

CONCORRÊNCIA ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS E “LAW MADE IN GERMANY” *

CHRISTIAN VON BAR

O autor discorre sobre o surgimento do fenómeno da competição entre as ordens jurídicas no seio da União Europeia, começando por oferecer vários exemplos das suas manifestações. À luz da disputa entre a *civil law* e a *common law*, sustenta que esta competição assenta em emoções, em medos difusos: dos competidores (consultoria jurídica), da perda do conhecimento dominante, do que é novo e de uma ideia de Europa. Conclui pela necessidade da superação desta competição e pelo desenvolvimento, no seu lugar, de uma “cultura da comunidade” (*Kultur der Gemeinschaftlichkeit*).

I. COMPETIÇÃO DE ORDENS JURÍDICAS?

1. No final dos anos setenta e início dos anos oitenta do século XX, quem fosse de balsa de Harwich em direção à Alemanha, deparava-se com um reclame publicitário de grandes dimensões, em que se podia ler “Buy British!”. Não comprem no estrangeiro, comprem aqui — slogans como esse resultavam de uma época marcada pela recessão. Hoje, do outro lado do canal, soam os ecos de uma *Bündnis für das deutsche Recht* ¹.

Sua mensagem é “Buy German”. É de se perguntar, com certa angústia, se o direito alemão anda realmente tão desesperado, a ponto de precisar de uma iniciativa destas. De repente, o assunto passa a ser o da competição das ordens jurídicas, até mesmo na Associação Alemã dos Juizes e Representantes do Ministério Público (*Bund der deutschen Richter und Staatsanwälte*); em abril de 2011, em Weimar. Ao tema foi acrescentada uma expressão em inglês, no intuito de dar um ar mais cosmopolita à “Law made in Germany” ².

* Traduzido livremente por José Carlos de Medeiros Nóbrega, wissenschaftlicher Mitarbeiter, European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück.

¹ A chamada “Aliança para o direito alemão” está até mesmo presente no *site* oficial do Ministério de Justiça da Alemanha, cf. http://www.bmj.de/DE/Recht/Justizverwaltung/Internationale-rechtliche-ZusammenarbeitRechtsstaatsdialoge/_do_c/Das_Buendnis_fuer_das_deutsche_Recht.html?nn=1471926.

² Este texto originou-se de uma conferência que apresentei durante o 20.º Deutscher Richter und Staatsanwaltstag em Weimar (cf. relatórios sobre o evento em DRiZ, Heft 6/2011, bem como sobre a minha conferência em Jünemann, DRiZ 2011, p. 201-203).

2. Mesmo que ainda não esteja claro de que vitória se trata, há grande receio de se perder a coroa de louros. Mas afinal, de qual modalidade se trata? Ordens jurídicas não podem correr e saltar, e tão pouco sobem ao palco para ganhar um prémio de beleza ou um prémio em dinheiro. Seu referencial é apenas a Justiça como valor absoluto; sem isso, não seriam sequer sistemas do Direito. Sinto arrepios só de pensar em qualificar um sistema jurídico como perdedor. Se fosse o caso de se querer seriamente medir em números os sucessos e fracassos, então, quando muito, isso só seria possível fazer através do direito internacional privado e da autonomia das partes de poder designar o direito a ser aplicado³. A medida seria, assim, a frequência com que uma ordem jurídica é escolhida para ser aplicada em negócios transfronteiriços. Ganharia o direito que tivesse sido escolhido mais vezes. Como não temos números sobre isso, não podemos saber quem é o vencedor, nem temos hipótese de sabê-lo. Só nos resta estimar que as ordens jurídicas dos países mais populosos são escolhidas com maior frequência do que aquelas dos países menos populosos, pelo menos estatisticamente falando. Mas isso tudo seria prova de quê? Isso só mostra que há concorrência interna entre as economias estatais e as empresas, mas não entre ordens jurídicas. Não se consegue ter em mãos um indicador de qualidade que venha a ser apropriado. O novo direito privado estoniano, por exemplo, é uma grande criação espiritual, mas quem é que faria a escolha por ele?

3. Quem tem a competição de ordens jurídicas em mente, também tem que tratar das desvantagens e distorções desta competição. Logo ficaria claro que países pequenos, principalmente aqueles cujas línguas são relativamente pouco faladas, teriam a desvantagem do elemento de conexão da residência habitual do consumidor no direito internacional privado. Isto é assim, porque de uma perspectiva económica frequentemente não compensa para os provedores de mercadorias e serviços atuando globalmente ocupar-se com o direito e, em geral, com as cláusulas contratuais, folhetos e demais informações sobre o produto e nem com a língua destes Estados. Esses esforços simplesmente não são feitos, o que vem a ser uma verdadeira barreira para o Mercado Interno⁴. Por outro lado, ninguém deveria subestimar a capacidade de inovação das chamadas “pequenas” ordens jurídicas. Este foi um erro cometido pelas “grandes” durante décadas, e muitos comparatistas o cometem até hoje. Quem quisesse ver o BGB curar-se de seus males de infância, teria que ter observado, na metade do século XX, o Código Civil Grego. Quem hoje contempla o mundo com olhos abertos, impressionar-se-á com a onda

³ O direito internacional das sociedades não vem a conhecer a autonomia das partes, mas conta na prática com um fenómeno que em seu alcance não lhe é dissemelhante, nomeadamente, a livre escolha do lugar de registo na União Europeia.

⁴ Numericamente já comprovado, por exemplo, no impressionante artigo da Comissária Reding, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP 2011, p. 1-6.

de codificação que se verifica por toda parte do globo. É o caso da Ásia e da América do Sul e também justamente dos países do Leste europeu. O Oeste, talvez com a exceção dos Países Baixos, terá que correr atrás. Países como França e, ao que me parece, Espanha, já estão nos pontos de largada. Na Alemanha, com a reforma do direito das obrigações, foi dado pelo menos um primeiro passo.

4. É constrangedor e, no melhor caso, tocante, quando a *Law Society of England and Wales* promove o seu direito como o direito de escolha⁵. Na verdade, quer com isto apenas dizer que nenhum advogado e, como não poderia deixar de ser, nenhum juiz são tão bons como os ingleses, nem mesmo os escoceses o seriam! A França apresenta-se ligeiramente mais europeia ao ter fundado a *Fondation pour le droit continental*⁶. Ninguém vai querer assim criticar esta fundação, como se a mesma se ocupasse demasiadamente com o direito alemão, húngaro, austríaco ou eslovaco. Acontece que o direito continental, da forma como é dado a conhecer, é apenas o direito francês, quando muito juntamente com o luxemburguês. Mas também o direito espanhol, italiano ou até mesmo português? Metodologicamente falando, estes o são pelo menos a um nível secundário, estando o direito português num nível primário de formação normativa já há muito contaminado com a doutrina alemã. Até mesmo a jurisprudência belga tem recusado seguir a francesa, de forma que hoje, mesmo que o texto seja idêntico, são duas ordens de direito privado diferentes, o que não difere muito do que acontece entre a Irlanda e a Inglaterra.

5. No Norte, pergunta-se inquietantemente nas conferências sobre a identidade do direito escandinavo⁷, cujas pretensas maior proximidade à realidade e mais apurada aplicação da justiça ao caso concreto são tidas como uma pretensa superação da doutrina do direito civil alemão, tão distante da vida. “Tû-Tû”, o artigo programático imortal de *Alf Ross* sobre o chamado *legal realism*⁸, até hoje causa sorrisos irónicos nos rostos dos juristas dina-

⁵ *Law Society of England and Wales*, England and Wales: The jurisdiction of choice. Dispute resolution (London 2008; http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf). O Ministro de Justiça do Reino Unido aí explica que está “committed to supporting the legal sector's success on the international stage. I am therefore delighted to introduce this brochure by the Law Society promoting England and Wales as the jurisdiction of choice for the resolution of disputes arising over the world.” (op. cit., p. 5). Cf. igualmente o comunicado de imprensa da Law Society em <http://www.lawsociety.org.uk/newsandevents/news/majorcampaigns/view=newsarticle.law?CAMPAIGNSID=359773>.

⁶ <http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/organismes-rattaches-et-partenaires-du-ministere-10284/fondation-pour-le-droit-continental-11970.html>.

⁷ “What is Scandinavian Law?” é o título de uma conferência que teve lugar em Estocolmo, em 2007. Os contributos encontram-se impressos no volume 40 da série *Scandinavian Studies in Law* (2007).

⁸ Este artigo, escrito originalmente em língua dinamarquesa, foi publicado pelo menos três vezes, a exemplo dos Estudos em Homenagem a Henry Ussing (Copenhaga 1951), p. 468-484, na série *Scandinavian Studies in Law* 1957, p. 138-153, e na *Harvard Law Review* 1956-57, p. 812-825.

marqueses e suecos, e em nenhum lugar esteve a *Kritik der Begriffsjurisprudenz* da autoria de Jhering ⁹ tão em evidência por décadas, como no lado norte do Mar Báltico. Tanto no direito das coisas escandinavo, como na doutrina escandinava do método, esta obra deixou profundos traços. Enquanto isso, na Escócia, alguns retomam os benefícios de *mixed jurisdictions* ¹⁰.

O *Bundestag* alemão comunicou através de seu Comité Jurídico da Comissão Europeia “que a estrutura e tradição do direito contratual na Alemanha, que evoluíram e se consolidaram ao longo de um século, exigem, frente a todas as sugestões de modificação, reflexões e considerações especialmente cuidadosas”. Para fundamentar esta tese, os autores desta comunicação utilizam-se de resultados de investigação histórico-comparativa até então desconhecidos. Dá-se ao conhecimento, assim, que tudo na Europa teria que durar muito mais tempo, porque “a Alemanha passou pela experiência, em sua história, de superar os códigos civis dos Estados isolados através de uma codificação unificada”. “O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) foi objeto de consultas, em sua matéria, durante trinta anos. Tais consultas foram precedidas durante cinquenta anos por discussões sobre qual a linguagem jurídica unificada deveria ser criada, com a qual as negociações passavam a ser feitas” ¹¹.

Quem poderá ter imaginado isso? Mesmo que o fato, de que os trabalhos académicos sobre o direito contratual europeu tenham efetivamente durado trinta anos ¹², fosse plenamente levado em consideração, a Comissão Europeia só poderia ter apresentado a sua Proposta de Regulamento para um Direito Europeu de Compra e Venda ¹³ lá pelos idos de 2060; qualquer outra coisa estaria proibida, de acordo com os peritos do parlamento alemão, com base nas experiências da época guilhermina no tratamento do Direito Comum Prussiano (*preußisches Allgemeines Landrecht*) e do Código Civil Saxão (*Sächsisches BGB*).

6. Nem consigo parar de citar. O grupo regional de trabalho dos Juristas Democrata-Cristãos em Baden-Württemberg (*Landesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen Baden-Württemberg*) decidiu, na sua reunião de sócios de 9 de outubro de 2010, que “qualquer forma de unificação forçada do direito civil dos Estados Membros da UE deve ser rejeitada”, apresentando

⁹ *Rudolf von Jhering*, Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild, in: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (13.^a ed. Leipzig 1924, reprint Darmstadt 1988) p. 245-333.

¹⁰ Detalhes disponíveis no Electronic Journal of Comparative Law, vol 12.1 (maio de 2008), através do link <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>.

¹¹ BT-Drucks. 17/4565, p. 4.

¹² O chamado Grupo Lando, isto é, a Comissão sobre o Direito Europeu Contratual (*Commission on European Contract Law*), que para sempre levará o nome do Professor Doutor Ole Lando, iniciou seus trabalhos no ano de 1982, tendo publicado os Princípios de Direito Europeu Contratual (*Principles of European Contract Law / PECL*; em alemão, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*).

¹³ Em alemão, *Vorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, COM (2011) 635 final. Cf. a respeito *Staudenmayer*, NJW 2011, p. 3491-3497.

esta resolução ao Congresso Federal de Política Judiciária do Partido Democrata-Cristão (*rechtspolitischer Bundeskongress der CDU*) em fevereiro de 2011 em Karlsruhe, que felizmente não a acatou e, pelo contrário, até se pronunciou pela criação de um Direito Europeu Contratual opcional¹⁴. O requerimento de Baden-Württemberg serviu-se desta vez de investigações de direito comparado de um mesmo nível científico: “A maioria dos outros Estados-Membros da UE, em especial os países sob influência românica, não conhecem nem o princípio da abstração nem o nosso concurso de direitos (*Anspruchskonkurrenz*)”. Deve-se, porém, evitar que “um sistema jurídico se perca”, o qual “comparado com muitas outras ordens jurídicas na Europa, inclusive o sistema da Common Law, é exemplarmente aperfeiçoado, dogmaticamente fundamentado, em que prevalece a ciência, sendo continuamente forrado pela jurisprudência, concordado com o direito processual e... que oferece segurança jurídica em grande medida à autonomia das partes, que por si só já é de grande alcance”¹⁵. Ora, quão terrível será viver em França sem o concurso dos direitos e será, na Inglaterra, perder-se no completo caos da falta de penetração científica no direito. No final, dá até para perceber quão grandioso será esta tal “law made in Germany”. Aos órgãos nacionais na Alemanha como a Câmara de Notários (*Bundesnotarkammer*), a Ordem dos Advogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*), a Associação de Advogados (*Deutscher Anwaltsverein*), a Associação de Notários (*Notarverein*) e a Associação dos Juizes Alemães (*Deutscher Richterbund*) não lhes parece fazer muita diferença a ausência do princípio da abstração e o concurso de direitos em França. Apesar da circunstância de que, em muitas áreas do direito privado,

¹⁴ A resolução da Comissão Europeia do grupo de trabalho a nível federal dos Juristas Democrata-Cristãos (*Fachkommission Europa des Bundesarbeitskreises Christdemokratischer Juristen* — BACDJ) sobre o direito europeu contratual de 18 de fevereiro de 2011 dizia: “1. A Comissão saúda a criação de um quadro de referência (o chamado “tool-box”, caixa de ferramentas), que deva assegurar que os diplomas legislativos da União Europeia tocantes ao direito contratual sejam elaboradas a partir de regras unificadas. Desta forma alcançar-se-á uma “melhor legislação”, em especial a coerência dogmática das regras de direito. O quadro de referência deverá ser vinculativo para as instituições legislativas da União Europeia. 2. A Comissão saúda igualmente a criação de um Direito Europeu dos Contratos para Consumidores e Empresas como uma ordem jurídica opcional. Com isto não se verificará uma unificação forçada dos direitos nacionais. A Comissão está convencida de que este pode ser um caminho para melhorar ainda mais o Mercado Interno e em especial para facilitar o acesso ao mercado para as pequenas e médias empresas. Além disso, um direito europeu contratual moderno, que consiga se tomar um Instrumento Opcional, pode servir como modelo para as ordens jurídicas dos Estados-Membros. Isto poderá acontecer, a depender da qualidade da ordem jurídica. Os seguintes critérios deverão ser atendidos: (i) regulamentação de todas as questões essenciais ao tráfego jurídico (“o mais sucinto possível, o mais abrangente que seja necessário”), (ii) prevenção de perfeccionismo, (iii) clareza e transparência, (iv) consideração dos interesses das empresas e dos consumidores de forma equilibrada, (v) vigência para o tráfego jurídico nacional e transfronteiriço, (vi) competência do Tribunal de Justiça Europeu (como tribunal padrão) para assegurar a defesa do direito uniforme quando da sua interpretação e aplicação.” Texto original disponível em <http://www.bacdj.cdu.de/images/stories/docs/vertragsrecht-18-02-2011.pdf>.

¹⁵ Este texto, da autoria de *Städtler-Pernice*, pode ser visto diretamente junto ao autor (von Bar), não devendo ter sido publicado até então.

as diferenças entre França e Alemanha são bem maiores do que aquelas entre Inglaterra e Alemanha, faz-se juntamente com os colegas franceses frente comum contra a ilha. O direito continental, conforme dito no comunicado de imprensa coletivo de 7 de fevereiro de 2011 seria “global, seguro e económico”. Tudo indica que isso parece ter constado em uma brochura coletiva que foi entregue à Ministra da Justiça alemã na Embaixada francesa em Berlim ¹⁶. *Buy continental, do not buy British!*

II. MEDO DA COMPETIÇÃO, DO NOVO, DA EUROPA

7. Com todo o respeito, o modo de falar de *um* direito continental é um grande equívoco.

E isto de se dizer “exemplarmente aperfeiçoado, dogmaticamente fundamentado, em que prevalece a ciência, sendo continuamente forrado pela jurisprudência, concordado com o direito processual e... que (se obriga a) oferecer segurança jurídica em grande medida à autonomia das partes, que por si só já é de grande alcance”, pode ser dito em relação a quase qualquer ordem jurídica de um Estado-Membro. Portanto, pode-se logo pressupor que a disputa criada artificialmente em torno da competição de ordens jurídicas vai servir-se principalmente de emoções. Mas que emoções são essas? Se vejo direito, trata-se de medos difusos, de medos dos competidores, da perda do conhecimento dominante e ainda medo do novo. A imagem da competição de ordens jurídicas e o amor redescoberto pela sua própria cultura jurídica são expressão de força e de amor à pátria. Mas isso afinal não será apenas uma forma de encobrir as fraquezas? Pois “o direito contratual não é folclore” (*Ole Lando*), e os que estão nesta luta pela supremacia não são os direitos privados, nem mesmo os Estados, mas sim aqueles que ganham seu dinheiro com o direito privado. Quem diz que quer manter uma concorrência das ordens jurídicas, quer apenas dizer muitas vezes com isso que o mercado de consultoria do seu próprio país precisa de ser protegido *dos* concorrentes. Quem, em Londres, vem rugir contra a *Civil Law*, quer com isso proteger o mercado consultor da *City*. Quem, em Berlim ou Paris, deita a *Common Law* abaixo, provavelmente não pensa em primeiro plano nas belezas estéticas das relações entre proprietário e possuidor (*Eigentümer-Besitzer-Verhältnisse*) ou na doutrina da *opposabilité du contrat*, que nasceu da necessidade de lidar com um *Code Civil* redigido imprecisamente. Se algum dos autores alemães do referido comentário de imprensa realmente soubesse dos benefícios do direito continental, se soubesse do que se trata em cada um dos conceitos franceses, teria provavelmente feito este elogio rapidamente de volta para o direito inglês. Não podemos deixar o Direito Comparado nas mãos dos diletantes.

¹⁶ Detalhes disponíveis em <http://www.kontinentalesrecht.de/>.

8. Seja como for, a heterogeneidade de direito não é um valor por si só; a heterogeneidade de direito é um instrumento para impedir a competição entre os grandes escritórios de advocacia, da mesma forma como acontece entre fornecedores e prestadores de serviços no mercado interno, bem como entre grandes e médias empresas. Estas últimas sequer têm a chance de se informarem adequadamente sobre os riscos que correm quando da escolha de um direito que lhes seja desconhecido. O disparate de enviar autos judiciais para os institutos universitários que trabalham com direito estrangeiro é um sinal, nestes casos, de que o Judiciário não dá um melhor exemplo. Nós simplesmente temos demasiadas ordens jurídicas na Europa, que não se deixam mais coordenar de uma forma adequada pelo direito internacional privado frente às exigências de um mercado moderno. Ou, em outras palavras, na competição de ordens jurídicas está disfarçado não o gosto pela competição, mas sim o medo de competição, medo “dos outros” e simplesmente medo também da Europa.

9. Aos poucos, vai-se tornando claro o que disparou o gatilho para os inflamados hinos de elogios pelo seu próprio direito que surgiram de repente em vários lugares, podendo o nome dos países serem substituídos uns pelos outros: foi a tomada de consciência das consequências jurídicas das liberdades fundamentais europeias, incluindo a necessidade de assumir a tarefa de elaboração de um direito privado europeu. No direito das sociedades, foi anunciado o declínio do mundo ocidental, quando ficou claro que a teoria do domicílio não mais se sustentava. Hoje o alarme vem do direito contratual. Mas também nesta área, a calma voltará a reinar. No momento, o principal objeto de discussão no direito contratual tem adquirido contornos cada vez mais definidos com o fim do prazo de consultas, que a Comissão publicou no Livro Verde ¹⁷ de julho de 2010. Foram enviadas mais de 300 respostas, a maioria delas (e certamente as mais exaltadas) da Alemanha ¹⁸. Quem se inteirou, pelo menos parcialmente, deve saber que o resultado teria que ser o chamado “Instrumento Opcional” ¹⁹, a favor do qual se pronunciou a maior parte dos pareceres, inclusive o do Conselho Federal alemão (*Bundesrat*) e, mesmo que em menores proporções, o do governo alemão (*Bundesregierung*); o Parlamento alemão (*Bundestag*), ao contrário, preferiria deixar como a *toolbox* legislativa, a “caixa de ferramentas” para o legislador europeu ²⁰. A Vice-

¹⁷ Livro Verde de 1 de julho de 2010 “Opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas”, COM(2010) 348 final. Cf. http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_pt.pdf.

¹⁸ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm.

¹⁹ Sobre as vantagens e desvantagens do Instrumento Opcional veja-se o belo panorama apresentado por *Herresthal*, Ein europäisches Vertragsrecht als optionales Instrument, *EuZW* 2011, p. 7-12.

²⁰ Todos os três pareceres estão disponíveis no *site* da Comissão (cf. nota nr. 18 acima); a Decisão Parlamentar está igualmente disponível em BT-Drucks. 17/4565, p. 4 (cf. nota nr. 11 acima) e a Decisão do Conselho em BRats-Drucks. 413/10, p. 217.

-Presidente da Comissão Europeia, a Comissária *Reding*, não deixou perturbar-se com isso. Durante a pausa de verão em 2011, houve uma série de calorosas discussões nos bastidores sobre o âmbito de aplicação do direito europeu contratual o que, onde e a quem se aplica — e também e justamente sobre o seu fundamentação e forma jurídicas. As discussões sobre se era para ser uma diretiva ou um regulamento iam e vinham. De qualquer forma, a Comissão definitivamente publicou a referida Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda. Tal proposta deveria ter entrado na pauta legislativa europeia. Mas certamente não estaríamos na Europa, se não surgisse resistência por toda parte, como sempre acontece. A resistência, desta vez, toma a forma dos novos instrumentos de controlo da subsidiariedade. Se o número de moções alcançar o quórum necessário, teremos assim um problema. Mas, pelo menos até agora, tudo parece acontecer como previsto pela Comissão no ano de 2010 ²¹.

10. Tudo indica que a atual crise da dívida não parece contribuir, como seria desejado, para uma aceleração do processo legislativo, mas sim (e mais uma vez) para um euroceticismo míope. A conclusão bem sucedida do processo legislativo seria uma pequena esperança. Iria marcar uma data histórica. Com o referido regulamento, existiria na Europa, pela primeira vez, um direito próprio do contrato de compra e venda e de prestação de serviços relacionados à venda. Com isto, estaria sedimentada a base para os novos passos a caminho de um Direito Europeu dos Contratos. O próximo passo, por exemplo, poderia ser dado no direito contratual de seguros, mais um passo poderia ser de preferência no direito de prestação de serviços. Todo o novo Direito Europeu dos Contratos — e isto é um ponto fundamental — deixará as ordens jurídicas nacionais completamente intactas e incólumes; se for o caso de influenciá-las, será por *imperio ratione*, e não por *ratione imperii*. O direito europeu só terá vigência, se as partes optarem por este instrumento. Por essa razão, algumas vezes põem mais uma vez em dúvida se se trata apenas da harmonização de direitos ²². Essa avaliação, se estivesse correta, não teria uma menor importância numa perspectiva de saber qual direito seria competente. Certamente não posso concordar com esta avaliação, uma vez que um Instrumento Opcional é a forma mais branda de harmonização de direito. Ele cria um quadro de regras não invasivo com uma perspectiva de longo prazo também para a criação e sedimentação autónomas do

²¹ Programa de Trabalho da Comissão para 2011, COM(2010) 623 final, vol. 1, p. 7 (“Como parte dos seus esforços para reforçar os direitos dos cidadãos em 2011, a Comissão irá propor um instrumento jurídico sobre o direito europeu dos contratos”), cf. http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2011_pt.pdf.

²² Cf. os resultados do grupo de trabalho criado pelo Instituto Max Planck em Hamburgo, sob a coordenação de *Zimmermann* e o respectivo parecer coletivo em resposta ao Livro Verde da Comissão (“Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final”), também publicado em *RabelsZ* 75 (2011) p. 371-438.

direito. Os legisladores nacionais poderão decidir se o Direito dos Contratos Opcional não deverá se limitar aos contratos transfronteiriços, mas sim que este poderá ser aplicado aos casos puramente de direito interno. Eles poderão igualmente decidir disponibilizar este instrumento não só para os consumidores e empresas de pequeno porte, mas sim para as empresas de grande porte e suas negociações entre si. Por que isto não poderia ser possibilitado ao legislador nacional? Politicamente falando, trata-se do fortalecimento do mercado interno como um todo, e um mercado interno é, por definição, uma instituição, na qual não mais se distingue entre o que acontece nacionalmente ou além-fronteiras. Por esta razão, aos responsáveis em cada Estado-Membro só posso aconselhar com toda veemência que se utilizem desta opção que lhes é oferecida e que abram a possibilidade de aplicação do Direito Europeu de Compra e Venda para os referidos fatos jurídicos de toda espécie, especialmente para os fatos jurídicos em âmbito puramente nacional. Não nos esqueçamos do seguinte: o euro ainda passa por uma violenta crise e, junto com ele, a nossa União, como um todo. Para manter sua força, o euro precisa de estar sustentado por um verdadeiro Mercado Único, e não somente em 2060, como querem alguns políticos alemães, mas sim aqui e agora ²³.

11. Não há, assim, nenhum traço de unificação forçada dos direitos privados, como não há nenhuma razão para alarme. Dar aos cidadãos da Europa mais liberdades e capacidades de inovação não parece ser o problema. Justamente aqueles que acreditam na concorrência das ordens jurídicas teriam que saudar esta ideia e não criticá-la. Pois que razões pode ter um liberal contra a possibilidade que se oferece a empresas e consumidores de optarem se querem ter os seus negócios regulamentados pelo direito europeu ou por um dos muitos direitos nacionais? Vamos mesmo esperar qual será a opção dos atores do mercado; eu próprio não tenho medo dela. A ideia de competição entre ordens jurídicas cria assim suas próprias armadilhas. Assemelha-se, às vezes, com um bumerangue, que retorna para aquele que o lançou. E o mesmo acontece com a controvérsia inflamada em toda parte sobre a questão, se o artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) constitui uma base jurídica adequada para o Regulamento do direito de compra e venda. Não tenho dúvidas que sim. O Instrumento Opcional conduz em todas as ordens jurídicas nacionais um direito de compra e venda com conteúdo harmonizado para os casos transfronteiriços, aproximando, assim, as legislações nacionais da maneira mais suave possível. Não surge daí sequer um verdadeiro Direito “Europeu” de Compra e Venda, mas sim direitos nacionais de compra e venda, que mantêm o seu âmbito de aplicação conforme o Regulamento Roma I. Por outro lado, o Instrumento Opcional emprega todos os elementos importantes do *acquis communautaire* em matéria do direito do consumidor, recorrendo, portanto, ao

²³ Impressionante, neste sentido, *Reding, op. cit.* (nota 3).

direito já harmonizado, ao mesmo tempo que continua a evolução do acervo ao preencher suas lacunas. Muito menos cria um novo instituto jurídico europeu do “direito de compra e venda”, o que faz é aproximar o direito de compra e venda existente, tendo como base os intensivos trabalhos preparatórios de direito comparado. Também por essa razão não se está no âmbito de aplicação do artigo 352.º TFUE, mas sim no do artigo 114.º deste Tratado ²⁴.

III. O QUE É TÃO ALEMÃO NO DIREITO ALEMÃO?

12. Deveríamos, assim, manter a calma. Também os representantes da política legal alemã e da ciência jurídica alemã deveriam limitar-se a contribuir modestamente ao processo europeu de união com aquilo que têm a oferecer como juristas alemães, nem mais, nem menos. Com esta atitude, poupamo-nos de uma resposta a uma pergunta, a meu ver, a mais difícil. O que realmente há de tão francês no direito francês, de tão português no direito português e, especialmente, o que há de tão alemão no direito alemão? Eis a pergunta. A resposta dos teóricos da competição do direito parece-lhes ser tão evidente, que não se importam com esclarecimentos. Eu, pessoalmente, não arrisco uma resposta rápida, e certamente não nos limites deste artigo. Nem sequer poderíamos falar de um física alemã ou de uma química francesa e fazer com que uma concorresse com a outra, a não ser que nossa intenção fosse tratar não do objeto de reflexão e estudo, mas sim dos representantes nacionais dessas disciplinas. Será a ideia de um direito privado nacional um anacronismo, uma repercussão do século XIX e, afinal, uma contradição por si só? O que *exatamente* defende a aliança *Bündnis für das deutsche Recht*? Promover o relacionamento entre as ordens jurídicas, em sua completude, parece ser impossível. E mesmo considerando apenas o direito privado, temos que reconhecer, com o conhecimento atualmente disponível em direito comparado, que a doutrina das famílias de direito (*Lehre von den Rechtskreisen*) já há muito vem padecendo. As famílias de direito (*Rechtskreise*) têm de ser delimitadas na área do direito contratual de uma forma diferente de como são delimitadas na área do direito do enriquecimento sem causa, no direito de responsabilidade civil extracontratual de outra forma que no direito das coisas, no direito da família de outra forma que no direito sucessório ou no direito societário.

13. Mesmo assim, deparamo-nos sempre com (i) a pergunta, qual é o conhecimento adquirido sobre o direito que permite à aliança indicar qual a nacionalidade de uma disposição legal em particular, e (ii) com base em quais critérios é que se quer determinar o carácter alemão do direito ou seja lá qual

²⁴ Com razão *Staudenmayer, op. cit.* (nota 13), p. 3495-3496.

caráter o direito possa vir a ter? A simples circunstância de que uma regra do direito se encontra no BGB não a faz ser exclusivamente alemã — já que todas as ordens jurídicas europeias continuamente copiaram umas das outras, demasiadas vezes, com demasiada frequência. Lembremo-nos do regime da comunhão de adquiridos (*Zugewinnngemeinschaft*), que foi importado da Escandinávia, ou de um dos campeões de exportação alemão, o seguro de responsabilidade civil (*Haftpflichtversicherung*) ou ainda a redução do conceito de coisa no direito da propriedade a objetos corpóreos. Por outro lado, não há interesse em defender apaixonadamente uma regra de direito que se encontre *somente* no BGB. Não houve manifestantes nas ruas a favor do § 831 (1) 2 BGB (a possibilidade de o comitente isentar-se da responsabilidade pelos seus comissários através da apresentação da prova de exoneração), e ainda ousou duvidar se também iriam às ruas pelas sutilezas do regime de transmissão da propriedade de mercadorias, tão distantes da prática, mas que fazem os corações dos juristas baterem forte. O tão bem cuidado *Abstraktionsprinzip* sequer consta na lei. Há regras, que só à primeira vista é que dizem exatamente o contrário do que se ensina na ordem jurídica vizinha e, apesar disso, é frequente observar que ambas as regras seguem o mesmo propósito final. *Cumul versus non-cumul des responsabilités* é um exemplo disso ²⁵, independentemente do fato de que a doutrina inglesa sobre a concorrência da responsabilidade contratual e extracontratual aparentemente esteja mais próxima da alemã do que a francesa. Certamente há regras, sobre as quais não se pode sofismar. A fixação de prazos da prescrição é uma delas. Ou se tem uma regra sobre o ajuste das expectativas de pensões entre cônjuges (*Versorgungsausgleich*) ou deixa estar, como fazem quase todas as nações civilizadas. Mas a discussão gira realmente em torno dessas questões, quando se quer defender o direito alemão?

14. Como dito antes, eu não me sinto chamado, nem obrigado a dar nenhuma resposta a estas questões. Apenas quero que se reflita sobre a ideia, ainda hoje firmemente sedimentada por toda a parte na consciência dos juristas, de que a nacionalidade do seu direito possivelmente não se baseia no seu conteúdo concreto, mas sim em sua língua e sua metodologia. Parece-me que nós, no diálogo sobre o direito europeu, se é que ainda lutamos dentro deste ringue, discutimos principalmente sobre a “sua imagem”, sobre a formação do sistema, sobre nossa linguagem técnica e sobre a preservação de um sentimento de segurança intelectual transmitido pelo sistema e sua linguagem. É certamente tentador, através da metodologia alemã, distinguir entre a conformidade aos elementos constitutivos de um direito (*Tatbestandsmäßigkeit*), a ilicitude (*Rechtswidrigkeit*) e a culpa (*Verschulden*),

²⁵ Detalhes em *von Bar*, Rechtsvergleichende Beobachtungen zum Ineingreifen von Vertrags und Deliktsrecht in Europa, in: Reiner Schulze (ed.), *Compensation for Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law* (Munich 2011), p. 201-212.

como também complementar uma Parte Geral com um direito geral das obrigações, viver sob um direito das coisas que tenha como ponto de partida a definição afiada do que seja coisa. Mas quão rápido fracassa um jurista alemão, quando ele pretende comprovar a um público internacional em inglês ou em outra língua que a *Tatbestandsmäßigkeit* indicia a *Rechtswidrigkeit*, para a partir daí deduzir com a precisão de um corte cirúrgico que o ónus da prova sobre o dever jurídico de dar informações adequadas ao paciente necessariamente cabe ao médico. Sabemos nós, os juristas alemães, quanta rejeição e inconvenientes nós provavelmente devemos à doutrina da ilicitude (*Rechtswidrigkeitslehre*)? As decisões históricas do pós-guerra sobre o direito geral da personalidade foram possíveis graças à violação do conceito clássico de ilicitude. É realmente indiscutível querer manter regras comuns para as obrigações contratuais e extracontratuais de todos os tipos? Como explicar que evidentemente também na Alemanha muitos dos direitos reais subjetivos (*subjektive Sachenrechte*) não têm nada a ver com coisas (*Sachen*) no sentido que lhes é atribuído pelo § 90 BGB e que alguns direitos reais menores (*beschränkt(e) dingliche Rechte*) recaem sobre um objeto jurídico, sobre o qual não é possível exercer o direito de propriedade conforme o § 903 BGB? Será que todos os europeus, e os alemães também, não temos motivo para entender as nossas codificações como códigos característicos de uma época, e que portanto não foram escritos para toda a eternidade, isso mesmo, talvez tendo a coragem de entendê-los como grandes campos de experimentação, cujos resultados podemos avaliar todos nós juntos com os nossos vizinhos, nestes tempos de paz e estabilidade? Parece-me absurdo que, na comparação de codificações, dê-se mais destaque à sua procedência nacional do que à sua procedência no tempo. Pois é claro que os quase cem anos entre o Code Civil e o BGB trouxeram progressos no conhecimento também na área do direito, exatamente da mesma forma que os outros quase cem anos entre o BGB e o BW neerlandês.

IV. POR UMA CULTURA DA COMUNIDADE

15. *Bündnis für das deutsche Recht* — esta aliança mete-me medo, porque nela estão a olhar para trás, enquanto batem-se orgulhosamente no ombro ²⁶. Até agora, os tribunais alemães julgaram nas suas decisões “für Recht” e não “für deutsches Recht”. Isto deve permanecer assim, por ser intrínseco. Portanto, na minha opinião, a Europa não precisa de uma competição entre ordens jurídicas, nem de *law made in Germany, Denmark or Portugal*. Muito mais importante seria que entre os juristas europeus fosse desenvolvida uma cultura da comunidade (*Kultur der Gemeinschaftlichkeit*),

²⁶ Com razão e criticamente a este respeito, vide também Peter, Warum die Initiative “Law — Made in Germany” bislang zum Scheitern verurteilt ist, JZ 2011, p. 939-946.

uma *culture of communality*, como o Presidente da Comissão Europeia *Durão Barroso* recentemente formulou frente aos peritos da Comissão. É claro que um país relativamente grande como a Alemanha tem um valioso conhecimento da justiça. Mas os outros países também o têm, e por isso é do próprio interesse da Alemanha manter franqueza, simplicidade, disposição para aprender e uma serena auto confiança neste contexto de um discurso comum europeu a ser conduzido entre amigos.