

Experiências com o direito do consumidor europeu: uma análise crítica

Sibylle KESSAL-WULF**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Deficiências de uma proteção do consumidor orientada pela Europa. 2.1. Diretrizes sem fim. 2.2. Babilônica confusão linguística. 2.3. Erosão do Direito Privado nacional pelo Direito Europeu: fim do histórico BGB? 2.4. Deveres de informação sem fim. 2.5. Lentidão na jurisprudência nacional. 2.6. Novidade: infração judicial e pretensão jurídico-comunitária à responsabilidade do Estado. 3. Olhar no futuro: mudança sistemática – de uma harmonização mínima para uma harmonização total.

RESUMO: O presente artigo visa a evidenciar a necessidade de um direito do consumidor definido claramente na lei e formulado em seu conteúdo de modo claro e inequívoco. Esse direito é indispensável para uma relação de força harmoniosa e equilibrada entre fornecedores e consumidores, aspiração presente tanto a nível nacional, como a nível europeu e impossível de ser afastada de nossa vida jurídica atual. O direito do consumidor serve para a proteção da parte contratual estruturalmente mais fraca da relação de consumo – vale dizer, do vulnerável – contra desvantagens ou surpresas da contraparte.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito do consumidor. 2. Direito alemão. 3. Direito europeu.

ABSTRACT: This article seeks to evidence the necessity of a consumer law clearly defined in law and formulated in its content in a clear and unmistakable way. This law is indispensable for a balanced and harmonious strength relation between furnishers and consumers, an aspiration that is present both at national and European levels and that is impossible to be taken away from our current legal life. Consumer law serves for the protection of the structurally weaker contract party in the consumer relation – that is, the vulnerable party – against disadvantages or unexpected actions by the other party.

KEYWORDS: 1. Consumer law. 2. German law. 3. European law.

1. Introdução

** Juíza do Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*). Autora de inúmeros livros e artigos na área de Direito Privado. Palestra proferida na EMERJ e AASP em agosto de 2012. Tradução: Karina Nunes Fritz (Mestre em Direito Privado na PUC/SP. LLM na Universidade de Erlangen-Nürnberg. Doutoranda na Humboldt Universidade de Berlim. Professora e advogada).

Durante as comemorações do 69, Dia do Jurista Alemão, realizado em setembro de 2012 em Munique, houve um fórum específico sobre o tema: consumidores e fornecedores precisam de uma nova arquitetura do direito do consumidor? A crescente "europeização" do direito civil nacional – como uma vez expressou o antigo Presidente do *Bundesgerichtshof* e ex-juiz do Tribunal de Justiça Europeu, Günter Hirsch – deixa-se elucidar da seguinte forma: há um volume cada vez maior de direito civil europeu que deve ser observado no momento da aplicação do direito nacional e que deve ser interpretado conforme o direito comunitário ou, em caso de divergência, deve retroceder diante da primazia deste. Paralelamente, surgem normas comunitárias, como os decretos, que valem diretamente nos Estados-Membros ou têm eficácia indireta através da promulgação de leis nacionais, elaboradas para transposição das diretivas. O direito privado alemão atual é em grande parte produto do legislador europeu e isso sem que sequer se possa imaginar ou expor claramente qual o direito europeu por trás disso!

Embora, em princípio, sejam dignos de louvor os esforços para a harmonização jurídica dentro da União Européia – não por último, para a criação de condições-quadro econômicas uniformes dentro do mercado interno – não se pode negar alguns aspectos negativos. Nesse contexto, ruidosas são as críticas de vários setores ao direito do consumidor e sua atual configuração. Enquanto, por parte dos fornecedores, critica-se a excessiva regulamentação européia, os círculos mais próximos aos consumidores alegam falta de clareza e de uma visão geral das normas protetoras dos consumidores. Principalmente em função da maré de deveres de informação nos contratos de consumo, questiona-se se essa oneração dos fornecedores, através de extensos – e sancionáveis, quando violados – deveres, reverte-se, de fato, em efetivo benefício dos consumidores. Formulando de modo provocativo: o consumidor europeu será protegido até a morte? Ele será tão protegido a ponto de, ao final, isso se reverter em desvantagens? Um rápido exemplo: alguns fornecedores temem tanto as armadilhas do complicado direito de crédito ao consumo que, como consequência, acham melhor denegar do que conceder o crédito que o consumidor precisa – principalmente quando o fornecedor não é um banco experiente no mercado de crédito, mas, ao contrário, alguém que só concede crédito "esporadicamente" em conexão com sua atividade comercial, como o pequeno prestador de serviço que, a pedido de seus clientes (consumidores), adia o prazo para pagamento de sua remuneração, mas quer recebê-la e até precisa, porque ele próprio tem que cumprir com suas obrigações de financiamento do crédito junto a seu banco.

Pano de fundo dessa persistente discussão sobre o direito do consumidor é sua origem européia. Tendo em vista o fato de que o direito do consumidor atualmente é criado primeiramente em Bruxelas, questiona-se qual campo de ação ainda sobra ao legislador nacional diante da validade desse direito e até que ponto ele faz – ou deve fazer – uso disso. Disso resulta ainda a discussão se não seria preferível criar uma lei uniforme de proteção ao consumidor nos termos do modelo austríaco e brasileiro, o que poderia contribuir – segundo seus defensores – não só para a clareza e consolidação do direito do consumidor, mas também para dar espaço à discussão de uma séria de questões até agora em aberto. O objetivo deve ser, por um lado, realizar eficientemente a proteção dos consumidores e, por outro, aliviar os fornecedores de restrições excessivas em sua liberdade contratual. Em defesa da posição contrária pode-se argumentar que o direito do consumidor, disperso antigamente na Alemanha em diversas leis individuais (ex: lei de crédito ao consumo, lei das condições negociais gerais, lei sobre revogação de negócios celebrados na porta de casa, lei de time-sharing e lei de vendas à distância), recentemente foi integrado no Código Civil alemão (BGB) por ocasião da Reforma do Direito das Obrigações e há pouco teve parte de seu conteúdo novamente reformado por ocasião da transposição de diretrizes novas ou alteradas.

Os partícipes do círculo comercial e não por último a jurisprudência só recentemente se ajustaram à nova obra normativa, que foi outra vez modificada, de modo que outra nova concepção (criação de lei única) causará certamente consideráveis inquietações e perdas decorrentes de atritos na aplicação prática do direito, sem falar que isso seria, por fim, um "super ativismo" legislativo de pouca utilidade. Mais um exemplo: antes que se possa analisar um caso de crédito ao consumo, deve-se atualmente examinar uma série de disposições transitórias de perder de vista para se indagar qual é a versão válida da norma em cujo campo de validade se enquadra o caso a ser julgado. Só para a Lei de Crédito ao Consumo existem desde o início de 1991 – ou seja, dentro de um período de somente 20 anos – um total de oito diferentes versões em períodos de tempo cada vez mais curtos (1991, 1993, 1996, 2000, janeiro de 2002, julho 2002, junho 2010 e julho 2010).

2. Deficiências de uma proteção do consumidor orientada pela Europa

2.1. Diretrizes sem fim

Atualmente existe uma dúzia de diretrizes que devem servir para a proteção do consumidor: publicidade enganosa, responsabilidade por vício do produto, venda a

distância, serviços financeiros prestados à distância, negócios celebrados fora do estabelecimento comercial (também chamados “negócios na porta de casa”), pacotes de viagem, condições negociais gerais, time-sharing, transferências além fronteiras, comércio eletrônico, venda de bens de consumo, crédito ao consumo... Quatro dessas diretrizes foram recentemente reunidas e consolidadas na Diretriz 2011/83/EU, de 25/10/2011, a chamada Diretriz de Direito do Consumidor que deve ser transposta até dezembro de 2013 e que terá validade para os seguintes contratos celebrados a partir de junho de 2014: contratos a distância, inclusive os que envolvam a prestação de serviços financeiros; negócios celebrados fora do estabelecimento comercial e contratos com condições negociais gerais. Ela tem como primeira meta estabelecer um nível mais alto de proteção ao consumidor e permitir o funcionamento regular do mercado interno. Da prática de promulgar sempre novas diretrizes, alterando ou reunindo diretrizes anteriores, resultam os seguintes problemas:

(a) A freqüente necessidade de transposição de diretrizes (tarefa do legislador nacional) e a permanente necessidade de adaptação das normas de consumo: o consumidor "padrão", cuja proteção as normas devem garantir, precisa freqüentemente de ajuda especializada para se localizar no emaranhado de inúmeras e variadas prescrições legais e conseguir literalmente concretizar seus direitos, o que contraria manifestamente o objetivo inicial da proteção dos consumidores, que era justamente oferecer regras facilmente identificáveis e compreensíveis aos mesmos, além de afrontar o mandamento de clareza normativa.

(b) Problemas de concorrência que podem resultar do paralelismo das diversas diretrizes e das disposições legais nacionais promulgadas para sua transposição: para ilustrar, pode-se citar dois exemplos do direito de crédito ao consumo:

(1) A forma eletrônica do § 126a do BGB foi, durante muito tempo, expressamente vedada na conclusão de contratos de crédito ao consumo (§ 492, inc. I BGB) em respeito ao Art. 4 I da Diretriz de Crédito ao Consumo 87/102/CCE, que exigia que tais contratos fossem celebrados com observância de forma escrita, o que acabou conduzindo a uma discriminação do comércio eletrônico, que, por sua vez, deveria ser evitada por uma outra diretriz, qual seja, a Diretriz sobre Comércio Eletrônico 2000/31/CE, de 08/06/2000. Esta, contudo, nos termos de seu Art. 1, inc. 3, em nada alterava o nível de proteção estabelecido pela Diretriz de Crédito ao Consumo, a qual continuou a gozar de prioridade no momento da aplicação. Em consequência, a forma eletrônica só passou a ser admitida para os contratos celebrados após 11/06/2010, quando a nova Diretriz de

Crédito ao Consumo (2008/48/EG) deixou de exigir o requisito obrigatório da forma escrita, de modo que atualmente um contrato de crédito ao consumo pode ser celebrado com assinatura eletrônica qualificada ao invés da assinatura manual.

(2) Um outro exemplo mostra como pode ser complicada a relação entre direito europeu e direito nacional. O autor de uma ação (Heininger, cujo nome batizou toda a jurisprudência posterior sobre o assunto) queria desfazer um contrato de crédito imobiliário por ele celebrado fora do estabelecimento comercial, mas, na visão do BGH, a isso se opunha a situação jurídica vigente à época, segundo a qual quando um negócio celebrado fora do estabelecimento comercial preenchesse ao mesmo tempo os pressupostos da Lei de Crédito ao Consumo – ou seja, quando se tratasse de contrato de crédito imobiliário, celebrado fora do estabelecimento comercial – ele seria disciplinado exclusivamente pela Lei de Crédito ao Consumo², que, por sua vez, em sua antiga versão, vedava expressamente o direito de arrependimento aos contratos de financiamento imobiliários.

Dessa forma, para o BGH, a decisão do legislador de não submeter totalmente o crédito imobiliário ao âmbito de proteção da Lei de Crédito ao Consumo e de negar o direito de arrependimento em tais contratos, deveria se sobrepor à proteção oferecida pela Lei de Rescisão dos Negócios na Porta de Casa, que desconhecia tal proibição. O Tribunal entendia que a Diretriz dos Negócios na Porta de Casa (D 85/577/EWG) permitia ao legislador nacional afastar o direito de arrependimento para os contratos de crédito imobiliário celebrados fora do estabelecimento comercial, pois a exclusão desse direito estava de acordo com a redação da Diretriz de Crédito de Consumo à época vigente.

Para o esclarecimento definitivo da questão, o BGH apresentou dúvida perante o Tribunal de Justiça Europeu (TJE) e, com base nesse questionamento, surgiu a famosa decisão de 13/12/2001, conhecida como Caso Heininger (Rs C-481/99), na qual o TJE decidiu exatamente o contrário, ou seja, que os contratos de crédito imobiliários estavam compreendidos no âmbito de incidência da Diretriz dos Negócios na Porta de Casa e que a Diretriz de Crédito ao Consumo não configurava norma especial capaz de pôr em dúvida a aplicabilidade daquela diretriz, permitindo, dessa forma, que os contratos de crédito imobiliário, ainda quando celebrados fora do estabelecimento comercial, fossem desfeitos pelo consumidor.

Essa decisão provocou uma série de complicadas consequências jurídicas. Primeiro, os bancos precisaram adaptar suas práticas comerciais à interpretação dada pelo TJE à Diretriz dos Negócios na Porta de Casa e, conseqüentemente, adaptar uma série de contratos de crédito de longo prazo à nova situação jurídica. Depois, na

² Essa competência vinha expressamente prevista no § 5, inc. 2 da Lei de Rescisão dos Negócios na Porta de Casa.

transposição da decisão do TJE, o BGH passou a interpretar restritivamente, conforme a diretriz, as normas nacionais acerca dos negócios celebrados fora do estabelecimento comercial em casos de contratos de crédito imobiliário. Desse modo, tais contratos, ainda quando celebrados fora do estabelecimento comercial, precisavam ter um direito de arrependimento tanto quanto qualquer outro contrato celebrado fora do estabelecimento comercial.

A regra de concorrência (prevalência das normas de crédito ao consumo face às normas dos “negócios na porta de casa”) não precisaria ser necessariamente entendida como se as primeiras simplesmente substituíssem as segundas, mas poderia ser compreendida no sentido de que a precedência só existiria se oferecesse o mesmo nível de proteção ao consumidor no caso concreto, o que não seria o caso nos contratos de crédito imobiliário, onde inexistia direito de desfazimento. Por isso, o direito dos negócios na porta de casa não seria afastado nessas situações e o consumidor teria à disposição o direito de arrependimento.

Posteriormente, o legislador europeu alterou a Diretriz de Crédito ao Consumo e o legislador alemão, por ocasião de sua transposição, regulou de forma totalmente nova o direito dos contratos de crédito imobiliário (§ 503 BGB) com a introdução expressa do direito de arrependimento pleno para tais contratos, sejam eles celebrados fora do estabelecimento comercial ou não.

(c) Necessidade de regras no direito nacional que determinem a relação recíproca entre as diversas normas de direito do consumidor: como exemplo pode-se citar novamente o direito de arrependimento. Ponto de partida é o § 312d, alínea 5 BGB, que – na verdade! – deve disciplinar de modo uniforme o direito de arrependimento em todos os contratos de consumo. Exatamente por isso, tem-se no BGB o título "Direito de arrependimento nos contratos de consumo", determinando-se nos parágrafos seguintes quais os pressupostos necessários para que esse direito possa ser exercido pelo consumidor (forma, prazo, etc.). Isso parece simples e descomplicado à primeira vista. Contudo, como o legislador europeu e na sequência também o legislador nacional criaram diversos direitos de arrependimento para diversas áreas do Direito do Consumidor, os quais submetem-se a pressupostos diversos, é necessário harmonizar entre si esses direitos. Nesse sentido, tem-se por exemplo o § 321a BGB, segundo o qual o direito de arrependimento em negócios celebrados fora do estabelecimento comercial tem aplicação subsidiária diante de outros direitos de arrependimento previstos nas diretrizes de consumo e o § 321d, inc. 5 do BGB, pelo qual o direito de arrependimento e devolução para os contratos de crédito ao consumo tem preferência face ao previsto para os contratos celebrados à distância. Mais complicada ainda é a harmonização do

início da contagem do prazo para o exercício do direito de arrependimento, como revela o § 312g, inc. 3 do BGB, específico para o comércio eletrônico (compras pela internet), considerado regra especial em relação à regra geral do § 355 BGB: segundo o § 312g, o fornecedor tem que cumprir certos deveres especiais frente ao consumidor nos negócios celebrados na internet (ex: permitir ao consumidor a correção de erros de digitação, bem como baixar e salvar as condições contratuais gerais) e enquanto esses deveres não são observados o prazo para o desfazimento do contrato pelo consumidor simplesmente não começa a correr.

Tudo isso mostra que, depois de ter lutado no emaranhado de normas de transição para descobrir qual a versão final e definitiva da lei aplicável, o fornecedor ainda precisa, em um segundo momento, verificar como se comportam entre si as diversas normas jurídicas de consumo! Só então pode desempenhar, com confiança, sua tarefa de transmitir ao consumidor as informações necessárias para colocá-lo na situação de decidir sobre o exercício do direito de desfazer o contrato.

(d) Quebras dogmáticas no sistema do Direito Europeu: o direito de arrependimento, enquanto núcleo central de proteção ao consumidor, até agora era concebido como um direito formativo de natureza contratual (direito de desfazimento), que deveria ser informado, de forma especial e destacada, pelo fornecedor ao consumidor. Ele é exercido através da correspondente declaração de vontade do consumidor, que, depois disso, não fica obviamente mais vinculado à declaração de vontade dirigida à conclusão do contrato. Até a declaração, o contrato tem validade (suspensiva).

A notificação sobre o direito de arrependimento não é, em si, parte do contrato. O fornecedor, ao notificar o consumidor acerca do direito de arrependimento, precisa observar, formal e materialmente, certas prescrições legais previstas no § 360 BGB e o não atendimento dessas prescrições acarreta como sanção para o fornecedor o não início da contagem do prazo para a desfazimento do contrato (§ 355, inc. 4 BGB), de modo que o consumidor pode ter nesse caso um direito de arrependimento quase eterno. Essa concepção do direito de arrependimento trouxe bons resultados e as questões daí resultantes estão devidamente esclarecidas na doutrina e jurisprudência.

No entanto, o direito de crédito ao consumo que emerge da nova Diretriz de Crédito ao Consumo distancia-se dessa concepção, outrora uniforme para todas as áreas de proteção do consumidor. Segundo a nova diretriz, para todos os contratos celebrados a partir de junho de 2010, surge, no lugar da antiga instrução, a *informação* sobre o

arrependimento, que tem o caráter jurídico de um dever de indicação (§ 492, inc. 2 BGB) e, dessa forma, passa a ser diretamente parte integrante do contrato. Explicando: segundo o § 492, inc. 2 do BGB, o contrato de crédito ao consumo tem que conter certas informações previstas em lei, as quais são de responsabilidade exclusiva do fornecedor. Há um catálogo desses deveres de informação no art. 247, §§ 6º a 13 da Lei de Introdução ao BGB. Se a informação sobre o arrependimento for insuficiente, tem-se como consequência a nulidade do contrato, vez tratar-se de verdadeiro dever de informação. Aqui há uma dupla sanção: o fornecedor precisa primeiro sanar o contrato (o que, em regra, ocorre com a concessão do crédito ao consumidor), pondo em vigor o contrato nas condições legalmente modificadas e, via de regra, mais desvantajosas para o fornecedor; depois, precisa agir para provocar o início da contagem do prazo de arrependimento, o que ocorre com a entrega em mãos ao consumidor de uma nova versão do contrato sanado; além disso, ocorre a ampliação do prazo de arrependimento para um mês. Ou seja, também nesse ponto percebe-se a importância de se identificar qual o direito do consumidor aplicável ao caso concreto e como as diversas normas de consumo concorrem umas com as outras.

2.2. Babilônica confusão linguística

Existem no momento 23 línguas oficiais na União Européia. Pode-se questionar por que isso seria um problema se cada Estado-Membro transpõe as diretrizes para o seu direito nacional e em sua língua oficial. Como o direito comunitário tem precedência geral diante do direito nacional, o Tribunal de Justiça Europeu exige dos Estados-Membros que a interpretação do direito nacional oriente-se tanto quanto possível pelo texto e finalidade da diretriz superior. Por isso, o conteúdo exato da respectiva diretriz tem que ser determinado através de interpretação.

Vigora no direito comunitário, tanto quanto no direito estatal, o princípio segundo o qual o texto da lei deve ser interpretado em sua íntegra. Por isso, o direito comunitário deve ser interpretado em todas as línguas, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Dito de outra forma: todas as diferentes versões linguísticas devem ser interpretadas de modo uniforme – uma tarefa absolutamente impossível para os tribunais e para os operadores do direito de cada país. Isso faz com que, diante de divergências entre as diversas versões linguísticas do documento, precise-se encontrar uma síntese.

Nenhuma versão lingüística tem atualmente prioridade sobre as demais no processo de interpretação literal. Se o teor da respectiva diretriz conduzir a vários resultados interpretativos ou a nenhum resultado claro, deve-se então tentar solucionar o problema hermenêutico através do recurso sistemático a outras determinações da mesma ou de outras diretrizes. A interpretação sistemática conduz, em todo caso, não raramente a resultados ambíguos – ou sequer é alcançada por falta de possibilidades de comparação entre a determinação a ser interpretada com outras determinações semelhantes. Resta então a interpretação teleológica, segundo o sentido e o fim da norma. A teleologia, no entanto, encontra seus limites onde se ultrapassa a literalidade (sic!) da diretriz ou se obtém significado exatamente contrário, de modo que – em uma espécie de círculo vicioso – retorna-se novamente ao início da interpretação, ou seja, à letra da lei.

2.3. Erosão do Direito Privado nacional pelo Direito Europeu – fim do histórico BGB?

Com essa expressão pode-se pensar nos “danos colaterais” das diretrizes ou decisões do Tribunal de Justiça Europeu que, ultrapassando seu próprio campo de aplicação, irradiam eficácia para outras áreas do direito nacional. Um dos maiores civilistas de língua alemã – Heinrich Honsell – lamentou muito cedo essa “erosão” em um artigo, do qual pode-se citar o seguinte:

“As diretrizes são legislativamente deficitárias, muito numerosas, muito longas, muito casuísticas, de difícil compreensão e extremamente sujeitas a alterações. Não foi pouca a contribuição da proteção do consumidor para a deterioração da qualidade legislativa. Originalmente, foi uma invenção da campanha eleitoral do presidente norte-americano Kennedy, com a qual desejou-se ganhar o maior número possível de eleitores, porque todos são (no fundo) consumidores. Esse pontual início populista transformou-se em inúmeras diretrizes, o que acabou em uma regulamentação progressiva com o sacrifício da autonomia privada”.³

Aqui mais um exemplo: segundo o § 270, inc. 1 do BGB, a dívida em dinheiro era considerada tradicionalmente como “dívida de envio qualificada”, de acordo com a tradicional classificação das obrigações, quanto ao local da prestação, em obrigação de entregar, obrigação de buscar e obrigação de enviar. Antigamente, era suficiente que a ação, o ato de prestar (na maioria das vezes, uma transferência bancária), fosse

³ *Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht*, in: ZIP 2008, p. 621.

realizada dentro do prazo estabelecido para o pagamento, enquanto o resultado da prestação (satisfação do credor) poderia ocorrer depois. Como o risco da transmissão era suportado pelo devedor, a doutrina falava em obrigação de envio “qualificada”. Agora há uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 2008, relacionada à Diretriz 2000/35/EG de combate à mora no comércio jurídico, que faz com que a dívida de dinheiro seja qualificada como uma obrigação de entregar, de modo que a prestação só é tempestiva e não surgem juros de mora quando o credor recebe a quantia dentro do prazo do pagamento. Com isso, o devedor suporta, em princípio, também o risco da mora.

A decisão do Tribunal de Justiça Europeu só tem importância imediata para os casos abrangidos no campo de incidência da diretiva, ou seja, apenas no comércio jurídico entre empresas, o que deveria melhorar o nível de disposição ao pagamento de empresas e agentes públicos. No entanto, ela provocou uma acirrada discussão sobre se o § 270, inc. 1 do BGB não deveria ser interpretado e aplicado de modo uniforme, incidindo também em casos fora do campo de incidência da diretiva, principalmente na relação entre fornecedores e consumidores. A opinião majoritária posiciona-se a favor dessa tese, pretendendo transformar a dívida em dinheiro, sem exceção, em uma obrigação de entregar, em respeito à decisão do Tribunal de Justiça Europeu, socorrendo-se para tanto metodologicamente do princípio da interpretação uniforme da norma jurídica. Isso forçaria uma mudança na forma de conceber o direito da mora nos contratos de consumo, o que não parece correto.

Seguindo-se a corrente majoritária, a jurisprudência do TJE traria indiretamente como consequência uma desvantagem ao consumidor, que até então podia confiar que a tempestividade da ordem de transferência seria suficiente para cumprir sua obrigação. Essa desvantagem ao consumidor é um resultado ao qual pessoalmente só me filio com dificuldades. Ainda não há uma decisão do BGH sobre essa questão, mas pode-se perceber com isso como a jurisprudência europeia pode ter influência e efeitos sobre o direito civil nacional, mesmo com decisões que têm por objeto apenas uma determinada área do direito ou diz respeito a um determinado grupo de pessoas.

2.4. Deveres de informação sem fim

Nesse ponto, pode-se fazer referência mais uma vez ao Prof. Honsell, que novamente encontra palavras precisas para o problema: *“Tratam-se de demasiados deveres de informação, conselho e documentação, com restrição do princípio pacta sunt servanda (principalmente) através de um direito unilateral de arrependimento que, diante da falta de instrução, é até ilimitado.”*⁴. O certo nisso tudo é que consumidores e fornecedores não podem se opor à maré dos deveres de informação. O exposto adiante serve para ilustrar os deveres de informação que podem resultar de um contrato de crédito ao consumo.

Desde junho de 2010, o direito de crédito ao consumo contém um sistema fechado de deveres de informação, concebido de forma ampla. Esses deveres existem antes da conclusão do contrato (§ 491a: instrução no inc. 1, esclarecimento no inc. 3), no momento da conclusão do contrato (§ 492 inc. 2: indicação e informação sobre o direito de arrependimento) e durante a relação contratual (§ 493 inc. 1 e 2: instrução). Com isso, o legislador quis que o tomador do crédito fosse colocado na situação de poder examinar as condições oferecidas pelo credor para compará-las com as ofertas e condições de outros mutuantes e, com base nisso, ter uma base sólida para sua decisão de contratar. Trata-se no caso de verdadeiros deveres jurídicos e não mero ônus do mutuante. Entre mutuante e mutuário existe – dependendo do estágio do contato negocial – uma relação obrigacional pré-contratual ou contratual, nos termos do § 311, inc. 2 do BGB, cuja violação pode suscitar o surgimento de pretensões (§ 280, inc. 1 do BGB) desde que a lei não coloque à disposição regras específicas de natureza consumerista, como o são principalmente as sanções decorrentes dos §§ 494 e 507 do BGB: nulidade e convalidação.

O § 491a do BGB impõe uma série de informações pré-contratuais para todos os contratos de crédito ao consumidor, as quais vêm detalhadas no Art. 247 da Lei de Introdução ao BGB. Dessa forma, consumidor e fornecedor precisam consultar uma segunda lei para saber quais deveres eles se devem mutuamente e para verificar se essas informações foram adequadamente transmitidas – e tudo isso, ressalte-se, antes da conclusão do contrato. O Art. 247 da Lei de Introdução ao BGB diferencia entre deveres gerais dos fornecedores (§§ 3 e 4), que devem ser observados para qualquer contrato de crédito ao consumo, e deveres de instrução para tipos especiais de contratos, como os contratos de crédito imobiliário, contratos de abertura de crédito, novação de dívida, contratos conexos ou qualquer contrato de concessão de crédito. São

⁴ *Die Erosion...*, p. 623.

válidas modificações em contratos que contenham prestações adicionais, em que haja a participação de um intermediador do crédito ou em que se utilize um meio especial de comunicação.

Segundo o Art. 247, § 1 da Lei de Introdução, quem concede o crédito tem que utilizar um mostruário de várias páginas, nos termos do Anexo 3 da Lei de Introdução (informações-padrões europeias para crédito ao consumidor), para cumprir os mencionados deveres pré-contratuais de informação e instrução. Deve ser informado, por exemplo, nome e endereço de quem vai conceder o crédito; o tipo de crédito; os juros anuais efetivos ao lado de exemplos representativos (simulações); o valor do empréstimo líquido; os juros devidos; a duração do contrato; quantia, cifra e vencimento de cada parcela individual; o valor total; as condições de pagamento; todos os demais custos, principalmente aqueles relacionados ao pagamento; juros de mora; alerta para as conseqüências da falta de pagamento; menção à existência ou não do direito de arrependimento; o direito do mutuário pagar antecipadamente o crédito; os direitos decorrentes do § 491a, inc. 2 do BGB (direito de receber a minuta contratual); os direitos decorrentes da Lei de Proteção dos Dados... E tudo isso antes sequer de estar claro se o contrato será celebrado!

Mas isso não é tudo: o mutante está ainda obrigado, antes da conclusão do contrato de crédito, a dar explicações adequadas ao mutuário para que este fique em condições de avaliar se o contrato atende ao fim por ele perseguido e a suas relações patrimoniais. Aqui devem ser esclarecidas as informações pré-contratuais, as principais características dos contratos oferecidos pelo mutuante, bem como seus típicos efeitos contratuais sobre o tomador do empréstimo, inclusive as conseqüências do atraso no pagamento. Pode-se aqui poupar o leitor das minuciosas particularidades das informações exigidas no momento da conclusão do contrato e durante a relação contratual, mas uma coisa é certa: não vai ficar melhor para os fornecedores, nem mais claro e compreensível para os consumidores. Por isso, finalizando esse ponto, apropriado referir a outro grande nome do direito, Dieter Medicus, que também se manifesta sobre isso de forma muito crítica e que, comentando a integração da proteção do consumidor no BGB, fala de *“uma sobrecarga de normas prolixas, de difícil compreensão, terrivelmente casuísticas e especialmente suscetível de modificações”*⁵.

⁵ *Bürgerliches Recht*, 21^a ed., Beck, 2007, Rn. 325.

2.5. Lentidão na jurisprudência nacional

Os tribunais nacionais têm à disposição o processo de consulta, no que diz respeito a questões de direito comunitário, nos termos do Art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia. Cada tribunal de um Estado-Membro pode apresentar ao Tribunal de Justiça Europeu um questionamento hermenêutico em relação ao direito comunitário quando achar que a decisão do TJE é necessária para a promulgação de sua sentença. Ele deve, contudo, fazê-lo sempre que sua própria decisão não puder mais ser atacada por meio de um instrumento jurídico. Se surgir nesse procedimento suspensivo uma questão de direito comunitário, a consulta só pode deixar de ser realizada se não se tratar de questão fundamental para a decisão, se ela já tiver sido objeto de interpretação pelo TJE ou se a aplicação correta do direito comunitário for tão evidente que não sobre espaço para nenhuma dúvida razoável.

Se realmente está-se diante de um caso desse tipo, só se pode afirmar considerando as peculiaridades do direito comunitário, a dificuldade especial de sua interpretação e o perigo de decisões contraditórias dentro da União Européia⁶. Realizada a consulta, tem-se como conseqüência, via de regra, o atraso em vários anos na decisão da lide, pois primeiro é necessário esperar para saber como o Tribunal de Justiça Europeu vai decidir a questão posta. Isso é certamente desvantajoso para as partes em litígio, para as quais é importante um rápido esclarecimento da disputa.

Apesar disso, o dever de consulta deve ser levado a sério, pois violações desse dever pelos tribunais nacionais têm inclusive relevância constitucional. Se o tribunal deixar de fazer a consulta, obrigatória à luz do direito comunitário, isso pode justificar uma censura por violação do direito ao juiz legal (Art. 101, inc. 1, 2^a parte da Lei Fundamental), direito esse equiparável a direito fundamental (no caso, o TJE seria o juiz legal, que precisaria responder à dúvida no lugar do juiz nacional).

Nesse contexto, existem três grupos de casos: o desconhecimento do dever de consulta, a divergência consciente da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sem apresentação de nova consulta e, por fim, a não apresentação de consulta apesar da conhecida incompletude da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça Europeu.

⁶ EuGH RS 283/81; NJW 1983, p. 1257-1258.

2.6. Novidade: infração judicial e pretensão jurídico-comunitária à responsabilidade do Estado

A responsabilidade do Estado por omissão na transposição de diretrizes também se baseia na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, o que é uma novidade para o direito alemão, que antes desconhecia uma responsabilidade em função do cargo (§ 839 BGB e Art. 34 da Lei Fundamental) em decorrência de omissão normativa. Segundo o Tribunal de Justiça Europeu, a eficácia plena das determinações comunitárias seria obstruída e a proteção dos direitos delas decorrentes ficaria reduzida se o indivíduo não tivesse a possibilidade de obter ressarcimento quando seus direitos fossem violados em decorrência de infrações ao direito comunitário, imputadas a um dos Estados-Membros. E isso principalmente nas situações em que a eficácia plena das determinações comunitárias depende da atividade do Estado e o indivíduo, em decorrência da inatividade estatal, não pode fazer valer os direitos que lhe são concedidos pelo direito comunitário perante os tribunais nacionais.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça Europeu elenca três pressupostos para a responsabilidade. Primeiro, a diretriz precisa ter por fim a concessão de direitos ao cidadão individual – o que é incontroverso nas diretrizes de consumo. Só então, o conteúdo desses direitos tem que ser determinado com base na diretriz. Segundo, a violação do Estado-Membro precisa ser suficientemente qualificada, isto é, o Estado-Membro tem que ter um campo de formação legislativa extremamente reduzido, quase nulo. E terceiro, finalmente, precisa existir uma relação causal direta entre a violação do dever imposto ao Estado e o dano surgido, não tendo aqui qualquer relevância a culpa do detentor do cargo (estatal).

Diante disso – por causa dos rígidos pressupostos que precisam ser preenchidos para tal pretensão – as pretensões ressarcitórias do consumidor individual só são levadas em consideração excepcionalmente, posto que essa pretensão do consumidor lesado já seria assegurada nos limites do direito da responsabilidade civil de cada Estado. Entretanto, os pressupostos materiais e formais fixados a nível europeu não podem ser mais desfavoráveis do que em lides semelhantes que envolvam apenas o direito nacional, sendo certo que esses pressupostos não podem ser estruturados de forma a tornar o pedido de indenização praticamente impossível ou extraordinariamente difícil.

Com a decisão do Pleno de 30/09/2003 (Rs C-224/01 Köbler/República da Áustria)⁷, o Tribunal de Justiça Europeu admitiu a responsabilidade do Estado também por uma infração judicial. O princípio, segundo o qual os Estados-Membros são obrigados a indenizar os danos sofridos por um cidadão europeu em decorrência de violações ao direito comunitário por eles praticadas, também é aplicável quando essa violação consistir em uma decisão de tribunal de última instância – e isso sob os mesmos pressupostos válidos para a responsabilidade por violação legislativa.

A violação de um direito decorrente de decisão transitada em julgado de um tribunal dessa ordem não poderia, em regra, ser impugnada, razão pela qual não se poderia retirar do indivíduo o poder de responsabilizar o Estado a fim de, por esse meio, obter a proteção judicial de seus direitos. Um tribunal, cujas decisões não possam mais ser impugnadas através de um instrumento jurídico de direito interno, estaria, por isso, especialmente obrigado a invocar o Tribunal de Justiça Europeu para evitar que sejam desrespeitados os direitos concedidos pelo direito comunitário ao indivíduo. Logo, a proteção dos direitos do indivíduo, baseada no direito comunitário, exige necessariamente que esse tenha o direito de exigir perante o tribunal nacional o ressarcimento dos danos sofridos em razão da violação de seus direitos através de uma decisão de última instância, cabendo à ordem jurídica de cada Estado-Membro determinar qual seria o tribunal competente para decidir a lide em torno da indenização.

3. Olhar no futuro: mudança sistemática – da harmonização mínima para uma harmonização total

Em todas as áreas nas quais a União Europeia, através da promulgação de diretrizes, atuou adaptando o direito, surge para o respectivo Estado-Membro a questão acerca de qual campo de atuação sobra para o mesmo na transposição da diretriz para a ordem jurídica interna. O legislador nacional se vê frequentemente em uma relação de tensão entre a tarefa de harmonização da diretriz e a observância das particularidades da própria ordem jurídica nacional.

⁷ NJW 2003, p. 3539. Confira-se a respeito KREMER, *Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte*, in: NJW 2004, p. 480.

Se se outorga ao legislador nacional um campo de ação muito amplo, não se pode mais falar na almejada adaptação do direito. Se sobra, ao contrário, um campo de conformação muito estreito, chega-se até a uma uniformização material do direito, mas isso pode ter como consequência a resistência e a oposição dos Estados-Membros, pois surgem efeitos colaterais indesejados na ordem jurídica nacional (veja-se o exemplo acima da mora). Conseqüentemente, a decisão acerca do método de harmonização ganha um significado que não pode ser subestimado.

A harmonização total representa a forma mais intensa de adaptação jurídica através das diretrizes. Aqui o Estado-Membro não pode recepcionar ou conservar em sua ordem jurídica outros pressupostos que não os indicados na diretriz. Não obstante, esse grau de harmonização pode deixar aos Estados-Membros ainda um certo campo de atuação, por exemplo com a previsão da chamada cláusula de opção. Aqui, a diretriz esboça o modo e a extensão das possibilidades de atuação a serem observados pelos Estados-Membros no processo de transposição da diretriz para a ordem jurídica nacional, mas, dentro do quadro delimitado, o legislador fica livre para realizar a transposição. Ao contrário, na harmonização parcial, permite-se aos Estados-Membros diversas possibilidades de desvios durante a transposição das diretrizes, tal como na harmonização opcional, na qual deixa-se livre, em casos puramente internos, a opção de manter ou criar regras nacionais divergentes do direito comunitário quando essas fixem normas equivalentes ou mais rígidas em relação ao padrão fixado na diretriz. Por fim, há a harmonização mínima, onde são dados padrões mínimos que devem ser transpostos para o direito nacional, deixando-se à escolha dos Estados-Membros a opção de introduzir normas mais rígidas.

A maioria das diretrizes sobre direito do consumidor basearam-se até agora no conceito de harmonização mínima. Há alguns anos, contudo, desenha-se uma mudança conceitual da harmonização mínima para a harmonização total, que se iniciou com a reedição da Diretriz de Crédito ao Consumo (2008) e que tem continuado com a nova Diretriz de Time-Sharing e principalmente com a nova Diretriz de Direito do Consumidor. Isso conduz a maiores dificuldades de transposição, posto que um grau de harmonização ainda maior e pré-fixado categoricamente dificulta a adaptação do direito europeu a ordens jurídicas já maduras (o BGB tem mais de 100 anos, já se afirmou e deu bons resultados nesses anos, servindo inclusive de modelo para inúmeras outras ordens jurídicas). Além do que isso contribui para sua “trivialização” e contém em si o risco de outros “danos colaterais”.

4. Conclusão

Com isso, fica evidente a necessidade urgente, inquestionável e inalterável de se ter um direito do consumidor definido claramente na lei e formulado em seu conteúdo de modo claro e inequívoco. Esse direito é indispensável para uma relação de força harmoniosa e equilibrada entre fornecedores e consumidores, aspiração presente tanto a nível nacional, como a nível europeu e impossível de ser afastada de nossa vida jurídica atual. O direito do consumidor serve para a proteção da parte contratual estruturalmente mais fraca da relação de consumo – vale dizer, do vulnerável – contra desvantagens ou surpresas da contraparte.

Não se pode, contudo, fechar os olhos para o fato de que as normas européias – e, na seqüência delas, as nacionais – desenvolveram vida própria de modo que a proteção do consumidor está ameaçada de inversão em alguns pontos. Se as determinações legais forem infundáveis, não mais abarcáveis com a vista, incompreensíveis ou se seu cumprimento for esmagador, corre-se o risco de frustrar seu objetivo principal. Ainda se pode duvidar que esse processo de “furor legislativo” europeu seja realmente irreversível. De qualquer forma, deve-se apelar ao legislador europeu, bem como ao nacional e afirmar: muitas vezes, menos pode ser mais.

Como citar: KESSAL-WULF, Sibylle. Experiências com o direito do consumidor europeu: uma análise crítica. Trad. Karina Nunes Fritz. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/experiencias-com-o-direito-do-consumidor-europeu-uma-analise-critica/>>.Data de acesso.