratos (especialmente regras mandamentais). Muitas outras regras, a par dos princípios da liberdade contratual e da obrigatoriedade das promessas, protegem uma parte da relação contratual contra a outra com a finalidade de evitar o que é compreendido como injustiça. Portanto, salvo se a ação da Comissão consista na adoção do mais alto grau de proteção, a substituição dos direitos nacionais por um direito europeu não conduziria só a um ganho (melhorar o funcionamento do mercado), mas também geraria uma perda (ao menos na visão daqueles que se beneficiavam de uma regra nacional divergente): uma perda de proteção para aquele grupo de cidadãos que são atualmente protegidos por esta regra divergente.

#### **b) A base ideológica do direito dos contratos**

Esta abordagem liberal do direito dos contratos tem conseqüências ainda quanto à base ideológica do direito uniforme. Se a única ou principal função do direito dos contratos é facilitar a operação comercial eficiente, então o melhor direito dos contratos é claramente aquele baseado na liberdade contratual e que impõe o mínimo possível de limites à obrigatoriedade dos contratos. Seriam necessárias, assim, apenas algumas normas para remediar as deficiências do mercado (deficiências de informação, principalmente) e algumas regras com a finalidade de reduzir os custos de transação.

Contudo, se se assumir que o direito dos contratos exerce outras funções, como distribucionista e outras funções sociais, a situação se torna completamente diferente. Segundo HESSELINK, “the history of contract law in the 20<sup>th</sup> century shows that there is no reason to have such confidence in the market” (2001, p. 9). O autor aponta ainda que muitas partes contratantes (não somente consumidores) não são “agentes racionais”, como a maioria dos modelos de mercado assume, mesmo quando possuem toda a informação relevante para tomarem a decisão racional. Não é a toa que em muitos países europeus os tribunais sentiram a necessidade de impor todas as formas de regras e de criar inúmeros limites a (o exercício de) certos direitos. Os tribunais usaram doutrinas “místicas”<sup>45</sup>, como a boa-fé e o abuso de direito, e impuseram muitas regras altruísticas de ter em conta os interesses da outra parte em contrapartida ao princípio da liberdade contratual.

É importante que estas intervenções protecionistas não fiquem restritas aos consumidores e a outras categorias presumidamente mais fracas. De acordo com

45. Expressão de HESSELINK, 2001.

HESSELINK, “protection of parties that made wrong decisions, even while having all the relevant information, is a fully legitimate concern of the contract law” (2001, p. 10).

**c) As implicações ideológicas da estrutura do direito dos contratos**

Quanto à estrutura que irá assumir, o eventual código europeu dos contratos pode variar entre um sistema facultativo e um mandamental. No primeiro, as partes poderiam optar por seguir ou não suas regras, com base no princípio da autonomia privada. No segundo, ao contrário, as partes não poderiam se esquivar livremente de certas regras, especialmente aquelas regras de proteção de consumidores, inquilinos, trabalhadores, pequenos empresários etc, que seriam aplicadas obrigatoriamente, independente de qualquer transação em contrário.

Sem dúvida, a primeira solução conduz a um regime de livre mercado, reduzindo a proteção da parte contratante mais fraca. Seria como criar um 16º direito possível de ser aplicado aos contratos, visto que as partes poderiam, ou não, optar por ele. Já a segunda, impõe a substituição dos direitos nacionais pelo direito uniforme. Outra opção já discutida é um sistema misto, com regras imperativas de proteção e normas facultativas em observância ao princípio da liberdade contratual. Qualquer que seja a estrutura, ela irá refletir uma opção ideológica no sentido axiológico da opção pelos valores que devem ser preservados.

## CONCLUSÃO

A harmonização do Direito dos Contratos na Comunidade Européia se afigura como uma realidade irrefutável, haja vista o número de atos das instituições comunitárias, assim como a mobilização no meio acadêmico em torno da temática. Entretanto, muitas dúvidas ainda pairam acerca da necessidade de se promover uma harmonização mais incisiva, conducente a uma eventual uniformização. Questões técnicas, culturais, políticas e econômicas são levantadas no debate ainda em curso.

Em termos econômicos, ainda há muitos questionamentos acerca das eventuais vantagens de uma uniformização do direito contratual a nível comunitário. Na verdade, muitas das respostas à Comunicação da Comissão não vêm qualquer razão para que seja adotado um Código Civil, ou mesmo um Código de Contratos, pois entendem que as barreiras que a diversidade dos direitos nacionais impõem não justifica tal esforço. Mesmo representações de PME e de consumidores não entendem que a criação de um corpo normativo codificado seja uma medida essencial para o desenvolvimento do mercado interno.

Por outro lado, há fortes argumentos no sentido de demonstrar que as relações contratuais transfronteiriças são afetadas pelo aumento dos custos de transação decorrente das diferenças entre os direitos nacionais dos contratos. Não só os consumidores e as PME seriam afetados, mas em diversos setores do mercado haveria fuga de capitais apenas para tomar conhecimento do direito aplicável a uma relação contratual. Além disso, uma considerável parte das liberdades de circulação informadas pelos tratados constitutivos da Comunidade é exercida através de contratos, o que justificaria uma medida da Autoridade Comunitária.

Outra questão ainda em aberto é quanto a competência da Autoridade Comunitária para adotar um código obrigatório a todos os Estados-membros. Fala-se em alterar as competências das instituições comunitárias para viabilizar o projeto codificador, mesmo que isso custe muito esforço político no convencimento das instâncias nacionais. Este viés político é importante, pois suscita ainda um questionamento quanto a quem deve caber a elaboração de um eventual código: ao Parlamento Europeu, à Comissão, aos acadêmicos?

A própria opção pela forma codificada implica controvérsias, na medida em que muitos autores entendem ser uma forma legislativa ultrapassada. Com efeito, o risco da criação de um sistema fechado, pouco afeito às mudanças tecnológico-econômico-sociais de nossos tempos, sugere que se deve ter cautela ao

defender a adoção de um Código Civil europeu, ou um Código de Contratos. Isso sem levar em conta o choque que uma legislação de tal envergadura causaria em sistemas pouco acostumados com a técnica da subsunção, como nos países do *Common Law*.

A opção pela não ação da Autoridade Comunitária não parece realmente factível, visto que em determinados setores as diferenças entre os direitos nacionais falseiam a concorrência e afetam o exercício das liberdades de circulação. Como não se pode fugir do fato de que a Comunidade precisa mesmo agir em certos aspectos relativos a contratos, como a defesa dos consumidores, comércio eletrônico, responsabilidade por produtos defeituosos etc, para melhorar as condições de funcionamento do mercado interno europeu, é necessário que alguma medida seja tomada no sentido de tornar esta intervenção legislativa mais eficiente.

De uma forma geral, pode-se afirmar que o acervo comunitário atual em Direito dos Contratos, mesmo não sendo de má qualidade, é fragmentado e lacunoso. A realidade implementada pelas directivas suscita problemas diversos e não promove muitas das soluções a que se propõe. Com efeito, as transposições das directivas, não seguindo uma linha comum, não conduzem a qualquer harmonização, permanecendo o problema da existência de diversos tratamentos jurídicos para uma mesma situação fática.

Esta fragmentação só pode ser solucionada através da criação a nível comunitário de uma base normativa que dê sustentação às directivas, evitando que cada uma delas tenha que representar um microssistema complexo, com normas de aplicação, normas dispositivas e normas imperativas. Ademais, como isso nem sempre ocorre, muitas directivas terminam por trazer lacunas, pois o seu bojo não contém todas as normas necessárias a sua aplicação plena. E mesmo quando as directivas assumem a forma de um microssistema, pode acabar por haver um choque entre as definições de institutos jurídicos entre as próprias directivas. Assim, como cada directiva traz uma definição do que seja dano, pode ocorrer que um mesmo fato seja considerado dano para uma relação contratual, mais não o seja para outra, regulada por uma directiva diversa<sup>1</sup>.

---

1. CÁMARA LAPUENTE afirma haver uma inconsistência entre as directivas em assuntos similares e exemplifica: o direito do consumidor de terminar o contrato possui entre a Directiva 85/577/CE e a Directiva 97/7/CE diferentes requerimentos e efeitos. Na primeira, (art. 5), o período de desistência é de sete dias (sem qualquer outra especificação), sendo suficiente enviar uma notificação e a devolução das despesas de acordo com as normas nacionais. Na Directiva de 1997, o período é de sete dias úteis, o consumidor deve devolver as despesas não há especificação de se uma mera notificação é suficiente e, portanto, de acordo com as implementações, podem ser necessários outros requisitos para o exercício do direito (2001, p. 4-5).

## CONCLUSÃO

Certo é que, mesmo se afastando dos propósitos iniciais e das características que lhe foram atribuídas, as directivas que versam sobre direito dos contratos dificilmente irão fugir do conteúdo detalhista, uma vez que o resultado que impõe aos destinatários é justamente a aproximação das legislações. Ora, como fazer para aproximar as legislações e não for através da definição de certas normas comuns a serem adotadas? Os meios e formas que os Estados-membros detêm para implementar a directiva necessariamente restarão reduzidos, pelo menos no que se refere ao conteúdo de direito material. Ainda assim, pode-se observar, especialmente nas directivas que impõem uma harmonização de mínimos, que os Estados-membros tem uma margem de atuação razoável, o que acaba por gerar a fragmentação comentada. Como se vê, as críticas que se faz ao acervo comunitário em direito dos contratos decorre em grande parte dos efeitos limitados das directivas e da flexibilidade que lhes é característica.

Para recorrer aos regulamentos, que não traria os problemas do uso das directivas, seria necessário modificar a competência das instituições comunitárias, de forma a viabilizar a adoção desta medida não somente nos casos do art. 95º do TCE (aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, que tenho *por objeto* o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno), mas também nos casos do art. 94º, que exige apenas a incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum. Com efeito, a aproximação dos direitos nacionais sobre contratos configura uma medida que tem *por objeto* o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, mas apenas *incide diretamente* no seu funcionamento. Uma tal modificação da competência das instituições é pouco suscitada, e os que levantam a hipótese a consideram improvável.

A questão que se coloca é como fazer para melhorar a legislação comunitária existente e garantir a qualidade dos atos futuros em direitos dos contratos, mantendo as características das directivas e sem ampliar as competências das instituições comunitárias.

Muito se fala em direito dos contratos, mas pouca referência é feita ao direito das obrigações, que são o resultado jurídico da relação contratual. Os contratos nada mais são que fontes de obrigações e as normas de direito contratual não têm sentido sem que haja uma disciplina anterior do funcionamento das obrigações que os contratos irão gerar. Portanto, muito da fragmentação identificada no ordenamento comunitário de direito contratual se deve à inexistência de qualquer norma geral que discipline o direito das obrigações.

Muitos dos trabalhos académicos que se apresentam como propostas de legislação sobre direito dos contratos para a Comunidade Europeia, como os *PECL*

e o *Contract Code*, do Grupo de Pavia, tratam de dois temas: alguns aspectos de direito das obrigações e a disciplina da parte geral do direito dos contratos. Sobre direito das obrigações, pode-se encontrar o regime da responsabilidade solidária, a cláusula penal, as formas de pagamento, os remédios para a frustração do pagamento, perdas e danos, transmissão das obrigações etc. Do universo das relações contratuais, além dos tão festejados princípios, existem normas sobre interpretação dos contratos, teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*), responsabilidade contratual, pré-contratual e pós-contratual, efeitos com relação a terceiros, formação, conclusão, validade e extinção dos contratos.

A qualidade dos trabalhos realizados pelos acadêmicos é incontestável, assim como sua funcionalidade. Em que pese não haver grandes investidas nas definições das modalidades das obrigações (dar coisa certa ou incerta, fazer e não fazer; alternativas e facultativas; divisíveis e indivisíveis; personalíssima ou impessoal etc), o corpo de normas criado com coerência e sustentado em bases sólidas não deve ser ignorado jamais. Vale dizer que a abstenção em disciplinar espécies contratuais é acertada, na medida em que certamente suscitaria maiores controvérsias e fecharia as portas para as constantes modificações exigidas pelo mercado.

Volta-se aqui ao questionamento levantado anteriormente: como fazer para adotar um tal texto? Por meio de directivas não parece viável, tendo em vista que não se trata de uma obrigação de resultado a ser atingido pelos Estados-membros, mas sim de uma imposição de legislação. Possibilitar a adoção de um regulamento através da modificação da competência das instituições, tampouco parece factível.

O Plano de Ação em curso fala em “promover o estabelecimento de disposições contratuais de acordo com um determinado modelo ao nível comunitário e estudar a oportunidade da aplicação de medidas específicas não setoriais, tal como um instrumento facultativo, para resolver os problemas que se colocam no domínio do direito europeu dos contratos” (Comissão..., 2003a, p. 5). Com efeito, a Comunidade deve, ao legislar, observar as características do Direito Comunitário como ramo autônomo do Direito, conforme as decisões do TJCE.

A adoção a nível comunitário de um instrumento não setorial, como os *PECL* ou o *Contract Code*, tornando facultativa a adesão dos Estados-membros, desde que sem modificações, traria para o bojo do ordenamento comunitário uma base sólida que garantiria coerência às directivas, que versariam sobre questões setoriais. Tal instrumento poderia ser adotado até mesmo através de recomendações, que não são vinculativas, e evitaria que as directivas tivessem que estar sempre a criar novos sistemas próprios de direito das obrigações e regras contratuais

## CONCLUSÃO

gerais, gerando as distorções conhecidas. Deste modo, o Código de Obrigações (ou de Contratos, ou seja qual for o nome que tenha) não teria problemas de competência das instituições para ser implementado e tornaria o acervo comunitário sobre direito dos contratos mais coerente e coeso, evitando inclusive a diversidade de conceitos. Neste caso, as directivas continuariam a compor microssistemas, mas não mais microssistemas soltos, pois acompanhariam a base existente, e se voltariam para aspectos conexos com a realidade contratual, como questões processuais, administrativas, fiscais, responsabilidade extracontratual etc.

Um outro aspecto importante da adoção de um instrumento que ofereça base normativa às directivas é o fato de que as instituições manterão uma boa margem de manobra para estar sempre agindo quando as circunstâncias exigirem. Da mesma forma, o direito interno dos Estados-membros não seria afetado, pois eles manteriam a possibilidade de escolha da forma e dos meios de implementação das directivas. Claro está, entretanto, que as directivas teriam que fazer sempre remissão à norma geral comunitária naquilo que forem omissas e os Estados-membros não poderiam aplicar seu direito interno, sob pena de não haver qualquer harmonização.

Este estudo pretendeu mostrar todos os vieses do debate em curso na Comunidade Européia acerca da harmonização do Direito dos Contratos, com a apresentação da realidade normativa atual, as dificuldades encontradas, as discussões e as propostas acerca do futuro. A sugestão desta conclusão não pretende ser a melhor, mas sim contribuir para que, em confronto com outras sugestões, se chegue ao melhor resultado possível. O debate, entretanto, permanece aberto.



## PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac. – Acórdão  
AJCL – The American Journal of Comparative Law  
Art. – Artigo  
BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra  
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch  
CE – Comunidade Européia  
CECA – Comunidade Européia do Carvão e do Aço  
CEE – Comunidade Económica Européia  
CEPR – The Centre for Economic Policy Research  
CES – Comitê Económico e Social da Comunidade Européia  
CISG – Convention on International Sales of Goods  
CMLR – Common Market Law Review  
Coord. – Coordenador  
DOCE – Diário Oficial da Comunidade Européia  
DPC – Direito Privado Comunitário  
EC – European Community  
ECJ – European Court of Justice  
Ed. – Editor  
EEC – Economic European Community  
ERPL – European Review of Private Law  
EUI – European University Institute  
EURATOM – Comunidade Européia da Energia Atômica  
Europa Dir. Priv. – Europa i Diritto Privato  
JOCE – Jornal Oficial da Comunidade Européia  
MJECL – Maastricht Journal of European and Comparative Law  
Org. – Organizador

p. – Página

PE – Parlamento Europeu

PECL – Principles on European Contract Law

PME – Pequena e Média Empresa

RCDP – Rivista Critica del Diritto Privato

RDC – Rivista di Diritto Civile

RDM – Revista de Derecho Mercantil

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

TCE – Tratado da Comunidade Européia

TCECA – Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço

TEUR – The European Union Review

TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

Trad. – Tradutor

TUE – Tratado da União Européia

UCC – United States Uniform Commercial Code

UE – União Européia

ZÖR – Zeitschrift für öffentliches Recht

## RELAÇÃO DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPÉIA

1. Acórdão *Van Duyn/Home Office*, de 4 de Dezembro de 1974, Processo 41/74.
2. Acórdão *Ursula Becker/Finanzamt Münster-Innstadt*, de 19 de Janeiro de 1982, Processo 8/81.
3. Acórdão *Marshall/Southampton and South-west Hampshire Area Health Authority*, de 26 de Fevereiro de 1986, Processo 152/84.
4. Acórdão *Krantz*, de 7 de Março de 1990, Processo C-69/88.
5. Acórdão *Foster e Outras*, de 12 de Julho de 1990, Processo C-188/89.
6. Acórdão *Marleasing*, de 13 de Novembro de 1990, Processo C-106/89.
7. Acórdão *Francovich e O.*, de 19 de Novembro de 1991, Processos C-6/90 e C-9/90.
8. Acórdão *Keck e Mithouard*, de 24 de Novembro de 1993, Processos C-267/91 e C-268/91.
9. Acórdão *Faccini Dori*, de 14 de Julho de 1994, Processo C-91/92.
10. Acórdão *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, de 5 de Março de 1996, Processos C-46/93 e C-48/93.
11. Acórdão *Kampelmann e O.*, de 4 de Dezembro de 1997, Processos C-253/96 e C-258/96.
12. Acórdão *Comissão/Países Baixos*, de 10 de Maio de 2001, Processo C-152/98.



## BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE ALDAZ, C. M. d. (2001). Comunicación sobre Derecho Contractual Europeo. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.11.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.11.pdf)
- ALEXY, R. (1989). **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCIA, R. (1989). **Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Comum Europeo**. Madrid, Civitas.
- ALPA, G. (1997). Princípios Gerais e Direito dos Contratos. Um Inventário de Dicta e de Questões. **Contratos: Actualidade e Evolução**. PINTO MONTEIRO, A. Porto, Universidade Católica do Porto: 101-110.
- \_\_\_\_\_(1999). “Derecho Público ‘y’ Derecho Privado. Una discusión abierta.” **Revista de Derecho Privado**: 3-43
- \_\_\_\_\_(2000a). “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law.’” **ERPL**(2): 321-332
- \_\_\_\_\_(2000b). “I ‘Principles of European Contract Law’ predisposti dalla Commissione Lando.” **RCDP XVIII**(3): 483-536
- ANDRADE, M. C. (2002). **Controle de Concentrações de Empresas: estudo da experiência comunitaria e aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**. São Paulo, Singular.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (2002). Estudio Preliminar: Las Perspectivas de um Derecho Privado Europeo. **Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación**. SCHULZE, R.,
- ZIMMERMANN, R. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Barclays PLC (2001). A response by Barclays PLC. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.3.1.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.3.1.pdf)
- BASEDOW, J. (2000). EC regulations in European Private Law. **Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr**. BASEDOW, J. The Hague, Asser Press.
- BATES, T. St. J. N. (1996). The Implementation of European Union Directives in National Law: Some United Kingdom Perspectives. **ZÖR**(50) : 193-224
- BEGG, D., CRÉMER, J., et al. (1993). **Making Sense of Subsidiarity: How Much Centralization for Europe?** CEPR Annual Report, 4 : 19-23

- BELLO MARTIN-CRESPO, M. P. (1999). **Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional: especial consideración de la jurisprudencia del tribunal supremo en la aplicación de normas de derecho mercantil.** Madrid, Civitas.
- BENACCHIO, G. (2001). **Diritto Privato della Comunità Europea: fonti, modelli, regole.** Padova, Cedam.
- BIRD, T. C. (2001). "Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees: its impact on existing Irish sale of goods law." **ERPL(2/3):** 279-95
- BONELL, M. J. (1997). "The need and possibilities of a codified European contract law." **ERPL(5):** 505-518
- \_\_\_\_\_(1998). "Verso un Codice Europeo dei Contratti?" **Europa Dir. Priv.:** 171-191
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) (2001). Positionpaper on the Communication from the Commission on European Contract Law (KOM (2001) 398, July 2001. 2002. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.1.4\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.1.4_en.pdf)
- Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) (2001). BEUC's position on the Communication on European Contract Law. 2002. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/3.1.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/3.1.pdf)
- BUSSANI, M. (2002). "En busca de un Derecho Privado Europeo." **Anuário de Direito Civil LV(III):** 941-963
- BUSSANI, M., MUSY, A. (2000). "I metodi della comparazione: il 'Common Core' dei diritti europei del contratto." **RCDP XVIII(3):** 537-546
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2001). Communication on European Contract Law. **2002.** [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.28.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.28.pdf)
- \_\_\_\_\_(2003). Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace. **Derecho Privado Europeo.** CÁMARA LAPUENTE, S. Madrid, Colex.
- CAMPOS, J. M. d. (2000). **Manual de Direito Comunitário.** Lisboa, Gulbenkian.
- CANARIS, C.-W. (1997). A Liberdade e a Justiça Contratual na 'Sociedade de Direito Privado'. **Contratos: Actualidade e Evolução.** PINTO MONTEIRO, A. Porto, Universidade Católica do Porto: 49-66.
- CASTRONOVO, C. (1998). "Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?" **Europa Dir. Priv.:** 1019-1033
- \_\_\_\_\_(2001). Prefazione all'edizione Italiana. **Principi di Diritto Europeo dei Contratti: Parte I e II.** CASTRONOVO, C. Milão, Giuffrè.

#### BIBLIOGRAFIA

- CBI (2001). CBI Response to the Commission's Communication on European Contract Law COM (2001) 398 final. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.1.6.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.1.6.pdf)
- CHAMBOREDON, A. (2000). "Form v Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract." **ERPL(1)**: 237-47
- COING, H. (1996). **Derecho Privado Europeo**. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- COLLINS, H. (1995). European Private Law and the Cultural Identity of Status. **ERPL(3)** : 353-365
- \_\_\_\_\_(2000). Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law. **ERPL(1)** : 211-235
- \_\_\_\_\_(2001). Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract Law. **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven, SECOLA. **2002**. <http://www.secola.org/vortraege/leuven/collins.pdf>
- Comissão das Comunidades Europeias (2001a). Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos. Bruxelas. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/cont\\_law\\_02\\_pt.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_pt.pdf)
- \_\_\_\_\_(2001b). Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia. Bruxelas
- \_\_\_\_\_(2002a). Plano de Ação "simplificar e melhorar o ambiente regulador". Bruxelas. [http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2002/com2002\\_0278pt01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2002/com2002_0278pt01.pdf).
- \_\_\_\_\_(2002b). Reações à Comunicação sobre o Direito Europeu dos Contratos. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/summaries/sum\\_pt.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_pt.pdf)
- \_\_\_\_\_(2003a). Plano de Ação. Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos. Bruxelas. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com\\_2003\\_68\\_pt.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_pt.pdf)
- \_\_\_\_\_(2003b). Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização. COM(2002) 654 final. Bruxelas
- \_\_\_\_\_(2003c). Operational results from the workshops on the European Contract Law Action Plan. Brussels. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/oper\\_results\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/oper_results_en.htm)
- Comité Econômico e Social (2001). Parecer do Comité Económico e Social sobre o 'Relatório da Comissão sobre a aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores'(COM(2000) 248 final). D.O.C.E. C 116 de 20.04.2001.

- \_\_\_\_\_(2002). Parecer do Comitê Econômico e Social sobre a 'Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o direito europeu dos contratos. 2002. [http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2002/c\\_241/c\\_24120021007pt0010007.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2002/c_241/c_24120021007pt0010007.pdf)
- Commercial Bar Association (COMBAR) (2001). Response of COMBAR. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/4.4.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/4.4.pdf)
- Conselho da União Européia (2001). Projecto de relatório do Conselho sobre a necessidade de aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria civil. **2003**. <http://register.consilium.eu.int/pdf/pt/01/st13/13017p1.pdf>
- \_\_\_\_\_(2003). Competitiveness - Internal Market, Industry and Research. Bruxelas. <http://ue.eu.int/pressData/en/intm/77295.pdf>
- Conselho Europeu de Tampere (1999). Conclusões da Presidência. Tampere, Conselho Europeu de Tampere
- Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino (2001). Sem Título. 2002. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/4.17.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/4.17.pdf).
- Consumers' Association (2001). Consumers' Association's response. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/3.2.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/3.2.pdf)
- COPPEL, J. (1993). **Individual Enforcement of Community Law: The Future of the Francovich Remedy**. San Domenico (FI), EUI.
- Danish Government (2001). Opinion of the Danish Government on Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/1.7.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/1.7.pdf)
- DE LOS MOZOS, J. L. (1994). La propuesta de un Código Europeo de Contratos del 'Convegno di Pavia' vista desde España. **Estudios de Derecho Europeo Privado**. DIAZ FRAILE, J. M. Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- \_\_\_\_\_(1997). Proemio: Tradición Jurídica e Integración Europea: Reflexiones preliminares. **Contract Code: Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa**. MCGREGOR, H. Barcelona, JMB.
- DE MOOR, A. (1995). Common and Civil Law Conception and a European Law of Contract: the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. **ERPL(3): 257-271**
- DEHOUSSE, R. (1993). **Does Subsidiarity Really Matter?** Florença, EUI.
- \_\_\_\_\_(1994). Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis. **AJCL (42) : 761-781**

BIBLIOGRAFIA

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., et al. (2001). **Derecho Civil Comunitario**. Madrid, Colex.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., et al. (2002). **Los Principios del Derecho Europeo de Contratos**. Madrid, Civitas.
- DROBNIG, U. (1997). Scope and general rules of a European civil code. **ERPL(5)**: 489-496
- DWORKIN, R. (1976). **A matter of principle**. Oxford, Clarendon Press.
- \_\_\_\_\_(1999). **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2003). La aplicación de las Directivas comunitarias en materia de derecho privado a las situaciones transfronterizas. **La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. SANCHEZ LORENZO, S., MOYA
- ESCUADERO, M. Madrid, Dykinson: 179-204.
- Eurocommerce (2001). Position Paper on European Commission Communication on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/2.5.8\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/2.5.8_en.pdf)
- European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (UEAPME) (2001). UEAPME position paper on the European Commission's Communication on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/2.5.4.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/2.5.4.pdf)
- European Consumer Law Group (ECLG) (2001). Response to the Communication on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/3.3.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/3.3.pdf)
- European Free Trade Association (EFTA) (2001). EEA EFTA comments on the communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/1.2.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/1.2.pdf)
- FALLON, M.,FRANCQ, S. (2000). Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts? **Private Law in the International Arena**. BASEDOW, J. The Hague, Liber Amicorum Kurt Siehr. Asser Press.
- Federation of European Direct Selling Associations (FEDSA) (2001). Response to the Communication on European Contract Law (COM 2001 398 final). 2002. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.2.1.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.2.1.pdf)
- GAMBARO, A. (1998). “Jura et Leges’ nel Processo di Edificazione di un Diritto Privato Europeo.” **Europa Dir. Priv.**: 993-1018.
- GANDOLFI, G., Ed. (1999). **Code European des Contrats - Avant-Projet**. Milano, Giuffrè.

- GARCIA AMIGO, M. (1997). El Contrato en la Perspectiva Comunitaria. **Contratos: Actualidade e Evolução**. PINTO MONTEIRO, A. Porto, Universidade Católica do Porto: 297-313.
- GARCÍA GARNICA, M. d. C. (2003). El ámbito material de la unificación del Derecho Privado Europeo: ¿una unificación global o sectorial? **La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. SANCHEZ LORENZO, S., MOYA ESCUDERO, M. Madrid, Dykinson: 263-74.
- GARCÍA RUBIO, M. P.,LETE, J. (2001). Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.29.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.29.pdf)
- GÁZQUEZ SERRANO, L. (2003). Unificación de la Responsabilidad Civil: la Responsabilidad por Productos Defectuosos. **La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. SANCHEZ LORENZO, S., MOYA ESCUDERO, M. Madrid, Dykinson.
- General Bar Council of England and Wales (2001). A position paper on behalf of the Law Reform Committee of the General Bar Council of England & Wales. **2002**[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/4.14.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/4.14.pdf)
- GORDLEY, J. (1995). Comparative Legal Research: Its Function in the Development of harmonized Law. **AJCL(43)** : 555-567
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2003). **Direito Comunitário**. Coimbra, Almedina.
- Governo de Portugal (2001). Resposta às questões colocadas pela Comissão Europeia aos Estados-Membros no seguimento da comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre Direito Europeu dos Contratos de 11.07.2001 (COM-2001 398 final). **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/1.6.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/1.6.pdf)
- GRUNDMANN, S. (2002). La Struttura del Diritto Europeo dei Contratti. **Rivista di Diritto Civile Anno XLVIII(3)**: 365-401
- HARTKAMP, A. (1994). The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law. **ERPL(2)**: 341-57
- \_\_\_\_\_(1998). Principles of Contract Law. **Towards a European Civil Code**. HARTKAMP, A. e. a. The Hague, Kluwer Law International.
- \_\_\_\_\_(2000). On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights. **ERPL(1)** : 111-124
- HARTKAMP, A., HESSELINK, M., et al., Eds. (1998). **Towards a European Civil Code**. The Hague, Kluwer Law International.

BIBLIOGRAFIA

- HATZIS, A. N. (2001). The anti-theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/5.7.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/5.7.pdf)
- HESSELINK, M. W. (2001). The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe? **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro de 2001. 2002**.<http://www.secola.org/vortraege/leuven/hesselink.pdf>
- \_\_\_\_\_(2002). "Special Issue on Critical Legal Theory and European Private Law." **European Review of Private Law**(1): 3-5
- HONDIUS, E. (1995). The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by the Member States. **ERPL**(3): 241-255
- \_\_\_\_\_(1997a). Unfair contract terms: towards a European Law Introduction. **ERPL**(2) : 121-134
- \_\_\_\_\_(1997b). Towards European Civil Code: the debate has started. **ERPL**(5): 455-464
- \_\_\_\_\_(1999). Consumer Law and Private Law: the Case for Integration. **New European Contract Law and the Consumer Protection: The concepts Involved in Community Regulations and Their Consequences for Domestic Civil Law**. HEUSEL, W., Trier, Bundesanzeiger, p. 19-38
- IANNARELLI, A., SCANNICCHIO, N. (2001). Opzioni per Iniziative Future della CE nel Settore del Diritto Contrattuale. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.8.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.8.pdf)
- JACOBS, F. G. (1999). Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**. ELLIS, E. Oxford/Portland, Hart Publishig.
- JOERGES, C. (1994). **Rationalization Processes in Contract Law and the Law of Product Safety: Observations on the impact of European Integration on Private Law**. San Domenico (FI), EUI.
- \_\_\_\_\_(1995). "The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines - na Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts." **ERPL**(3) : 175-191
- \_\_\_\_\_(1998). **The Science of Private Law and the Nation State**. San Domenico (FI), EUI.
- KERAMEUS, K. D. (1997). Problems of drafting a European Civil Code. **ERPL**(5): 475-482
- KLAUER, I. (2000). "General Clauses in European Private Law and 'Stricter' National Standards: The Unfair Terms Directive." **ERPL**(1): 187-210
- KOOPMANS, T. (1997). Towards a European Civil Code? **ERPL**(5): 541-548

- KÖTZ, H. (1997). The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, Trento 17-19 July 1997. **ERPL**(5): 549-552
- \_\_\_\_\_(1999). How to Achieve a Common European Private Law. **Perspectives on European Private Law**. WERRO, F. Fribourg, Editions Universitaires Fribourg.
- KÖTZ, H., FLESSNER, A. (1997). **European Contract Law. Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties**. Oxford, Clarendon Press.
- LANDO, O. (1989). European Contract Law. **Il Diritto Privato Europeo: problemi e prospettive**. MOCCIA, L. Milão, Giuffrè
- \_\_\_\_\_(1997). Why codify the European Law of contract? **ERPL**(5): 525-536
- \_\_\_\_\_(2000). European Contract Law and the ‘Lex Mercatoria’. **Private Law in International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr**. BASEDOW, J. The Hague, T.M.C. Asser Press.
- \_\_\_\_\_(2001). “Why does Europe Need a Civil Code?” **Conferência da SECOLA, 30 de novembro a 1 de Dezembro de 2001**, SECOLA. **2002**.<http://www.secola.org/vortraege/leuven/lando.pdf>
- LANDO, O., CLIVE, E., et al., Eds. (2003). **Principles of European Contract Law, Part III**. The Hague, Kluwer Law International.
- LANDO, O., BEALE, H., Eds. (1995). **Principles of European Contract Law. Part I: performance, non-performance and remedies**. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
- \_\_\_\_\_(2000). **Principles of European Contract Law. Parts I e II**. The Hague, Kluwer Law International.
- LANDO, O., V. BAR, C. (2001). Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/5.23.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/5.23.pdf)
- Law Society of England and Wales (2001). Re: Communication on European Contract Law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/4.12.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/4.12.pdf)
- LIMA PINHEIRO, L. d. (2001). Directo Aplicável aos Contratos com Consumidores. **ROA**(61) : 155-170
- London Investment Banking Association (LIBA) (2001). A response by the London Investment Banking Association. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.3.4.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.3.4.pdf)
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. (1999). **Instituciones y Derecho de la Union Europea**. Madrid, McGraw Hill.
- MARKESINIS, B. S. (1997). “Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity.” **ERPL**(5): 519-524

BIBLIOGRAFIA

- MARTINS, F. P. (1992). **Mercado Interno e a circulação das mercadorias na comunidade**. Lisboa, Ed. Veja.
- MARTINS-COSTA, J. (2000). **Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MATTEI, U. (1997). "A transaction costs approach to the European Code." **ERPL**(5): 537-540
- \_\_\_\_\_(1999). "Il nouvo diritto europeo dei contratti, tra efficieza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive." **RCDP XVII**(4): 611-649
- \_\_\_\_\_(2002). "Hard Code Now! A Critique of "Softness" and a Plea for Responsibility in the European debate over Codification". **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. 2002.<http://www.secola.org/vortraege/leuven/mattei.pdf>
- McGREGOR, H. (1997). **Contract Code: Projecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa**. Barcelona, JMB.
- McKENDRICK, E. (2001). "Contracts, the Common Law and the Impact of Europe." **Europa Dir. Priv.** 4: 769-785
- \_\_\_\_\_(2002). Contract Law and Condification: a View from England. **Um Código Civil para a Europa**. SINDE MONTEIRO, J. F. Coimbra, Ed. Coimbra.
- MÉNDEZ SERRANO, M. d. M. (2003). Ámbito espacial de los principios de derecho contractual europeo: ¿eficacia sólo intracomunitaria? **La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. SANCHEZ LORENZO, S., MOYA
- ESCUADERO, M. Madrid, Dykinson: 275-91.
- MENEZES CORDEIRO, A. M. (1989). **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra, Almedina.
- \_\_\_\_\_(2002). A Modernização do Direito das Obrigações. I – Aspectos Gerais e Reforma da Prescrição. **ROA**(62) : 91-110
- \_\_\_\_\_(2002). A Modernização do Direito das Obrigações. II – O Direito da Perturbação das Prestações. **ROA**(62) : 319-345
- MÖLLERS, T. M. J. (2002) European Directives on Civil Law. The German Approach: Towards the Re-codification and New Foundation of Civil Law Principles. **ERPL**. (6) : 777-798
- Motion Picture Association (MPA) (2001). Commission Consultation - Communication on "European Contract Law". 2002.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.4.3.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.4.3.pdf)
- MÜLLER-GRAFF, P.-C. (1998). EC Directives as a Means of Private Law Unification. **Towards a European Civil Code**. HARTKAMP, A. e. a. The Hague, Kluwer Law International.

- NEGREIROS, T. (1998). **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro, Renovar.
- NIGLIA, L. (1998). “Diritto giurisprudenziale e direttive comunitarie in matéria di diritto privato: note critiche.” **RCDP XVI**(3): 459-482
- \_\_\_\_\_(2001). The Non-Europeanisation of Private Law. **ERPL**(4) : 575-599
- OFFERMANN, K. H., Ed. (2000). **The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code**. Legal Affair Series - JURI 103. Luxemburgo, Parlamento Europeu.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. d. (2000). Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. **ROA**(60) : 573-595
- OLSEN, L. (1999). The choice of the aggrieved party – Na analysis of the remedies in the Principles of the European Contract Law. **ERPL**(1): 21-44
- ONETTI, A. (2001). “Subsidiarity as an Organisational Principle. The Non-Profit Experience in Germany.” **TEUR 6**(1-2) : 47-76
- Orgalime (2001). Orgalime Position Paper. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.1.7.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.1.7.pdf)
- PAIS, S. O. (1992). “O Acórdão Marleasing - Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas.” **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**(68): 283-322
- PARISI, F. (2001). “The Harmonization of Legal Warranties in European Law: na Economics Analysis”. **Conferência da SECOLA, 30 de novembro a 1 de Dezembro de 2001**, SECOLA.2002. <http://www.secola.org/vortraege/leuven/paridi.pdf>
- Parlamento Europeu (2001). Resolução do Parlamento Europeu sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros. Luxemburgo. <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2002/ce140/ce14020020613pt05380542.pdf>
- \_\_\_\_\_(2003). European Parliament resolution on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan (COM(2003) 68 - 2003/2093(INI)). Luxemburgo. [http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALDOC&TPV=PROV&FILE=20030902&TXTLST=1&POS=1&LASTCHAP=17&SDOCTA=12&Type\\_Doc=FIRST&LANGUE=EN](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALDOC&TPV=PROV&FILE=20030902&TXTLST=1&POS=1&LASTCHAP=17&SDOCTA=12&Type_Doc=FIRST&LANGUE=EN)
- PATRÍCIO, J. S. (2001). **Do Euro ao Código Civil Europeu? Aspectos da convergência legislativa**. Coimbra, Coimbra Editora.
- PERELMAN, C. (1988). **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid, Civitas.
- PERLINGIERI, P. (2001). Nouvi profili del contratto. **Rcdp XIX**(2-3): 223-246
- PINTO MONTEIRO, A. (1995). The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law. **ERPL**(3): 231-240

BIBLIOGRAFIA

- \_\_\_\_\_(1996). El Problema de las Condiciones Generales de los Contratos y la Directiva sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores. **RDM**(219) : 79-103
- \_\_\_\_\_(2002). O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. **ROA**(62) :111-142
- PINTO MONTEIRO, A., Ed. (1997). **Contratos: Actualidade e Evolução**. Porto, Universidade Católica do Porto.
- Polish Government (2001). Poland's comments concerning the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the European contract law. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/1.3.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/1.3.pdf)
- PORTO, M. C. L. (2001). **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra, Almedina.
- POSNER, R. (1995). **Overcoming Law**. Cambridge, Harvard University Press.
- PRECHAL, S. (1995). **Directives in European Community Law: a study of directives and their enforcement in National Courts**. Oxford, Clarendon Press.
- PREEDY, K. (2000). Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment. **ERPL**(1) : 125-133
- Pyramide Europe (2001). Response on European Contract Law .COM (2001)398 fina. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.4.5.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.4.5.pdf)
- QUIGLEY, C. (1997). **European Community Contract Law**. London, Kluwer Law International.
- RAMOS, R. M. M. (1994). **Das Comunidades à União Europeia: Estudos de Direito Comunitário**. Coimbra, Coimbra Editora.
- REICH, N. (1995). “European Consumer Law and its Relationship to Private Law.” **ERPL**(3): 285-305
- \_\_\_\_\_(2001). “Some critical comments on the Commission Communication of 11.07.2001, Com (2001) 398 final ‘On European Contract Law’” **2002**[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.14.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.14.pdf); **Conferência da SECOLA, 30 de novembro a 1 de Dezembro de 2001**, SECOLA. **2002**. <http://www.secola.org/vortraege/leuven/reich.pdf>
- RESCIGNO, P. (2001). Comunicazione sul Diritto Contrattuale Europeo. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.16.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.16.pdf)
- RODOTÀ, S. (1998). Aspettando un codice? **RCDPXVI**(1-2): 3-6
- RUIZ MUÑOZ, M. (1994). “Control de las Condiciones Generales de los Contratos en el Derecho Comunitario.” **Gaceta Juridica**(D-21): 47-98

- SÁ, A. d. (2001). **Cláusulas Contratuais Gerais e Directivas sobre Cláusulas Abusivas**. Coimbra, Almedina.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (2002). **Derecho Privado Europeo**. Granada, Editorial Comares.
- SCHMID, C. U. (2001). Legitimacy Conditions for a European Civil Code. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/5.17.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/5.17.pdf)
- SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R. (2002). **Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación**. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales
- SCHWARTZ, A. (1996). Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto. **RCDP XIV(3)** : 427-450
- SCHWARTZ, A. (2000). Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation. **ERPL(1)** : 135-146
- SCOTTON, M. (2001). "Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees." **ERPL(2/3)** : 297-307
- SINDE MONTEIRO, J. F., Ed. (2002). **Um Código Civil para a Europa**. Studia Iuridica. Coimbra, Coimbra Ed.
- SMITS, J. (1998). A European Private Law as a Mixed Legal System: Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules. **MJECL(5)** : 328-340
- \_\_\_\_\_(2001). "Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe". **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. **2002**.<http://www.secola.org/vortraege/leuven/smits.pdf>
- SNIJDERS, W. (1997). The organisation of drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens. **ERPL(5)**: 483-488
- SOUSA, M. R. d. (1992). "A transposição das directivas comunitárias para a ordem nacional." **Legislação - Cadernos de Ciência da Legislação(4/5)**: 62-94
- \_\_\_\_\_(1999). **A transposição das directivas para a ordem jurídica portuguesa**. Coimbra, Coimbra Ed.
- STAUDENMAYER, D. (2000). "The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees - a Milestone in the European Consumer and Private Law." **ERPL(4)**: 547-64
- STEIN, P., Ed. (1996). **Convegni di Studio per la Redazione del Progetto di un Codice Europeo dei Contratti**, Milano, Giuffrè.
- TEPEDINO, G. (2001). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar.

BIBLIOGRAFIA

- TILMANN, W. (1997). The legal basis for a European Civil Code. **ERPL**(5): 471-474
- TRAYTER JIMENEZ, J. M. (1991). "El Efecto Directo de las Directivas Comunitarias: el Papel de la Administracion y de los jueces en su aplicacion." **Revista de Administracion Publica**(125): 227-80
- TRIDIMAS, T. (1999a). **The General Principles of EC Law**. Oxford, Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_(1999b). Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**. ELLIS, E. Oxford/Portland, Hart Publishing.
- TVARNO, C. D. (2001). Response to the European Commissions: Communication on European Contract Law COM (2001) 398. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.31.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.31.pdf)
- UK Financial Services Authority (2001). Draft FSA Response. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/1.5.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/1.5.pdf)
- United Kingdom Government (2001). Communication on European Contract Law - UK Government Response. **2002**.[http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/1.4.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/1.4.pdf)
- VAN DEN BERGH, R. (2001). "Forced Harmonisation of Contract Law in Europe. Not to be Continued". **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. **2002**.[http://www.secola.org/vortraege/leuven/van\\_den\\_bergh.pdf](http://www.secola.org/vortraege/leuven/van_den_bergh.pdf)
- VAN GERVEN, W. (1995). The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law. **ERPL**(3): 367-78
- \_\_\_\_\_(1997a). ECJ case-law as a means of unification of private law? **ERPL**(2): 293-308
- \_\_\_\_\_(1997b). Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code? **ERPL**(5): 465-470
- \_\_\_\_\_(1998). The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law? **Towards a European Civil Code**. HARTKAMP, A. e. a. The Hague, Kluwer Law International.
- \_\_\_\_\_(2001). "Codifying European Private Law" **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. **2002**.[http://www.secola.org/vortraege/leuven/van\\_gerven.pdf](http://www.secola.org/vortraege/leuven/van_gerven.pdf)
- VAN HOECKE, M., OST, F., Eds. (2000). **The Harmonization of European Private Law**. Oxford/Portland, Hart Publishing.
- VILAÇA, J. L. C., GORJÃO-HENRIQUES, M. (2002). **Tratado de Nice**. Coimbra, Almedina.

- VON BAR, C. (2001). "Paving the Way Forward with Principles of European Private Law". **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. **2002**.[http://www.secola.org/vortraege/leuven/von\\_bar.pdf](http://www.secola.org/vortraege/leuven/von_bar.pdf)
- WEATHERILL, S. (1995). "Prospects for the development of European Private Law Through 'Europeanisation' in the European Court - the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts." **ERPL**(3): 307-328
- WERRO, F. (1999). Towards Denationalization of Private Law in Europe. **New Perspectives on European Private Law**. WERRO, F. Fribourg, EUFS.
- WIEACKER, F. (1993). **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa, Gulbenkian.
- WILHELMSSON, T. (2001). "Real Life Instead of Dead Concepts – The Design of an Optional Restatement of European Contract Law". **Conferência da SECOLA - 30 de novembro a 1 de Dezembro**. Leuven. **2002**.<http://www.secola.org/vortraege/leuven/wilhelmsson.pdf>
- \_\_\_\_\_(2002). "Private Law in the EU: Harmonized or Fragmented Europeanisation?" **ERPL**(1) : 77-94
- ZENO-ZENCOVICH, V. (1998). "The 'European Civil Code', European legal traditions and neopositivism." **ERPL**(4): 349-62
- ZIMMERMANN, R. (2000). **Estudios de Derecho Privado Europeo**. Madrid, Civitas.
- Zurich Financial Services (UKISA) Ltd (2001). Response of Zurich Financial Services (UKISA) Ltd. **2002**. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/2.3.6.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.3.6.pdf)