

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
CARL OTTO LENZ

apresentadas em 9 de Fevereiro de 1994 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

A — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial do Giudice conciliatore di Firenze suscita questões de interpretação e de aplicação da Directiva 85/577/CEE relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais¹. No caso de uma resposta afirmativa à questão sobre a aplicabilidade desta directiva, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta quais as consequências jurídicas resultantes da sua aplicação durante o período que mediou entre o termo do prazo para transposição (23 de Dezembro de 1987) e a transposição efectiva para o direito italiano (2 de Março de 1992), e isto tanto para as relações entre os particulares e o Estado como também para as relações dos particulares entre si. Enquanto a questão dos efeitos da directiva nas relações entre os particulares e o Estado tem natureza manifestamente hipotética para a decisão do processo na causa principal, a questão dos efeitos de uma directiva não transposta nas relações dos particulares entre si diz respeito ao problema controvertido do efeito directo horizontal das directivas.

2. O litígio teve origem num contrato relativo a um curso de língua inglesa por correspondência, celebrado nas instalações da estação ferroviária central de Milão. A requerida na causa principal, em processo de injunção, em que deduziu oposição, invocou o direito de renúncia previsto pelo artigo 5.º da Directiva 85/577 para se desvincular do contrato.

3. O órgão jurisdicional de reenvio não se alarga em mais considerações sobre a matéria de facto nem sobre o conteúdo material da directiva, mas limita-se a declarar que «a celebração do contrato fora do estabelecimento comercial da empresa que fornece a prestação de serviço e o exercício da faculdade de renúncia... estão provados».

4. O órgão jurisdicional de reenvio considera necessário examinar a opinião da requerida na causa principal, segundo a qual deve reconhecer-se à Directiva 85/577 plena eficácia no Estado italiano. Na realidade, tem dúvidas quanto à exactidão deste modo de ver, que derivam, nomeadamente, do teor literal do artigo 189.º do Tratado CEE² e da inexistência de um dever de publicação das directivas³. Atendendo ao conteúdo preciso de diversas directivas, que materialmente é o mesmo de um regulamento, põe-se, no

* Língua original: alemão.

1 — Do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985 (JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131)

2 — Desde 1 de Novembro de 1993, Tratado CE, nos termos do Tratado da União Europeia de 7 de Fevereiro de 1992 (JO C 224, p. 1).

3 — Já não é assim desde 1 de Novembro de 1993, nos termos do artigo 191.º do Tratado CE.

entanto, a questão de saber se, em tais casos, uma directiva pode ter «uma maior força normativa» do que aquela que os seus «efeitos próprios» produzem. O órgão jurisdicional de reenvio recorre à jurisprudência que o Tribunal de Justiça proferiu até à data, embora considere os respectivos resultados em parte insatisfatórios, quando, por exemplo, uma norma produz efeitos normativos entre determinados sujeitos jurídicos, mas já os não produz, no entanto, em relação a outros. Considera que o pedido de decisão prejudicial é necessário, porque a «única certeza que há é a incerteza quanto aos efeitos da directiva».

5. As questões prejudiciais são as seguintes:

«Deve a Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, ser considerada suficientemente precisa e pormenorizada e, em caso de resposta afirmativa, ela foi susceptível de produzir efeitos nas relações entre os particulares e o Estado italiano e nas relações dos particulares entre si, no período compreendido entre o termo do prazo de vinte e quatro meses fixado aos Estados-membros para lhe darem cumprimento e o dia em que o Estado italiano a cumpriu?»

6. Participaram no processo, num primeiro momento, as partes no processo principal, a Comissão e os Governos alemão, grego e italiano. Uma pergunta dirigida pelo Tribunal

de Justiça a todos os Estados-membros sobre a sua posição acerca da questão, suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de saber «se um particular, no âmbito de um litígio com outro particular, pode invocar directamente o disposto numa directiva que não foi transposta dentro do prazo legal», levou também o Governo francês a tomar posição por escrito. Finalmente, na fase oral do processo, intervieram os representantes dos Governos dinamarquês, alemão, grego, francês, italiano, neerlandês e do Reino Unido. Todos os representantes dos governos dos Estados-membros, menos o do Governo grego, bem como o representante da Comissão, defenderam a manutenção da jurisprudência que o Tribunal de Justiça proferiu até à data. A audiência demonstrou que se trata de um problema complexo, se bem que, no essencial, os argumentos pró e contra se repitam. Far-se-á referência aos diferentes argumentos no âmbito da apreciação jurídica.

B — Tomada de posição

I — Quanto ao carácter preciso e incondicional da Directiva 85/577

1. Apreciação global da Directiva 85/577

7. A primeira pergunta do órgão jurisdicional de reenvio tem em vista a análise das disposições da directiva quanto à sua natureza

precisa e incondicional, que constituem um pressuposto irrenunciável para a sua eventual aplicabilidade directa ⁴. O órgão jurisdicional de reenvio não especificou esta questão relativamente a preceitos singulares da directiva, se bem que nem todos interessassem para a aplicação no presente caso.

8. Quanto ao poder discricionário dos Estados-membros no que respeita à transposição da Directiva 85/577, há que partir do princípio de que são várias as possibilidades que se oferecem a um Estado-membro, no âmbito da sua liberdade de escolha, «quanto à forma e aos meios» ⁵. Ou incorpora as disposições da directiva num código legislativo existente, ou cria uma lei autónoma ou, então, remete, no âmbito de uma lei autónoma, para disposições do direito civil comum.

9. O conteúdo da Directiva 85/577, além disso, deixa aos Estados-membros, em muitos aspectos, uma margem para a sua execução de uma ou de outra maneira. Por exemplo, o artigo 3.º dá a possibilidade de prever um montante mínimo para que os contratos caibam no âmbito de aplicação da directiva. A última frase do artigo 4.º, que

institui uma obrigação de informação por escrito a cargo do comerciante, concede aos Estados-membros um poder discricionário relativamente amplo para prever «medidas adequadas... nos casos em que não seja fornecida a informação prevista no presente artigo».

10. O direito de renúncia do consumidor, constante do artigo 5.º, que constitui o elemento fundamental da directiva, deve ser exercido «em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional». Com esta formulação são admissíveis dúvidas quanto à questão de saber se se trata de uma remissão para o direito civil comum — como porventura a regra sobre a recepção das declarações de vontade — ou para regras autónomas, a criar no âmbito do acto jurídico de execução.

11. O artigo 7.º sujeita às disposições da legislação nacional o regime dos efeitos jurídicos da renúncia. Já a terminologia escolhida, que refere inicialmente (na versão alemã) renúncia («Rücktritt») e depois rescisão («Widerruf») torna claro que podem estar ligadas consequências jurídicas muito diferentes ao exercício do direito de resolução do contrato. Conforme a fase em que se encontrava a execução do contrato, é concebível a intervenção dos efeitos jurídicos, todos eles diferentes, da rescisão, da renúncia ou da anulação.

⁴ — Acórdão fundamental de 5 de Abril de 1979, Ratti (148/78, Recueil, p. 1629, n.º 23); acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Becker (§/81, Recueil, p. 53, n.º 25).

⁵ — V. o artigo 189.º do Tratado CEE.

12. A directiva dá, por conseguinte, em vários aspectos, uma margem aos Estados-membros para exercerem as suas prerrogativas em matéria legislativa. Para efeitos do presente processo, poderia, porém, ser suficiente que nos limitássemos à interpretação e à aplicação das disposições que contêm uma *garantia mínima*⁶ para os consumidores que é necessário proteger.

neça bens ou serviços e um consumidor:

— durante uma excursão organizada pelo comerciante fora dos seus estabelecimentos comerciais,

13. Ainda que o órgão jurisdicional de reenvio se tenha absterido de proceder a uma subjunção do caso, a aplicação dos artigos 1.º e 5.º parece inevitável. O artigo 1.º delimita o âmbito de aplicação material da directiva e o artigo 5.º institui o direito de renúncia do consumidor. Ambos estes artigos deveriam portanto satisfazer as exigências do carácter incondicional e preciso de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça faz depender a aplicabilidade directa de uma disposição que conste de uma directiva.

ou

— durante uma visita do comerciante:

i) a casa do consumidor ou a casa de outro consumidor;

2. *Quanto ao artigo 1.º da Directiva 85/577*

ii) ao local de trabalho do consumidor,

14. O artigo 1.º, n.º 1, da directiva dispõe:

quando a visita não se efectua a pedido expresse do consumidor».

«A presente directiva é aplicável aos contratos celebrados entre um comerciante que for-

15. Em si mesmo, este número é preciso e incondicional, pois remete para condições de facto claramente delimitadas, como uma

6 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 20).

excursão organizada pelo comerciante ou a visita do comerciante à residência ou ao local de trabalho do consumidor. Por outro lado, em minha opinião, o artigo 1.º, n.º 1, não oferece qualquer possibilidade de interpretação extensiva, pois, de outro modo, teria que renunciar-se à aplicação destas condições de facto, que têm natureza constitutiva.

alargado em relação aos n.ºs 1 e 2, de modo a incluir nela também outros contratos de consumidores, não celebrados nos estabelecimentos dos comerciantes — talvez em ruas e praças públicas —, ou se, pelo contrário, não são incluídos no âmbito de aplicação da directiva negócios em fraude à lei, celebrados de acordo com as determinações espaciais e materiais dos n.ºs 1 e 2.

16. O n.º 2, que alarga o âmbito de aplicação da directiva a determinados contratos celebrados por ocasião de uma visita do comerciante a casa do consumidor, pode, ao que parece, ser posto de lado no que toca à apreciação do presente caso, pois não se vislumbram elementos que indiquem que o contrato tenha sido celebrado aquando de uma visita, solicitada pela requerida, do outro contratante à sua residência ou ao seu local de trabalho⁷.

19. Esta questão poderia ter importância prática para a apreciação do presente caso, pois não se reconhecem — como já foi mencionado a propósito do n.º 2 — quaisquer indícios de que o contrato em causa — como está previsto no n.º 1 — tenha sido celebrado durante uma excursão organizada pelo comerciante ou durante uma visita do comerciante a casa ou ao local de trabalho da requerida.

17. Como conclusão intermédia, pode afirmar-se que o artigo 1.º, n.º 1, tem a precisão necessária para a sua aplicação directa.

18. Poderia, pelo contrário, revelar-se problemática a aplicação dos n.ºs 3 e 4, que têm em vista ambos «condições semelhantes às descritas no n.º 1 ou no n.º 2⁸». É questionável se, através do artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, o âmbito de aplicação material da directiva é

20. Trata-se portanto de saber se os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º podem ser interpretados no sentido de que as propostas contratuais feitas de acordo com outras determinações espaciais e materiais também entram no âmbito de aplicação da directiva. Estes preceitos dispõem o seguinte:

«3. A presente directiva é igualmente aplicável aos contratos relativamente aos quais tenha sido feita uma oferta pelo consumidor em condições semelhantes às descritas no

⁷ — O contrato foi celebrado «nas instalações da estação ferroviária central de Milão», ao passo que a requerida reside em Monza.

⁸ — V. notas ao n.º 20, *infra*.

n.º 1 ou no n.º 2^o, embora o consumidor não tenha ficado vinculado por essa oferta antes da aceitação desta pelo comerciante.

4. A presente directiva é igualmente aplicável às ofertas contratuais feitas pelo consumidor em condições semelhantes às descritas no n.º 1 ou no n.º 2^o, quando o consumidor fica vinculado pela sua oferta».

21. À pergunta feita na audiência a todas as partes presentes sobre o modo como encaram a aplicabilidade da directiva na causa principal, foram dadas respostas positivas e também negativas. A resposta a esta pergunta não é, por conseguinte, de modo algum unívoca. Se, além disso, se tomar em consideração que a directiva deu origem a controvérsias doutrinárias, não é, a meu ver, possível afirmar que o artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, tem a precisão necessária para a aplicabilidade directa de uma disposição que conste de uma directiva.

22. Por outro lado, é da competência do Tribunal de Justiça interpretar a directiva com carácter vinculativo. O Tribunal de Justiça pode, por conseguinte, fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio, com a resposta à questão prejudicial, os critérios de que ele carece para a decisão do litígio.

9 — *Ndt:* E não «nos n.º 1 e n.º 2», como consta da versão oficial portuguesa.

10 — *Ndt:* E não «nos n.º 1 ou no n.º 2», como consta da versão oficial portuguesa.

23. O título da directiva leva a presumir que ela deve ser aplicada, de um modo geral, aos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Os considerandos confirmam esta impressão. O quarto considerando dispõe:

«Considerando que os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do comerciante se caracterizam pelo facto de a iniciativa das negociações provir normalmente do comerciante e que o consumidor não está, de forma nenhuma, preparado para tais negociações e que foi apanhado desprevenido; que, muitas vezes, o consumidor nem mesmo pode comparar a qualidade e o preço da oferta com outras ofertas; que *este elemento surpresa é tomado em linha de conta, não apenas nos contratos celebrados por venda ao domicílio, mas também noutras formas de contrato em que o comerciante toma a iniciativa de vender fora dos estabelecimentos comerciais*»¹¹.

24. A formulação «em condições semelhantes às descritas no n.º 1 ou no n.º 2» poderia ser entendida, na perspectiva das outras formas de contrato «em que o comerciante toma a iniciativa de vender fora dos estabelecimentos comerciais», no sentido de que também devem ser abrangidos contratos celebrados em condições geográficas e materiais diferentes das que estão previstas no n.º 1. Por outro lado, uma característica diferenciadora essencial dos n.ºs 3 e 4 em relação

11 — Sublinhado meu.

aos n.ºs 1 e 2 é a de eles partirem da oferta contratual. Por conseguinte, considero exacta a opinião segundo a qual os efeitos da directiva são alargados a eventuais negócios em fraude à lei, por força dos n.ºs 3 e 4.

3. Quanto ao artigo 5.º da Directiva 85/577

25. Sem uma interpretação com carácter vinculativo do artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, feita pelo Tribunal de Justiça, estes preceitos não são, a meu ver, suficientemente precisos e incondicionais para serem susceptíveis de aplicabilidade directa.

27. A aplicabilidade da directiva só tem importância prática para o consumidor se ele puder invocar o direito de renúncia previsto no artigo 5.º da directiva para se desvincular do contrato celebrado fora dos estabelecimentos do comerciante. A autora invocou expressamente o artigo 5.º da directiva no âmbito da causa principal.

26. A aplicação destes preceitos à situação concreta da causa principal é da competência do órgão jurisdicional de reenvio. Este partiu manifestamente da ideia de que a situação de facto em causa cabe no âmbito de aplicação material da directiva. O Tribunal de Justiça não examina a relevância do pedido de decisão prejudicial para a solução do litígio. Por isso, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio tirar as consequências das reflexões precedentes para o caso concreto ¹².

28. Como já fiz notar no âmbito das minhas considerações gerais quanto à margem de discricionariedade dos Estados-membros para a transposição da Directiva 85/577 ¹³, o artigo 5.º, n.º 1, está formulado de tal modo que deixa margem para que sejam reguladas pela legislação nacional as questões do alcance e do conteúdo das condições de exercício do direito de renúncia. O legislador comunitário partiu manifestamente da ideia de que as condições de exercício do direito de renúncia podem diferir de um Estado-membro para outro, ao prever que a renúncia deve ser exercida «em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional». Em meu entender, esta abertura presta-se a uma execução variável da directiva, mas não à sua aplicabilidade directa.

12 — Acórdão de 11 de Junho de 1987, X (14/86, Colect., p. 2545, n.º 11).

13 — V. *supra*, n.º 10.

29. A natureza suficientemente precisa da disposição podia aceitar-se, quando muito, na perspectiva limitada da causa principal, em que — tanto quanto pode inferir-se dos autos — não se chegou de modo algum à execução do contrato. A notificação do exercício do direito de renúncia no prazo de sete dias constituiria então o pressuposto mínimo para produzir os efeitos jurídicos descritos do seguinte modo no artigo 5.º, n.º 2:

«A notificação feita desvincula o consumidor de qualquer obrigação decorrente do contrato rescindido».

A desvinculação das obrigações contratuais pode compreender-se assim como uma *garantia mínima*¹⁴ para o consumidor. Por conseguinte, o artigo 5.º da Directiva 85/577, a meu ver, só é susceptível de aplicabilidade directa com a reserva já referida.

II — Quanto aos efeitos de uma directiva ainda não executada

1. Quanto às relações entre o particular e o Estado

30. Para o caso de uma resposta afirmativa à questão relativa ao carácter suficientemente

preciso da directiva, o órgão jurisdicional de reenvio gostaria de saber se a directiva podia produzir efeitos entre o particular e o Estado italiano após o termo do prazo de transposição e antes da sua execução efectiva. Com base na jurisprudência assente do Tribunal de Justiça¹⁵, após o decurso do prazo de transposição, um particular pode invocar directamente contra o Estado-membro faltoso uma disposição incondicional e precisa, constante de uma directiva, que lhe seja favorável. Nestas relações, é vedado ao Estado-membro beneficiar do seu comportamento contrário ao Tratado¹⁶.

31. Este efeito das directivas, que pode igualmente qualificar-se de efeito directo vertical das directivas, só se presta a uma protecção jurídica satisfatória dos interesses do particular quando a directiva seja precisa e susceptível de produzir efeitos nesta relação jurídica vertical. A aplicabilidade directa da directiva não funciona quando é um sujeito privado, e não o Estado, que fica obrigado.

32. Foi, porém, justamente isso que aconteceu na causa principal. A obrigação de desvincular do contrato o parceiro contratual não cabe ao Estado, e sim à outra parte no contrato. A invocação da directiva contra o Estado e todos os seus órgãos de nada serve para a solução do problema concreto em

14 — Acórdão Francovich, já referido, n.º 20 a 22.

15 — V. os acórdãos Ratti e Becker, já referidos.

16 — Acórdão Becker, já referido, n.º 24.

causa num litígio entre particulares. Para dar remédio a este dilema, o Tribunal de Justiça desenvolveu na sua jurisprudência diversos princípios.

a) Acepção lata do conceito de Estado

33. No esforço para ampliar os limites da aplicabilidade directa das directivas, há que tomar o conceito de Estado num sentido lato. Para isso, contam-se as entidades descentralizadas¹⁷, as autoridades administrativas¹⁸ e os organismos estatais¹⁹, ainda que sob a forma de empresas públicas²⁰. Suscitou críticas sobretudo a inclusão de empresas sob controlo estatal no conceito de Estado. Trata-se porventura dos casos em que foi possível opor uma directiva a uma empresa estatal, na qualidade de entidade patronal²¹, e não a um particular, a que o órgão jurisdicional de reenvio alude ao declarar que «uma dada norma é aplicável nas relações entre alguns sujeitos do ordenamento e não entre outros»²².

17 — Acórdão de 22 de Junho de 1989, Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.º 31).

18 — Acórdão Becker, já referido; acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723), de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651), Costanzo, já referido, e de 22 de Fevereiro de 1990, Busseni (C-221/88, Colect., p. I-495).

19 — Acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635).

20 — Acórdão de 12 de Julho de 1990, Foster (C-188/89, Colect., p. I-3313, n.º 20).

21 — Acórdão Foster, já referido.

22 — V. a p. 11 do pedido de decisão prejudicial.

34. A meu ver, a jurisprudência do Tribunal de Justiça que vai no sentido de um entendimento amplo do conceito de Estado é inteiramente consequente²³. Inclui não só os titulares do poder público directo, mas também os do poder público indirecto²⁴. No entanto, o limite da extensão do conceito de Estado é certamente atingido quando uma empresa controlada por organismos públicos é incluída no Estado, ao passo que uma alteração das relações de maioria nos órgãos de fiscalização leva a que a mesma empresa se apresente como privada.

b) Obrigação que incumbe a todos os órgãos estatais de aplicar o direito comunitário pela via da interpretação

35. Um outro modo de proceder para alcançar uma aplicação tão ampla quanto possível de directivas que, sem razão, ainda não foram transpostas, ou só o foram insuficientemente, é a obrigação dirigida a todos os titulares do poder público de tomarem, no âmbito das suas competências, todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução da obrigação dos Estados-membros decorrente de uma directiva²⁵.

23 — Sobre o conceito funcional de Estado, v. o acórdão Beentjes, já referido.

24 — Note-se a título puramente marginal que, no âmbito do direito do trabalho, há uma diferença — e não só no que toca aos efeitos das directivas — consoante a relação de trabalho tenha sido estabelecida com uma entidade patronal de direito público ou com uma entidade patronal privada.

25 — V. acórdãos de 10 de Abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26); Beentjes, já referido, n.º 39, de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135), e de 16 de Janeiro de 1992, X (C-373/90, Colect., p. I-131, n.º 7).

Deste dever comunitário dos órgãos estatais resulta, por exemplo, a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais interpretarem e aplicarem o direito nacional, até terem esgotado totalmente a margem de apreciação que lhes é concedida, de acordo com as exigências do direito comunitário ²⁶.

36. O dever de dar efeito à aplicação do direito comunitário por meio da interpretação jurídica não diz só respeito à legislação adoptada para a execução de uma directiva ²⁷, mas também pura e simplesmente a toda a ordem jurídica nacional ²⁸. Sobre a administração pública impende igualmente um dever de observância das directivas ²⁹ comparável ao dos órgãos jurisdicionais nacionais.

37. A possibilidade de uma interpretação do direito nacional conforme com o direito comunitário choca, porém, com limites naturais. Isto é recordado quando o Tribunal de Justiça fala dos deveres jurídico-comunitários de todos os titulares do poder público de tomarem as medidas adequadas «no âmbito das suas competências» ³⁰. Os limites da interpretação da legislação constituem portanto também, para o juiz nacional,

os limites da sua faculdade de garantir a aplicação, no direito nacional, de directivas não executadas.

c) Direito de reparação relativamente ao Estado

38. Uma terceira tentativa de solução tendente a otimizar a protecção jurídica dos particulares no caso de uma anterior violação do dever do Estado-membro, por omissão de proceder em devido tempo à transposição de uma directiva, é um direito de reparação fundado no direito comunitário ³¹. O particular pode então obter compensação do Estado pela perda de um direito ou por falta de protecção jurídica. O Estado é obrigado a indemnizar os particulares no âmbito de uma efectivação da responsabilidade do Estado, baseada no direito comunitário.

Conclusão intermédia

39. aa) Por conseguinte, quando o órgão jurisdicional de reenvio pergunta quais são os efeitos da Directiva 85/577 nas relações entre o particular e o Estado italiano para o período entre o termo do prazo de transposição e a execução efectiva da directiva, há que remeter para a existência do direito à reparação baseado no direito comunitário.

26 — Acórdão von Colson e Kamann, já referido, n.º 26 e 28.

27 — Acórdão de 20 de Maio de 1976, Mazzalai (111/75, Recueil, p. 657, n.º 7 a 11).

28 — Acórdãos Von Colson e Kamann, já referido, n.º 26, e Marleasing, já referido.

29 — Acórdão Costanzo, já referido.

30 — Acórdão Von Colson e Kamann, já referido, n.º 26.

31 — Acórdão Francovich, já referido.

40. *bb)* Outra questão — a que finalmente o Tribunal de Justiça nem sequer tem que responder — é a de saber como é que o órgão jurisdicional de reenvio pode chegar a uma decisão da causa, no âmbito do seu dever, descrito em II.1. b), de interpretação do seu direito nacional em conformidade com o direito comunitário.

41. A Comissão deu indicações sobre o direito civil italiano, tanto no seu memorando escrito como na fase oral do processo, e referiu, quanto a isto, dois preceitos que são adequados à execução do direito de rescisão.

42. O Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se quanto à aplicação do direito nacional. O Tribunal de Justiça admitiu na verdade, no acórdão *Marleasing*³², o ónus indirectamente imposto aos particulares pela interpretação proposta. Como foi retornado com razão, a renúncia aos efeitos do contrato pressupõe a existência do direito de renúncia. O Tribunal de Justiça é chamado a decidir quanto a este pressuposto quando é interrogado acerca dos efeitos da directiva durante o período de transição — entre o termo do prazo de transposição e a transposição efectiva — nas relações dos particulares entre si. Neste contexto, remeter para os deveres jurídico-comunitários do órgão jurisdicional nacional e para a sua competência exclusiva para a interpretação do direito nacional equivale a fechar os olhos perante o verdadeiro problema.

2. *Quanto à aplicabilidade horizontal das directivas*

43. Quanto à questão relativa aos efeitos de uma directiva não transposta nas relações jurídicas entre particulares, chamada também efeito horizontal, a jurisprudência existente e constante só permite uma resposta concisa e clara: uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular³³.

44. O Tribunal de Justiça fundamenta esta conclusão da seguinte maneira: «... segundo o artigo 189.º do Tratado, o carácter vinculativo de uma directiva, sobre o qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao 'Estado-membro destinatário'. Do que resulta que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa»³⁴.

45. A ênfase é portanto nitidamente posta na recusa de impor um ónus a um particular. Segundo o teor literal do Tratado, o efeito vinculativo produz-se tão-somente em relação aos Estados-membros, destinatários da directiva.

33 — Acórdãos *Marshall*, já referido, n.º 48, de 12 de Maio de 1987, *Traen* (372/85 a 374/85, *Colect.*, p. 2141, n.º 24); *X*, já referido, n.º 19, *Busseni*, já referido, n.º 23, *Marleasing*, já referido, n.º 6.

34 — Acórdão *Marshall*, já referido, n.º 48.

32 — Processo 106/89, já referido.

46. Poder-se-ia ficar por aqui em matéria de considerações e defender a manutenção da jurisprudência até agora proferida.

47. Tal modo de proceder parece-me, no entanto, insatisfatório. A seguir à jurisprudência Foster³⁵ e Marleasing³⁶, aumentaram na doutrina as vozes que se pronunciam a favor de um efeito horizontal das directivas. Entre os membros do Tribunal de Justiça pronunciaram-se até hoje a favor da aplicabilidade horizontal das directivas o advogado-geral Van Gerven³⁷ e, muito recentemente, o advogado-geral Jacobs³⁸ — se bem que não no âmbito da resposta a questões importantes para a decisão a proferir³⁹.

48. As reflexões a favor de um efeito horizontal das directivas fazem parte dos esforços para prestar justiça aos beneficiários de uma disposição que o legislador comunitário pretendeu vinculativa e para não deixar a sua posição, por tempo indeterminado, dependente da discricção de um Estado-membro faltoso.

35 — Processo C-188/89, já referido.

36 — Processo C-106/88, já referido.

37 — Acórdão de 2 de Agosto de 1993, Marshall II (C-271/91, Colect., p. I-4367, ponto 12 das conclusões).

38 — N.º 15 e segs. das conclusões apresentadas em 27 de Janeiro de 1994, Vaneetveld (C-316/93, acórdão de 3 de Março de 1994, Colect., p. I-763, I-765).

39 — O juiz Schockweiler também tomou posição a favor da aplicabilidade horizontal das directivas na sua contribuição «Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers», nos estudos em homenagem a Díez de Velasco *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*.

49. Numa época marcada pela realização do mercado interno, que é um espaço sem fronteiras internas⁴⁰, em que cada vez mais são adoptadas disposições de harmonização para a regulação das relações jurídicas entre particulares, parece-me oportuno repensar os efeitos das directivas. Nos considerandos da Directiva 85/577, o legislador comunitário referiu a necessidade da aproximação das legislações de uma forma isenta de quaisquer ambiguidades:

«Considerando que uma disparidade entre estas legislações pode ter uma incidência directa no funcionamento do mercado comum; que *convém*⁴¹, por conseguinte, proceder a uma aproximação das legislações neste domínio»⁴².

50. Na série de argumentos a favor do efeito horizontal das directivas, há que colocar antes de mais a igualdade das condições de concorrência. Além disso, sem o efeito horizontal, os particulares do Estado que actua em conformidade com o direito comunitário são muitas vezes prejudicados.

51. A favor do efeito horizontal das directivas milita também o *princípio da não discriminação*, com categoria de direito fundamental, e isto, na verdade, a vários títulos. Por

40 — Desde 1 de Janeiro de 1993, nos termos do artigo 8.º-A do Tratado CEE, actualmente artigo 7.º-A do Tratado CE.

41 — Sublinhado meu.

42 — Segundo considerando da Directiva 85/577.

um lado, não é satisfatório que os sujeitos jurídicos, consoante mantenham relações jurídicas comparáveis com uma instituição da responsabilidade do Estado ou com uma pessoa privada, fiquem sujeitos a regras diferentes. Por outro lado, é contrário às exigências do mercado interno que se aplique aos particulares um direito diferente nos diversos Estados-membros, embora tenham sido adoptadas pela Comunidade disposições de harmonização.

52. A manutenção das diferenças opõe-se ao objectivo proclamado da aproximação das legislações. Esta afirmação não pode ser invalidada com a referência à natureza das directivas, nos termos da qual, até à sua transposição, haverá forçosamente condições diferentes nos Estados-membros⁴³. Com efeito, a desigualdade só deve ser tolerada até ao termo do prazo de transposição. Entre os objectivos da directiva conta-se o de que depois disso prevaleçam condições comparáveis.

53. O argumento baseado na discriminação ganha ainda maior peso após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht e da cidadania da União, constante do Tratado CE. De acordo com a vontade dos Estados contratantes⁴⁴, o Tratado da União Europeia constitui «uma nova fase no processo de integração europeia iniciado com a instituição

das Comunidades Europeias». Os artigos 3.º-A e 7.º-A do Tratado CE sublinham a importância do mercado interno. Os artigos 2.º, 3.º e 3.º-A do mesmo Tratado preconizam uma maior comunitarização da política económica. O artigo 3.º, alínea s), exige uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores. Há disposições mais pormenorizadas a este respeito no artigo 129.º-A. A instituição de uma cidadania da União desperta a esperança de que o cidadão da União seja, em todo o caso, tratado da mesma maneira perante o direito comunitário.

54. No caso das directivas cujo conteúdo se destina a ter efeitos nas relações entre particulares e que contêm disposições que têm por objectivo a protecção da parte contratual mais fraca⁴⁵, é evidente que, sem a transposição, a directiva fica privada do seu «efeito útil». Após o termo do prazo para transposição, devia portanto ser possível a aplicação de normas de protecção com um conteúdo preciso e incondicional. À disposição de uma directiva, que o legislador comunitário pretendeu vinculativa, deviam ser reconhecidos efeitos materiais, sem que o comportamento contrário ao Tratado por parte de um Estado-membro pudesse prejudicar a validade de situações jurídicas em si completas.

43 — V. o ponto 8 das minhas conclusões apresentadas no processo Banguernon (C-38/89, Colect. 1990, pp. I-83, I-88, n.º 8).

44 — Expressa no primeiro considerando do Tratado da União Europeia, já referido na nota 2.

45 — V., por exemplo, a Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (JO L 283, p. 23; EE 05 F2 p. 219; v., a este respeito, o acórdão Francovich, já referido) ou a Directiva 85/577, objecto do presente processo, bem como do acórdão de 14 de Março de 1991, Di Pinto (C-361/89, Colect., p. I-1189).

55. Para uma resposta afirmativa à questão do efeito directo horizontal das directivas, há que partir do princípio de que a sua razão de ser e modo de execução têm natureza fundamentalmente diferente da do efeito directo vertical. Enquanto, para aplicabilidade directa de directivas, na acepção tradicional, o comportamento desconforme com o direito comunitário por parte do Estado-membro determina directamente a relação jurídica entre o particular e o Estado, o terceiro privado não tem qualquer influência na execução de uma directiva⁴⁶. Os argumentos e os princípios jurídicos⁴⁷, aduzidos a favor da aplicabilidade directa das directivas em relação ao Estado-membro, segundo os quais o Estado-membro não devia tirar qualquer vantagem do seu comportamento contrário ao direito comunitário⁴⁸, são tão pouco aplicadas nas relações dos particulares entre si como a referência ao princípio do carácter sancionatório⁴⁹ do efeito directo relativamente ao Estado.

56. A aplicabilidade directa das directivas nas relações entre particulares perderia o carácter de uma excepção, na acepção de uma «invocação» da norma favorável. À disposição de uma directiva que fosse directamente aplicável seriam antes atribuídos efeitos *erga omnes*. Ela seria assim equiparada a

disposições do Tratado directamente aplicáveis⁵⁰. A disposição constante de uma directiva que produzisse efeitos horizontais participaria do primado do direito comunitário, o que seria de saudar no interesse de uma aplicação uniforme e eficiente do direito comunitário.

57. Embora o efeito directo horizontal das directivas pareça desejável pelas razões indicadas, foram aduzidos argumentos importantes contra uma evolução jurisprudencial que vá nesse sentido.

58. Em regra remete-se, no âmbito da contra-argumentação, para o *teor literal do artigo 189.º do Tratado CEE* e para a *natureza da directiva*, que só é vinculativa para os Estados-membros e, mesmo relativamente a estes, só quanto aos resultados.

59. A meu ver, estes argumentos podem ser refutados. No que diz respeito, antes de mais, à liberdade dos Estados-membros quanto à escolha da forma e dos meios para a transposição da directiva, ela permanece totalmente intacta até ao termo do período de transição. Mesmo depois disso, os

46 — É certo que, mesmo no âmbito da jurisprudência até agora proferida sobre os efeitos das directivas, não era necessária a responsabilidade directa pela violação do Tratado, como mostra a interpretação lata do conceito de Estado, feita pela jurisprudência do Tribunal de Justiça; v. *supra*, II.1. a).

47 — *Nemo auditur, venire contra factum proprium, estoppel*.

48 — Acórdão Becker, já referido, n.º 24.

49 — V. as minhas conclusões apresentadas no processo Costanzo, já referido, ponto 23).

50 — Por exemplo, o artigo 12.º (acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Recueil, p. 3), os artigos 53.º e 37.º, n.º 2 (acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa, 6/64, Recueil, p. 1141), os artigos 9.º e 13.º, n.º 2 (acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Sace, 33/70, Recueil, p. 1213), o artigo 48.º (acórdão de 4 de Dezembro de 1974, Van Duyn, 41/74, Recueil, p. 1337), o artigo 119.º (acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne, 43/75, Recueil, p. 455).

Estados-membros continuam a ter — e isto também no pressuposto do efeito directo de determinadas disposições — uma margem de discricionariedade sempre que a directiva o tiver pretendido. Só uma pequena parte das disposições da directiva se presta à aplicabilidade horizontal. Aliás, os Estados-membros, após o termo do prazo de transposição, não podem invocar liberdades que só lhes foram conferidas para efeitos da execução regular e tempestiva da directiva.

60. O carácter vinculativo para os Estados-membros quanto ao resultado da directiva existe imediatamente, logo que a directiva entra em vigor. Em relação ao resultado de uma directiva, em regra não existe qualquer margem de apreciação para os Estados-membros. Entre os resultados de uma directiva contam-se, por exemplo, a atribuição de força jurídica vinculativa a normas de protecção, o mais tardar no fim do prazo de transposição⁵¹. A força vinculativa de tais normas é — como já fiz notar — pretendida pelo legislador comunitário e inerente à natureza da directiva. Porque as directivas não são actos jurídicos de menor qualidade, mas são dirigidas, para a sua execução, aos Estados-membros, sobre os quais impende um dever, fixado pelo Tratado, de as transporem tempestiva e completamente.

61. A natureza da directiva não estorva, em meu entender, o seu efeito horizontal. Tão-pouco a fronteira entre regulamento e directiva seria confundida, pois os efeitos directos

da directiva só são possíveis após o termo do prazo de transposição e só quanto a preceitos claros e incondicionais.

62. Como argumento contra a aplicabilidade horizontal das directivas, é trazida à colação a *inadmissibilidade, em termos de Estado de direito, do ónus imposto a terceiros*. Este argumento, com efeito, não pode ser afastado sem mais. Trata-se de saber se um particular, que se comporta legalmente no âmbito da ordem jurídica nacional, pode ser sobrecarregado com ónus resultantes de uma directiva não transposta que não lhe é dirigida, ónus pelos quais, além disso, não pode ser ressarcido do Estado-membro faltoso⁵².

63. Por razões de segurança jurídica, parece-me que o efeito horizontal das directivas é extremamente problemático, do ponto de vista do terceiro sobrecarregado com um ónus. A constatação de que, mesmo actualmente, há imposição indirecta de ónus a particulares, através do efeito de directivas directamente aplicáveis — por exemplo, em virtude de erros cometidos num concurso público, que põem em causa a situação jurídica dos outros concorrentes e, eventualmente, do adjudicatário⁵³, ou em razão dos seus efeitos, no âmbito de uma interpretação em conformidade com o direito comunitário,

51 — Acórdãos de 6 de Outubro de 1970, Grad (9/70, Recueil, p. 825, n.º 10 e 13); Sace, já referido, n.º 11.

52 — Para exercer uma acção de indemnização, a questão do dano será problemática, pois, se o Estado-membro tivesse transposto a directiva em devido tempo, o ónus imposto ao particular também teria existido.

53 — Acórdão Costanzo, já referido.

num litígio entre sociedades de direito privado⁵⁴ —, não pode eliminar as reservas contra o efeito horizontal, do ponto de vista do Estado de direito.

objecção de falta de publicação já não poderia, por conseguinte, ser invocada contra o efeito horizontal destas directivas mais recentes.

64. Um pressuposto elementar para a imposição de ónus ao cidadão por actos legislativos é a sua *publicação constitutiva* num órgão de publicação oficial⁵⁵. As directivas que foram adoptadas com base no Tratado CEE não preenchem este pressuposto⁵⁶. A prática de publicar as directivas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* como actos jurídicos cuja publicação não é condição da sua aplicabilidade não constitui remédio. A publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* é puramente declarativa e não constitui pressuposto de eficácia, o que é acidentalmente explicitado pelo facto de uma nota de rodapé dar conhecimento da data de notificação da directiva aos Estados-membros⁵⁷, pois é a notificação que atribui eficácia à directiva⁵⁸. A possibilidade de tomar conhecimento de um acto jurídico não substitui a sua publicação constitutiva.

66. Por razões de *segurança jurídica*, que constitui um direito fundamental do cidadão a quem é imposto um ónus, a publicidade deve desde já ser preparada pelo facto de que, de futuro, será atribuído efeito directo horizontal às directivas. Também por estas razões, há que saudar as tomadas de posição supracitadas de membros do Tribunal de Justiça⁵⁹.

65. Para as directivas que foram ou serão adoptadas após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht em 1 de Novembro de 1993, a situação é fundamentalmente diferente. O artigo 191.º do *Tratado CE* prescreve a publicação no *Jornal Oficial da Comunidade* também para as directivas. A

67. A favor do particular a quem é imposto um ónus e contra o efeito horizontal das directivas, é invocada a *confiança legítima*. Uma confiança digna de tutela jurídica reconhece-se seguramente no modo como o particular não precisa de contar com ónus adicionais, na medida em que actue legalmente no âmbito da sua ordem jurídica nacional. Por outro lado, após a publicação de uma directiva e o decurso do prazo de transposição, o ónus é previsível. Pergunto a mim mesmo se a confiança no facto de o legislador nacional se comportar em desconformidade com o direito comunitário é digna de protecção.

68. Contra o efeito horizontal das directivas, é invocado um argumento que se baseia no

54 — Acórdão *Marleasing*, já referido.

55 — Acórdão de 20 de Setembro de 1990, *Sevince* (C-192/89, *Colect.*, p. I-3461, n.º 24).

56 — Não pode fazer-se esta objecção contra a aplicabilidade directa das disposições do Tratado.

57 — Foi o que aconteceu com a nota de rodapé relativa ao artigo 9.º da Directiva 85/577.

58 — V. o artigo 191.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE.

59 — V. *supra*, n.º 47 e nota 36.

princípio democrático. O défice democrático, que é, aliás, criticado no âmbito da legislação comunitária, agravar-se-á se a aplicação das directivas passar ao lado dos parlamentos nacionais.

69. No que toca ao pretensão défice democrático, gostaria de fazer notar, por um lado, que os direitos de participação do Parlamento Europeu na elaboração da legislação comunitária foram gradualmente reforçados pelo Acto Único Europeu e pelo Tratado de Maastricht. Por outro lado, não se trata, a meu ver, de uma ultrapassagem do legislador dos Estados-membros.

70. O legislador nacional tem toda a liberdade, dentro do prazo de transposição, quanto à escolha da forma e dos meios para transpor a directiva para o direito nacional ⁶⁰. Mesmo após o termo do prazo de transposição, continua a existir o dever ⁶¹ de o legislador nacional transpor a directiva e mantém-se uma margem de apreciação para cumprir esse dever de uma maneira ou de outra, na medida em que a directiva o permitir. Só disposições constantes de directivas, ou normas de protecção que sejam de tal modo precisas que não carecem de qualquer preenchimento para a sua validade — e que, nessa medida, também devem ser acatadas

pelo legislador nacional —, produzirão imediatamente efeitos jurídicos, na ordem jurídica nacional, nas relações entre os destinatários da regulamentação. Considero injustificados os receios de discrepâncias quanto à situação jurídica durante o período de transição anterior à transposição da directiva para o direito nacional e a situação posterior a isso, pois as disposições que se prestam à aplicabilidade horizontal também devem constar do acto de execução.

71. A objecção segundo a qual o reconhecimento do efeito directo horizontal das directivas aumenta a negligência dos Estados-membros quanto à sua transposição não é, a meu ver, convincente, pois o legislador nacional continua a ser responsável pela sua completa execução. O reconhecimento de princípio do efeito horizontal poderia eventualmente incitar o Estado-membro a uma transposição tempestiva da directiva, para se antecipar à aplicação horizontal pelas autoridades e órgãos jurisdicionais da Comunidade e dos Estados-membros. Em meu entender, os argumentos relativos ao efeito pedagógico da aplicabilidade horizontal equilibram-se entre si, de modo que não têm importância nem a favor nem contra esta.

72. Antes de concluir, gostaria ainda de indicar que, no caso de reconhecimento dos efeitos horizontais das directivas, devem ser tiradas as devidas consequências no que respeita à *protecção jurídica*. Elas devem assim, tal

60 — Acórdão Grad, já referido, n.º 13.

61 — Acórdão de 6 de Maio de 1980, Comissão/Bélgica (102/79, Recueil, p. 1473, n.º 12).

como os regulamentos e as decisões, ser susceptíveis de recurso, nos termos do artigo 173.º, segundo parágrafo ⁶².

73. No fim de contas, sou de opinião de que, por razões de segurança jurídica, o efeito horizontal das directivas não deve ser considerado para o passado. Para o futuro, parece-me, no entanto, necessário, dentro dos limi-

tes indicados, no interesse da aplicação uniforme e eficaz do direito comunitário. Os ónus daí resultantes para os particulares parecem-me aceitáveis, pois não vão além do que seria de presumir no caso de um comportamento conforme ao direito comunitário por parte do Estado-membro. O risco processual é finalmente suportado pela parte que invoca a disposição incondicional e suficientemente precisa constante de uma directiva.

C — Conclusão

74. Como resultado das minhas considerações anteriores, proponho a seguinte resposta às questões prejudiciais:

- «1) Os artigos 1.º, n.º 1, e 5.º da Directiva 85/577/CEE apresentam a precisão necessária para a sua aplicabilidade directa, na medida em que deles se deduz uma garantia mínima para a renúncia aos efeitos de um contrato ainda não executado. Aliás, a directiva deixa, em vários aspectos, uma margem aos Estados-membros para a transposição para o direito nacional.
- 2) a) Com base na jurisprudência até agora proferida, uma directiva ainda não transposta pode produzir efeitos em relação ao Estado, na medida em que todos os titulares de poder público, em especial os órgãos jurisdicionais, são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução das obrigações decorrentes de uma directiva.

62 — Acórdão de 29 de Junho de 1993, Gibraltar/Conselho (C-298/89, Colect., p. I-3605), v. as minhas conclusões.

- b) Em consequência de omissões na execução da directiva, o Estado-membro pode ser obrigado a indemnizar um particular beneficiário das suas disposições.

- 3) Com base na jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, uma directiva não transposta não pode ter efeito directo nas relações entre particulares. Esta jurisprudência deveria ser mantida, por razões de segurança jurídica, para as situações passadas.

- 4) Para o futuro, parece necessário reconhecer a aplicabilidade geral das disposições precisas e incondicionais das directivas, no âmbito de uma evolução jurisprudencial com base no Tratado CE, no interesse de uma aplicação uniforme e eficaz do direito comunitário, para corresponder às expectativas legítimas que os cidadãos da União nutrem após a realização do mercado interno e a entrada em vigor do Tratado da União Europeia.»