

A autonomia privada e a tutela do consumidor na Constituição Européia

Salvatore Mazzamuto¹

CONFERÊNCIA NA UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL /junho de 2005.

1. A neonata Constituição Européia, no aspecto da autonomia privada, não parece por nada mais pródiga que as Constituições dos Países Membros. Recentemente, Paolo Grossi classificou-a com o enfoque jacobinista, ou seja, aquele do reducionismo legalista que a impede de fluir espontânea e plural da experiência jurídica². Antes de chegar a tal acusação é oportuno, todavia, analisar mais profundamente o grau de pobreza contedística da Carta Fundamental.

Para tal fim é, certamente, significativa a formulação do art. II-75 da Carta: é reconhecida a liberdade de empresa, conforme o direito da União e as legislações e práticas nacionais. Nada mais. É ainda mais significativo o fato de que, com um olhar através do *Consumerismo*³ – uma das bandeiras da ação comunitária –, o art. II-98 limita-se a prever que: nas políticas da União está garantido um nível elevado de proteção aos consumidores.

Em uma leitura superficial, a Carta Européia – neste, como em numerosos outros campos – parece bem distante de datar regras imediatamente precedentes, difundindo-se em formulações de princípios totalmente gerais e, poder-se-ia dizer, genéricos, com a possibilidade de preenchimento por vários conteúdos.

¹ Professor titular de Instituições do Direito Privado na Faculdade de Direito da Università “Roma Tre”. Diretor da Escola de Doutorado Internacional de Direito e Economia Tullio Ascarelli. Componente do Comitê Consultivo da Academia de Direito Europeu de Treviri. Diretor da Revista trimestral *Europa e diritto privato*, ed. Giuffrè. Professor visitante em universidades dos Estados Unidos, Espanha e Alemanha. É integrante do Conselho Regional de Economia e de Trabalho da região de Lazio. Advogado em Roma.

² P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico* (ou ainda: *la “Carta di Nizza”*, o projeto de “*Costituzione Europea*” as insatisfações de um histórico do direito), *Jus*, 2003, 405 s.

³ N. T.: O Consumerismo é um movimento que nasceu com a expansão do consumo e do desenvolvimento da produção de massa. Ainda pouco conhecido até poucos anos atrás, hoje adquiriu maior importância graças a uma atenção mais difundida às temáticas de segurança e qualidade. O Consumerismo nasce no início do século XX, nos Estados Unidos, enquanto que, na Europa, foram os ingleses, nos anos 50, a se empenhar nesta matéria. Na Itália, o fenômeno se desenvolveu a partir dos anos 80, cultivando e promovendo a informação entre os consumidores, colocando como válidas as formas institucionais de tutela.

Se isto fosse completamente verdade, as linhas de tendência do quadro jurídico-econômico europeu, com particular olhar para o funcionamento do mercado e da proteção dos consumidores, deveria buscar integralmente as disciplinas vigentes, seja no nível comunitário, seja no nível municipal. Deveria, ainda, verificar em que medida a Carta Européia esteja em grau de difundir um novo *élan*.

Uma primeira interrupção provém, todavia, da disciplina de concorrência, onde qualquer indicação a mais é oferecida na III parte da Carta, a qual está endereçada às políticas e ao funcionamento da União, e, em particular nos artigos III-161 e seguintes, que formam o primeiro subcapítulo (regras de aplicação às empresas), na seção 5 (regras de concorrência). As regras contidas nestes dispositivos reproduzem, literalmente, os velhos art. 81 e 82 do Tratado, dedicados, como se nota, ao direito dos acordos e dos abusos de posição dominante. Tal parte da Carta – penso eu – contribui para enriquecer o conteúdo e o teor lacônico dos artigos II-75 e II-98.

Uma forte injeção no conteúdo provém do reconhecimento do princípio da solidariedade, para o qual é dedicado todo o Título IV da Parte II, e, ainda, do art. II-114 da Carta, que positiva, em um disforme⁴ italiano, a proibição de abuso do direito, no sentido do qual:

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de envolver o direito para exercitar uma atividade ou realizar um ato que leve a destruir direitos ou liberdade reconhecidas na presente Carta, ou para impor a tais direitos e liberdades limitações mais amplas daquelas previstas pela presente Carta.

O abuso do direito, a idéia de mercado regulado e o primado da concorrência, além do retorno à proteção do consumidor constituem as novas “fórmulas mágicas” de função constitucional européia que se sobrepõem àquelas da noa tradição constitucional (a função social da propriedade, a utilidade social da iniciativa econômica etc.), com uma importante distinção: a promoção da justiça social e a coesão econômica, social e territorial são indicadas entre os objetivos da União, mas em posição subordinada com relação a prioritária construção de uma “economia social de mercado fortemente competitiva”.

Ao se buscar um quadro em que, *mutatis mutandis*, aparecem novas referências normativas de nível vertical, as quais encarnam uma nova dialética, mas, ao mesmo tempo confirmam o reconhecimento do valor constitucional da autonomia privada e dos limites dos quais a mesma foi sujeita⁵.

⁴ Em italiano, *cativo*.

⁵ Conforme quando foi escrito, nos anos já distantes, sobre as relações entre o art. 1324 c.c. e l’art. 41 da nossa Constituição republicana: G. Benedetti, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, O direito comum dos contratos e dos atos unilaterais entre vivos com conteúdo patrimonial. Studi (Napoli 1991), 97

2. Se bem observados os relevos antes desenvolvidos, encontra-se um preciso desencontro no hodierno quadro do direito de origem comunitária e, de fato, uma boa parte das diretivas, além das muitas declamações retóricas de matriz *consumerística*. Pode-se colher uma série de funcionalizações do agir do indivíduo, seja este consumidor ou empresa frágil, para um interesse público mais geral, que é a regulação do mercado⁶, entendida não em sentido economicista, como mero *ordo naturalis*, mas em sentido jurídico-construtivista, como *ordo legalis*, proporcionado pelas regras do direito positivo: uma funcionalização que, por sua vez, implica uma distorção e, em certa medida, um reescrever dos instrumentos tradicionais de autonomia privada, que se tornam reutilizáveis para alcançar a finalidade excêntrica ou, ainda, alheio no que respeita aos interesses das partes.

Não por acaso, as diversas diretivas comunitárias sucessivas no tempo aparecem sempre mais inspiradas ao comum *ratio* de regular o mercado e de racionalizá-lo desde o princípio, ou seja, desde o início do contrato individual. Emblemática é a nova disciplina sobre a venda dos bens de consumo, à qual emergem, entre os vários e muitos relevantes aspectos, como o adquirente seja elevado a agente de racionalidade do mercado, no mesmo momento em que ele é imposto a provar, antes de tudo, os remédios destinados ao restabelecimento da conformidade do bem. É uma função, isto que, em termos estreitamente econômicos, pode ser bem jogado pelos consumidores, ou mesmo pelo último elo da corrente produtiva distributiva, muito mais do que das empresas⁷.

Sobre tal ângulo prospectivo, é também criticada, por excesso de generalização e conceitualização, a recente escolha do legislador alemão, o qual dela aproveitou-se, na espera *Schuldrechtsmodernisierung*, para incorporar a diretiva sobre a venda dos bens de consumo no interior do direito geral das obrigações. Parece ter traído a inspiração, pelo menos na medida em que elevou o critério geral da venda de coisas móveis de hierarquização dos remédios, prescindido à qualidade das partes e estendendo-a às relações entre consumidores e profissionais, até mesmo para as relações *business to business*.

s.: “O ditado do art. 1324 c.c., assim entendido, se enquadra com absoluta harmonia no sistema e antes de tudo no desenho da *Carta constitucional*. Como é a todos notório, segundo a doutrina mais moderna e a mesma Corte Constitucional, tutelas e limites previstos pelo art. 41 da Constituição não são reduzidos a expressão mais vistosa pela iniciativa econômica privada que se realizada na empresa, mas são os mesmos, em geral, à *autonomia do privado* e ao instrumento que constitui a sua explicação. Nesta, então, encontra-se não indireta, como se dizia uma vez, mas direta previsão e tutela Constitucional”.

⁶ Para uma feliz percepção em tal sentido, ver: G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 21 s.

⁷ S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, Europa dir.priv., 2004, 1036 s.

Uma desafiante promoção pelas *rationes* da norma especial, com fundamento de uma regra geral, não só deixou em um ponto a Convenção de Viena, que expressamente prevê a alternativa entre remédios específicos e ressarcidores nas relações entre profissionais (art. 45 e seguintes, Convenção de Viena, 11 abril 1980), como acabou, ao criar remédios de preenchimento específico - ou da correção do preenchimento inexato ou da substituição do bem -, por colocar mais obstáculos no relacionamento entre os profissionais, impedindo, então, um pronto recurso ao mercado, em caso de violação do empenho contratual, e comprimindo, definitivamente, a potencialidade do perfil empreendedor.

É verdade que a tarefa de moralizar, pela via da hierarquização dos remédios, a conduta do vendedor, empenhando-se o *commodus discessus* da monetarização do dano, pode ser plausivelmente endossada ao consumidor, já que este persegue a aquisição do valor de uso do bem comprado e vendido. Já nas relações *business to business*, a análoga finalidade pode ser conseguida por outras vias, aquelas, por exemplo, que marcam a disciplina antitruste da normativa em contraste com a concorrência desleal, do abuso de dependência econômica que pressupõe, todavia, uma maior desvalorização das condutas e colocam em campo técnicas de tutela mais complexas.

A crítica colocada à indevida extensão operada pelo legislador alemão não ocorre apenas sobre este plano específico: ela tem como fundamento um desacordo geral a respeito da lógica mais acentuada - a qual, hoje, muitos intérpretes aderem -, o que eleva o consumidor a beneficiário exclusivo das intervenções de proteção. Em realidade, na venda de bens de consumo, como em campos análogos, o consumidor é individuado, pelo legislador comunitário, como o sujeito mais adequado - porque portador de um interesse *direto* - a colocar a trabalho daquele aparato normativo, feito de direitos remédios e tutelas, que se destinam, também, a conformar juridicamente o mercado⁸. Pode parecer uma expressão um tanto brutal, mas faz crer que o consumidor, em relação ao complexo tramado pelo legislador comunitário, seja mais um meio que um fim em si mesmo: o agente da revolução, ou seja, ligado assoldado a sua insaputa a serviço do Rei da Prússia. No caso em análise, ele é a grande distribuição que a única que pode assegurar um eficiente serviço pós-venda.

O consumidor escolhe os bens a adquirir e as suas decisões terminam por incidir e por condicionar a formação da oferta e as dinâmicas concorrentes entre os operadores comerciais. Por tal razão, liberando o campo da reconstrução teórica em chave paternalística e filoprotecionista, a Corte Constitucional, na sentença n. 469, de 22 de novembro de 2002,

⁸ Conforme Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi* cit., 1040 s.

exclui o que o art. 1469 *bis* c.c., em matéria de cláusulas abusivas, contrasta com os princípios constitucionais, na parte em que não equipara ao consumidor as pequenas empresas e aquelas artesanais, e individualizou a *ratio* da normativa a tutela do consumidor, não tanto na exigência de proteção do contraente fraco, quanto na exigência de impedir os atos que alteram o dinamismo da concorrência⁹. Assim, o consumidor não é tutelado porque sujeito fraco da relação jurídica, mas enquanto promotor de um determinado ato de consumo que influencia e condiciona o mercado.

Se assim é, a vagueza da fórmula, novamente criada na Carta Européia - “é garantido um nível elevado de proteção dos consumidores” -, longe de representar o ápice de um jacobinismo consumista – utilizo como metáfora a provocação de Paolo Grossi – poderia ser lida como um consciente reenvio à constituição material, forjada pelo direito de derivação comunitária, que vai sendo diferenciado, lentamente, desde puro protecionismo do consumidor-sujeito fraco, para uma mais sofisticada utilização da sua figura, visando governo de mercado.

Tal mudança de ótica não deixa de ter conseqüências sobre as técnicas de compreensão da autonomia privada. Este fato, faz aparecer, por exemplo, a inderrogabilidade absoluta, já experimentada na Itália em um setor anteriormente reservado a tutela do sujeito fragil e tradicionalmente munido de uma inderrogabilidade *in pejus*: se recorda, por exemplo, o corte da escala móvel no direito do trabalho, que tanto impressionou nos anos de 1970. É somente através da inderrogabilidade absoluta, e da força conformadora do agir dos sujeitos privados, que o legislador pode perseguir um objetivo de caráter geral – uma certa forma do mercado. Neste sentido, vêm colocadas a tutela em natureza de interesse específico do comprador e a prevalência acordada à causa de consumo sobre a tradicional função de troca da compra e venda. Ressalta-se, ainda, que a agregada inderrogabilidade absoluta da disciplina, e disponibilidade dos seus efeitos, típica na nossa tradição codicista da prescrição¹⁰. Na verdade, a disponibilidade dos efeitos resguarda o único caso concreto e evita que as regras sobre venda de bens de consumo se transformem em uma “prisão normativa” para o comprador.

O binômio interesse individual/interesse supra-individual não aparece de todo estranho, nem mesmo à diversa técnica das, por assim dizer, nulidades de proteção, conotada da

⁹ Vide Corte cost. 22-11-2002 n. 469, Foro it., 2003, I, 340, con nota di A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*.

¹⁰ Sobre este ponto, vide mais difusamente Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi* cit., 1082 s.

relatividade, mas relevante de ofício, ainda que no único interesse do contraente fraco, como testemunha a disciplina das cláusulas abusivas (art. 1469-*quinquies*, parágrafo 3, c.c.).

O discurso desenvolvido pode, também, estender-se à retórica, não menos *à la page*, da tutela da empresa fraca: o ressuscitado tema das obrigações a contratar – hoje tão discutido – é um evidente exemplo¹¹. Surgida no indício do não-mercado, como contrapeso jurídico à carência legal de concorrência sobre mercado, a doutrina do *Kontrahierungszwang* se prestou, em tempos mais recentes, a leituras absolutamente opostas a favorecer um recuperação em caráter remediável, no sentido da tutela da concorrência.

Acredito, sobretudo, que a assim dita *essential facility doctrine*, ou doutrina das infra-estruturas essenciais, segundo as quais as autoridades antitruste sancionam o ato de refutar o contrato oposto da empresa dominante, a quem necessita de um bem por ela fornecido, freqüentemente protegido por direitos de propriedade intelectual, para exercitar a própria atividade de empresa. Também aqui, todavia, a individualização da empresa fraca como sujeito merecedor de proteção parece reger-se sobre os mesmos pressupostos antes referidos: ou seja, sobre a escolha de encarregar o sujeito portador de um interesse direto e imediato a tutor daquela ordem jurídico-econômica desenhada pela escolha política, operada *in apicibus* do legislador comunitário. Também aqui, por conseqüência, poder-se-ia dizer que a empresa fraca é um meio e não um fim em si própria.

Penso, também, na posição dominante, que é marcada pelo direito comunitário - se e enquanto prejudica o comércio entre os Estados-membros -, não se podendo dizer que seja reprimida, em geral, a assunção da parte dos empreendedores de uma posição dominante, em si considerada, quando também seja o resultado de atos lícitos de concentração ou de desenvolvimento interno, porque, em tal hipótese, a sanção conduziria a inevitáveis efeitos colaterais que distorceriam o mercado, comprometendo a iniciativa econômica privada. Ainda, se a proibição dissesse respeito ao desfrute abusivo que a empresa possa fazer da posição dominante, através, por exemplo, da imposição de preços de aquisição das mercadorias de maneira desproporcional, ou através de ações de perturbação da concorrência para obstaculizar as empresas que operam no mesmo ramo.

Portanto, a lógica da proibição não responde à finalidade de justiça social, porque, se assim fosse, o legislador comunitário teria que negar radicalmente a posição dominante, enquanto produz a desigualdade econômica, ou, ainda, deveria contrastá-la a posterior através

¹¹ L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e i Principles of European Contract Law, Il contratto e le tutele.*; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre* (Torino 2003); V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario* (Torino 2003).

de severas medidas de intervenção pública. Ao contrário, a aquisição de uma posição dominante, por parte de uma empresa, não é contrastada se não determina obstáculos à livre circulação das mercadorias no mercado comum, porque a proibição não diz respeito à concentração de riquezas ou à criação de uma maior força contratual por parte de alguns sujeitos empreendedores. Quando, eventualmente, perturbam o mercado, então é sancionado o abuso, não a existência de uma posição dominante.

À mesma conclusão, parece, pode-se chegar quanto ao desrespeito ao abuso de dependência econômica: um instituto bem acolhido, porém de uma forma acrítica pelos intérpretes que entreviram uma regra geral de proteção do sujeito fraco nas relações intra-empendedoras e que se presta, em uma ótica mais rigorosa, à leitura que evidenciam a instrumentalidade no que diz respeito ao fato de alcançar os objetivos mais gerais, macroeconômicos, expressos pela constituição econômica européia e, neste sentido, a tutela da assim denominada concorrência dinâmica¹².

A Constituição Européia e o direito de origem comunitária não fornecem, na verdade, indicações com relação à necessidade de um princípio geral de justiça contratual, e para o seguimento de tais objetivos de *policy*, que se poderia traduzir na individualização dos limites da autonomia privada totalmente estreita, no sentido de acabar no dirigismo de uma política de preços.

Se o objetivo é o de garantir a concorrência no mercado, o controle inicial das pactuações privadas não pode estar com camisas tão largas a ponto de inibir somente as práticas macroscopicamente contrárias ao bom costume econômico, ou indiscutivelmente distorcidas, como ocorre, por um lado, com os institutos, por assim dizer, de ética civil do mercado, nos quais as rescisões por grandes lesões ou pelo estado de perigo e, por outro lado, com a proibição de entendimentos restritivos à concorrência e ao abuso de posições dominantes.

O abuso da dependência econômica terminaria, então, por constituir uma anomalia, se deslocado da relação contratual, o conteúdo literal da norma não o exclui (ver o art. 9 da lei n° 192, de 18 de junho de 1998), uma vez que, de tal modo, se terminaria com o ato de postular um pleno controle judicial do conteúdo contratual: mas, aqui socorre a interpretação sistêmica. Nem mesmo nas relações contratuais entre profissionais e consumidores, malgrado a incisividade da disciplina das cláusulas abusivas, se controlou o equilíbrio econômico dos negócios, verdadeiramente no âmbito do art. 1469-ter, parágrafo 2, do Código Civil: a

¹² Conforme R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica* (Napoli 2004), passim.

valoração do caráter vexatório da cláusula não atende à determinação do objeto do contrato, nem à adequação do correspondente dos bens e dos serviços, porque tais elementos são individualizados de modo claro e compreensível.

É plausível chegar, porém, a uma interpretação restritiva do abuso de dependência econômica, aquele remédio contra a degeneração de relações já instauradas. A prevenção do risco de extorsão no desenvolvimento da relação, que prescinde da correção, ou, ao menos, da primeira tratativa, e tipicamente produz a causa da instauração da relação negocial, o conteúdo original disto, favorece o recurso a investimentos personalizados, mas dificilmente reconvertidos, que representam, de qualquer forma, uma vantagem competitiva e absolutória, portanto, a uma função objetiva de estímulo concorrencial sem, com isso, ir além dos limites e sem chegar a ter um improvável controle totalizante da justiça contratual entre empreendedores.

Tratemos de refutar um outro mito, a título protecionista e solidário. O poder de controle do juiz sobre o conteúdo do contrato parece encontrar uma significativa ampliação com o art. 7, parágrafo 3, do decreto legislativo n. 231, de 2002, que trata do retardo de pagamento nas transações comerciais e na indicação da justiça social.

O art. 7 supra referido dispõe que: o juiz, mesmo de ofício, declara a nulidade do acordo que resulte 'grave e injusto dano do credor' e, tendo atenção ao interesse do credor, à correta prática comercial, à natureza da mercadoria ou dos serviços objeto do contrato, à condição e às relações comerciais entre as partes, aplica os termos legais, ou seja, reconduz à equidade o conteúdo do acordo.

Mais exatamente, dever-se-á considerar injusto o acordo que, na falta de razão objetiva, tenha o principal objetivo de procurar, no devedor, a liquidez assumida por conta do credor, ou seja, o acordo com o qual um empreendedor impõe aos próprios fornecedores ou subfornecedores termos de pagamento injustificadamente mais longos em relação aos termos de pagamento que lhe foram concedidos.

O espírito da disciplina em epígrafe não é aquele de comprimir a autonomia privada, mas aquele de sancionar eventuais abusos, assegurando certeza no adimplemento das obrigações.

O credor não é tutelado no seu interesse individual, mas em razão de um objetivo mais geral: a redução dos riscos das operações além das fronteiras, com relação àquelas internas, assim para obstaculizar a indiscriminada proliferação de regras de conteúdo mais variado, mas potencialmente discursivos pela concorrência.

A *ratio* da disciplina em discussão é mais uma vez individualizável na eficiência do mercado, não em genéricas instâncias de justiça social: o credor e não mais o devedor, como no tradicional *favor debitoris*, é a parte, por assim dizer, mais frágil, na relação obrigada a aceitar tempos longos de pagamento, ou mesmo de pequenos interesses moratórios.

Mas, por que acrescentar aqui o suposto protecionismo também do paternalismo da declaração de ofício? Exatamente porque – como dizíamos antes – aqui está, antes de qualquer coisa, uma finalidade pública: aquela de garantir “a certeza” dos pagamentos e de excluir os mercados que não estejam em grau de assegurar os parâmetros mínimos para a reconstrução de um sistema baseado em regras concorrenciais não fictícias.

A previsão judiciária de uma taxa de interesse moratório mais elevado constitui um freio à empresa que quer aproveitar-se, a partir da sua posição de favorecer, para impor injustos termos de pagamento, mas, ao mesmo tempo, permite golpear a empresa em crise, incapaz de permanecer no mercado quando o seu comportamento, além do dinamismo concorrencial, fragiliza a outra parte que está em condições econômicas normais.

O judiciário, acerca da legitimidade das cláusulas de dano ao credor, continuou a avaliar os parâmetros pré-determinados, que demonstram a intenção do legislador de ancorar a aplicação das normas, no seu quadro mais amplo de construção de um modelo de mercado homogêneo, sem contradições e distorções internas.

Se, entre dois empreendedores, tenha sido consolidado no tempo um acordo que fixa prazos de pagamento mais longos, em relação aos termos legais fixados pelo legislador com o decreto legislativo 231/2002, não pode configurar abuso algum, porque o espírito da normativa não é aquele de limitar a autonomia privada e a intervenção judicial será justificada somente quando as diferentes modalidades de pagamento entram no tempo sem que haja razão objetiva.

Disponível em:

<http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/doc/conferncia_no_Brasil_mazzamuto.doc>.

Acesso em: 02 jul. 2007.