

# O DIREITO PRIVADO EUROPEU NA ÉPOCA DO PÓS-MODERNISMO

Alessio Zaccaria\*

## 1. A Noção de Direito Privado Europeu: os Primeiros dois Setores que Concorreram para sua Composição

A expressão "direito privado europeu", na sua acepção mais ampla,<sup>1</sup> distingue o complexo de disposições e de princípios jurídicos comuns aos ordenamentos dos vários países europeus. Entendido nestes termos, o direito privado europeu pode ser subdividido em três diferente setores:<sup>2</sup>

Um primeiro setor é aquele do assim dito direito uniforme, vale dizer, do direito que resulta comum aos diversos países europeus por força da ratificação ou da adesão a convenções internacionais. Muitas vezes se trata de convenções feitas por países estranhos à região europeia, ou seja, de convenções direcionadas a consentir a instauração de um direito uniforme, mesmo além do espaço europeu: reportemo-nos para exemplificar, a Convenção de Varsóvia, sobre o transporte aéreo, de 12 de outubro de 1929. Outras vezes, se trata de convenções propriamente europeias, enquanto adotadas por países da Comunidade europeia, ou, mais amplamente, por países da região europeia,

\* Professor da Universidade de Verona – Itália. Tradução de Marcia Sarubbi, mestranda do PMPD / Univali.

geograficamente entendida. Uma convenção do primeiro tipo, sempre como exemplo, é a de Bruxelas de 17 de setembro de 1968 sobre a competência e sobre a execução das pronúncias jurisdicionais em matéria civil e comercial. Faz parte, ao contrário, do segundo tipo, a Convenção europeia sobre os direitos humanos, de 4 de novembro de 1950.

Um segundo setor do direito privado europeu é aquele do direito da Comunidade europeia: do direito que emana dos regulamentos, das diretivas, dos pareceres, das decisões da Comunidade europeia. Sempre neste setor, podem estar compreendidas também, as *rationes decidendi* que fundam as pronúncias da Corte de Justiça da Comunidade europeia concernentes a interpretação de normas comunitárias que tenham efeito direto no ordenamento interno.<sup>3</sup>

## 2. A Construção de um "Sistema" de Direito Privado Europeu

Que a Comunidade tenha necessidade de um "direito privado europeu" é afirmação que não parece mais contestável. O processo de integração que esteja também no âmbito das diversidades nacionais, parece irreversivelmente avviada e a criação do mercado comum, pressupõe necessariamente um direito, também este, comum. Porém parece muito improvável que a edificação de um verdadeiro e próprio "sistema" de direito privado europeu possa ser atingido, somente através de convenções de direito uniforme e atividades dos órgãos da Comunidade europeia.

Também parece em via de superação o fenômeno da "deformação" das convenções, ou seja, o fenômeno da adoção de soluções aplicativas diferentes de Estado a Estado, conforme uma leitura conduzida segundo os esquemas e lógica próprios dos diversos ordenamentos nacionais,<sup>4</sup> permanece todavia o fato de que as convenções de direito uniforme, pela sua natureza, interessam sempre, somente setores bem delimitados: tendem à criação de "micro-sistemas" jurídicos.<sup>5</sup>

A atividade do legislador comunitário, de outro lado, aparece consideravelmente fragmentária e heterogênea<sup>6</sup> – ou seja, que pode ser explicada, considerando que a reaproximação das legislações não constituem um fim em si a ser perseguido, mas somente um meio a

ser utilizado, todas e tão somente nas vezes em que esteja em jogo a instauração e o funcionamento do mercado comum (cf. art. 3, letra h, 100 e 100A do Tratado institutivo) – e, por articulação, resulta agora limitada pelo princípio da

subsidiariedade, introduzido no Tratado institutivo da Comunidade europeia com o Tratado de Maastricht. De fato, nos termos da nova disposição do artigo 3B do Tratado Institutivo,

“nos setores que não são de sua exclusiva competência<sup>7</sup> a Comunidade intervém [...] somente se e na medida em que os objetivos da ação prevista não possam ser suficientemente realizáveis pelos Estados membros e possam, então, por motivo de dimensões e os efeitos das ações em questão, serem melhor realizados em nível comunitário.”<sup>8</sup>

E tudo isso, sem contar que nem sempre a intervenção comunitária tenha efetivamente contribuído para a aproximação das legislações.

Pensemos, somente para exemplificar, nos efeitos conseqüentes da diretiva em matéria de responsabilidade do produtor. O fato de ter deixado não ter prejudicado as disposições, de cada Estado, relativas aos danos morais e de ter deixado inalterado os direitos exercitáveis pelo sofredor do dano sobre a base da legislação nacional, consentiu na existência de amplas margens de diversidades, e, nestes casos, induziu a permanência da combinação da nova normativa de derivações comunitárias com as normativas internas, desenvolvidas por vários direitos nacionais no sentido até mesmo divergente.<sup>9</sup>

De tudo isto resulta que a tarefa de edificar um “direito privado europeu” não pode ser deixada exclusivamente nas mãos do legislador, nem mesmo daquele comunitário.<sup>10</sup>

### **3. O Terceiro Setor do Direito Privado Europeu: O “Direito Comum Europeu”**

A construção de um “sistema” de direito privado europeu deve se desenvolver, ao contrário, através de um processo de europeização da ciência e da cultura jurídica, através de uma reflexão que privilegie, em

relação ao estudo do material normativo, uma análise das condições e dos modos da uniformização da conduta em uma ótica metapositiva.

E, aquele apenas descrito, um terceiro setor do direito privado europeu, que se coloca ao lado do setor do direito das convenções e ao do setor do direito da Comunidade europeia: um setor que aparece hoje em forte expansão e que pode ser definido como o setor do "direito comum europeu".

Não se trata de um direito positivo, de um direito vigente, mas sim, de um direito, se poderia dizer, virtual,<sup>11</sup> enquanto resultado da atividade de estudo dos juristas, puro produto intelectual.

E, não é difícil simbolizar as perguntas que, a este propósito, espontaneamente possam nascer.

Na ordem:

- a) como é possível imaginar a construção de um sistema jurídico comum a diversos Países europeus, assim bem caracterizados enquanto estes apareçam na sua dimensão de Estados nacionais, cada um com seus próprios costumes, modo de pensar, próprias formas de organização social?
- b) Admitido que seja possível imaginar a construção de um "direito comum europeu", em quais modos, seguindo quais métodos dever-se-ia proceder?
- c) Mas, sobretudo, a quem e a que coisa pode servir um direito cuja aplicação não é garantida por alguma autoridade, nem estatal, nem supranacional?

#### **4. Os Fundamentos Históricos do "Direito Comum Europeu"**

Para responder à primeira parte das perguntas apenas impostadas, ocorre retroagir brevemente aos acontecimentos que marcaram a história do direito na Europa.

No século XII, há setecentos anos da queda do império romano, em um mundo repleto de direitos locais dificilmente compreensíveis e

muito pouco racionais, e necessitados de homens cultos, com condição de colaborar adequadamente para a construção e a gestão das diversas realidades territoriais – os Estados nascentes e as cidades – se realizaram as condições para o renascimento nas Universidades italianas, a primeira entre todas, Bolonha, de um ensinamento de direito de alto nível.

A base ideal para este ensinamento, que se propunha não tanto em transmitir aos alunos o conhecimento das regras locais, mas também em neles formar uma consciência jurídica em grau de dominar as diversas realidades com as quais deveriam se confrontar, foi reencontrada na mais ampla e sistemática coleção de textos jurídicos que a civilização antiga tinha entregado à posteridade, modelo de razão e justiça: o *Corpus juris civilis* de Justiniano.<sup>12</sup>

Ao *Corpus juris civilis*, vem, então, unido na didática universitária, o *ius canonicum*, que entre os séculos XI e o XII era difundido em toda a Europa, com a expansão da Igreja católica. E já na metade do século XII, o *curriculum* dos estudos, deste modo formado, tinha dado assim bons frutos e se tinha consolidado a ponto de tornar-se modelo para o ensinamento do direito em todas as universidades européias.

No final da idade média, os estudantes formados sobre a base deste *curriculum* tinham ocupado todos os postos-chave da administração e da justiça, e, através deles, o direito romano-canônico tinha se tornado o *ius commune* de toda a Europa continental.

O Direito romano-canônico não suplantou jamais os direitos locais. Mas estes últimos foram constantemente interpretados e aplicados à luz do *ius commune*, o qual se encontrou compilado em uma literatura acessível aos juristas da Europa inteira, enquanto escrito em língua utilizada para o ensino em todas as Universidades européias: o latim.

A idade do direito comum se protraiu por cerca de quinhentos anos. Os primeiros sinais do fim se manifestaram no século XVII, na França, quando os livros não foram mais escritos em latim e as classes populares, que não gozavam de uma formação acadêmica, pretenderam participar da administração da justiça. E o final verdadeiro e próprio, verificou-se entre os séculos XVIII e XIX, com o nascimento dos Estados-nacionais, a redação das codificações e a afirmação da filosofia

positivada, que concebia o direito como um conjunto de regras, expressões da vontade de um legislador e vigente enquanto garantidas pela autoridade do Estado.<sup>13</sup>

## 5. A Posição do *Common Law*

Um discurso à parte deve ser realizado para o direito inglês, que ficou separado da recessão do direito romano que se verificou no continente no século XII.

As razões desta separação são múltiplas.

Antes de mais nada, esta foi devido ao precoce nascimento do Estado inglês, que levou consigo a identificação entre os valores nacionais e o direito consuetudinário próprio de todo o reino, se consolidando na tradição do *common law*.

Em segundo lugar, essa deriva da clara contraposição entre *common law* e *civil law* que ocorreu após a contraposição entre Parlamento e monarquia que se verificou na metade do século XVIII. Naquela época, existiam na Inglaterra duas corporações de juristas: os *common lawyers* e os *civilians*. Estes últimos eram formados nas universidades de Oxford e de Cambridge baseados nos textos de direito romano e de autores continentais e operavam no âmbito de algumas cortes de justiça, entre as quais, principalmente aquelas eclesiásticas e as de *equity*, nas quais se seguiam procedimentos e se aplicavam regras inspiradas na tradição romanística. Entre as duas categorias, existia, então, uma contraposição não somente cultural, mas também, e sobretudo, profissional: uma contraposição que, quase naturalmente, dada à concorrência entre os interesses em jogo, transformou-se em uma contraposição também política. Grande parte dos *civilians* enfileirou-se ao lado da coroa, enquanto a corporação dos *common lawyers* sustentou o Parlamento. O *civil law* acabou por ser entendido como o instrumento de legitimação das miras absolutistas dos Stuart, e a vitória do sistema parlamentar se traduziu na vitória do *common law*, que apareceu aos olhos da nação como o único sistema jurídico com condições de garantir adequadamente as liberdades fundamentais.<sup>14</sup>

Estes acontecimentos geraram no tempo, a difusa convicção de que a *common law* e *civil law* constituam dois mundos reciprocamente impermeáveis.

Ainda há quatro anos, um conhecido autor italiano comparava o fato de que na Inglaterra tenha elaborado um projeto de *Contract Code* "com a chegada à lua do equipamento da Apollo 11, enquanto acontecimento até dez anos tido como não verdadeiro, a queda do muro de Berlim, como índice do final da contraposição de blocos nacionais"<sup>15</sup> Enquanto, por outro lado no ano passado, o *Cambridge Law Journal*<sup>16</sup> hospedava este arguto aforisma: "*English law is law, foreign law is fact and international law is fiction*".

Porém, por sorte as coisas não estão exatamente neste termos; a contraposição entre *common law* e *civil law* não é na realidade assim dramaticamente profunda.

Se é verdade que na Inglaterra não se teve a recessão do direito romano, é porém verdade que a jurisprudência inglesa dos séculos XVII e XVIII foi particularmente atenta ao direito comercial continental, o qual desenvolveu-se sob a influência do *ius commune* nos séculos XV e XVI. E o interesse com o qual também na Inglaterra foi olhado o *civil law* é testemunhado pelo fato que as bibliotecas em dotação aos *Inns of Court* – as "sociedades privadas" nas quais se articula a categoria dos *barristers* (ou seja os *common lawyers*) ingleses – já nos séculos XVI ao XVIII eram dotadas de ricas coletâneas de literatura jurídica continental.

De resto, não se pode esquecer que as faculdades jurídicas das duas únicas universidades presentes na Inglaterra ao final do século XIX – Oxford e Cambridge – eram ambas estruturadas segundo o modelo continental.

No século XIX, a jurisprudência inglesa foi consideravelmente influenciada por modelos conceituais, elaborados sobre a base do direito romano, dos pandetistas alemães. E sempre no curso do século XIX, os juristas do *common law* se dedicaram amplamente a uma reconstrução de seu direito sobre a base de esquemas racionais típicos do *civil law*.

Já há algum tempo, historiadores do direito, e não somente, estão se preocupando em demonstrar como o sulco entre o *civil law* e *common law* não é assim tão profundo, e surgiram diversos escritos nos quais é detalhadamente reconstruída a progressiva aproximação entre os dois sistemas verificados especialmente nos últimos três séculos.<sup>17</sup>

## 6. A Redescoberta de uma Antiga Unidade

De tudo até agora colocado em relevo, emerge que a construção de um hodierno "direito comum europeu" pode-se traduzir, de um lado, na descoberta de uma unidade somente temporariamente esquecida: aquela íntima unidade que, sobre o continente, tinha-se tido até o século XVIII, sob a senhoria do *ius commune*;<sup>18</sup> e por outro lado, no evidenciar, no que concerne o *common law*, se não de uma unidade, quanto menos, da estreita parentela que, escondida sob o véu dos lugares comuns, subsiste entre os diversos sistemas.<sup>19</sup>

Neste quadro, não é certamente irrelevante constatar como o *ius commune*, e com este, mais geralmente, o direito romano, não tenha na realidade jamais cessado totalmente de encontrar imediata aplicação na Europa, nem mesmo nos nossos dias, e isto também em situações e âmbitos nos quais certamente não se esperaria verificar um fenômeno similar.

As comissões de recurso do Ofício europeu de breves, por exemplo, recorrem freqüentemente ao "Digesto". Foram tomadas decisões tendo como base os princípios os quais "*Cessante ratione legis cessat ipsa lex*", "*Qui tacet consentire videtur*", "*A iure nemo recedere praesumitur*" e assim por diante.<sup>20</sup>

O caminho da aplicação do direito comum foi aberto pelo artigo 125 da Convenção de Mônaco, de 5 de outubro de 1973, sobre a concessão de brevês europeus, onde se previa que, quando falte na Convenção mesma, uma disposição de procedimento, o Ofício europeu de Brevês leva em consideração os princípios geralmente admitidos nos Estados contraentes. E os componentes das comissões de recurso do Ofício europeu de breves, constatado por um lado, quanto freqüentemente resulte difícil encontrar regras geralmente admitidas em todos

os Estados contraentes, e, de outro lado, enquanto ao invés seja fácil obter um consenso sobre a decisão a ser adotada, se faça o chamamento às regras jurídicas latinas que foram comuns a todos os Países da Europa; pensaram bem em aplicar diretamente estas últimas, enquanto direito subsidiário em relação ao direito dos vários Países contraentes da Convenção.

Um dos componentes destes órgãos judicantes, assim por dizer, "confessou" que "Quem deseja ter sucesso em frente à comissão de recurso, deve esquecer as codificações nacionais dos últimos três séculos e retornar ao antigo direito comum europeu, assim como formulado – e por isso completamente compreensível – em língua latina".<sup>21</sup>

E também a Corte Constitucional italiana, mais ou menos inconscientemente, algumas vezes recorreu ao *ius commune*.

Um exemplo para todos. Com a sentença n. 25, de 3 de Fevereiro de 1992, foi declarada a ilegitimidade constitucional do art. 705, inciso 1 do código de processo civil, na parte em que subordinava a proposição do juízo petitório à definição da controvérsia possessória e à execução da decisão no caso em que dela derive, ou possa dela derivar um prejuízo irreparável à parte. Ao motivar esta pronúncia, a Corte efetuou o chamamento ao precedente constitutivo da sentença da Corte de Cassação n. 405, de 29 de janeiro de 1929, a qual, por sua vez, ao desaplicar o art. 445, primeira parte, do código de processo civil naquele tempo vigente, que vetava a parte pendente em juízo possessório, de promover o juízo petitório, observou que, quando o juízo petitório seja levado diante do juízo competente para a decisão de uma questão de mérito, que influíu sobre o juízo possessório, "e conforme *ad viam iuris*, que este último, seja temporariamente suspenso até a definição da questão petitória, recebendo em tal caso (direta) aplicação do princípio de Paolo '*Dolo facit, qui petit, quo redditurus est*'".

Definitivamente, ecoando novamente a terminologia utilizada para distinguir a última grande escola do direito comum europeu antecedente à codificação, a escola dita o *usus modernus pandectarum*, não parece muito arriscado falar hoje, como alguns já fizeram, de um *usus hodiernus pandectarum*?<sup>22</sup>

## 7. O Método de Construção do “Direito Comum Europeu”

E vamos, então, à segunda das perguntas há pouco mostradas: seguindo qual método se pode proceder à edificação de um hodierno “direito comum europeu”?

Uma primeira resposta foi dada<sup>23</sup> através do chamamento do conceito de princípio jurídico elaborado na Alemanha nos anos 50 por Josef Esser.

Na perspectiva da questão A... os princípios, a diferença das normas, não devem obrigatoriamente ser direito vigente. Os princípios são tirados do direito positivo através da elaboração jurídica, e já nesta sua veste, podem desenvolver uma importante função de “guia”. Estes podem ser eventualmente reintroduzidos no direito positivo através de uma “incorporação” de tipo legislativo ou jurisprudencial.

Em si, enquanto produto da elaboração jurídica, o princípio pode, então, existir também, a prescindir de uma sua “positivação”: e por outro lado, o mesmo princípio pode se encontrar “positivado” em uma pluralidade de disposições.

Assim entendido, o princípio jurídico pode, então, tornar-se um dos elementos centrais na construção do “direito comum europeu”. Enquanto não deve constituir direito vigente, esse respeita as diferenças nacionais, enquanto ao mesmo tempo consente, uma vez que se encontre a existência ao interno das manifestações jurídicas positivas próprias dos diversos Estados, de constatar a identidade comum marcada nos vários ordenamentos.

## 8. O Papel do Direito Comparado

O instrumento para alcançar uma concreta individualização dos princípios comuns é constituído, na maior medida, pela comparação.

Muda radicalmente, nesta perspectiva, a função do direito comparado. Na origem, o direito comparado tomou o lugar no ensinamento universitário, do *ius commune*, e foi entendido como uma matéria na qual o

estudo deveria principalmente consentir o melhoramento, o progresso dos ordenamentos nacionais. O direito comparado tinha sido concebido em outros termos, como uma disciplina dirigida a evidenciar a diversidade. Na nova ótica do "direito comum europeu", a função do direito comparado se torna ao contrário, aquela de ressaltar as consonâncias entre os vários ordenamentos:<sup>24</sup>

Exemplos de princípios que a pleno título podem ser re-compreendidos em um "direito comum europeu" são os princípios da autonomia privada, o princípio da culpa na responsabilidade contratual.

## 9. A Prefiguração de um Código Civil Europeu

Ainda, outros princípios constituem o produto dos estudos conduzidos pela Comissão Lando (assim dita em função do nome de seu presidente, Ole Lando), um grupo de juristas pertencentes aos diversos Estados europeus, dos quais o trabalho conduziu à publicação, em 1995, dos *Principles of European Contract Law*:<sup>25</sup>

Também, neste caso, se trata de princípios elaborados com o método da análise histórica e da comparação. Mas o que de modo especial o caracteriza é o intento programático que o acompanha. Os princípios da Comissão Lando, ou seja, mesmo não pretendendo, este, ao menos momentaneamente, tornar-se direito vigente, são propostos e organizados segundo a mais típica das formas de direito privado vigente, o Código, enquanto pretendem, de qualquer modo, prefigurar um futuro Código europeu. E sempre por essa razão, os *Principles* da Comissão Lando nem sempre espelham um "direito comum europeu". Existem setores nos quais os diversos ordenamentos são, com efeito, muito distantes entre si. Nos sistemas de *civil law*, por exemplo, os princípios da boa fé constituem um princípio geral, que investe toda a matéria contratual. No *common law*, ao invés, o princípio da boa fé pode ser invocado somente em uma série limitada de situações. Nos casos deste gênero, a Comissão Lando se esforçou em criar novas regras, com condições de conciliar as diversas impositações.

Os trabalhos da Comissão Lando, há cinco anos, são apoiados também pela Comunidade europeia. A Comissão, realmente, em uma

resolução de 6 de maio de 1994, depois de ter recordado a precedente resolução, de 26 de maio de 1989, com a qual o Parlamento europeu tinha convidado os membros da União europeia a unificar o direito civil e comercial, sublinhou como a gradual assimilação de determinados âmbitos do direito privado, tão importantes para a realização do mercado único, deva ser acompanhado da elaboração de um código europeu de direito privado; solicitou a formação de uma comissão composta por juristas qualificados, os quais demandaram a formulação de propostas relativas à definição das prioridades a serem perseguidas na ótica de uma parcial assimilação por curto período de tempo, seja a individualização do caminho a ser percorrido em vista de uma assimilação total a ser realizada em um longo período, e deliberou, nesse meio tempo, sustentar também financeiramente, os trabalhos da Comissão Lando.

Na redação de um "Código europeu dos contratos" está também trabalhando um outro grupo internacional de estudiosos, reunidos por iniciativa de Giuseppe Gandolfi, na "Academia dos jurisprivatistas europeus". Diversamente daquilo que fez a Comissão Lando, esta "Academia" está elaborando um verdadeiro e próprio código, um sistema orgânico e detalhado de regras, ou seja, as quais estamos habituados a conhecer e aplicar, e não somente um esqueleto de princípios. Como ponto de referência para este trabalho foi escolhido o código civil italiano, não enquanto "modelo" no sentido próprio, mas mais simplesmente enquanto sistema útil para guiar o desenvolvimento dos trabalhos. O código civil italiano pareceu o mais adequado para o desenvolvimento desta função enquanto se coloca de qualquer modo ao centro da experiência francesa e alemã e, além do mais, considerado a sua modernidade, é provavelmente também o mais próximo do *common law*.<sup>26</sup>

## 10. A Utilidade do "Direito Comum Europeu"

Ao mostrar como, através da individualização dos princípios comuns, possa ser aberta a via da elaboração de um código civil europeu, foi dada uma primeira resposta, também à terceira pergunta que ao início tinha sido proposta: a que coisa pode servir o novo "direito comum europeu"?

Mas o novo "direito comum europeu" pode desenvolver também outras importantes funções:<sup>27</sup>

Pode orientar a elaboração das convenções de direito uniforme, representando um modelo útil para imaginar a inserção dos específicos interventos setoriais em um sistema ideal de referência.

Igualmente pode constituir um guia na elaboração das futuras diretivas, favorecendo a superação daquelas inorganicidades e aproximações que, como precedentemente foi lembrado, freqüentemente foi lamentada.

E, além do mais, pode contribuir para a harmonização de cada ordenamento nacional inspirando o trabalho dos intérpretes, em nível, além de doutrinário, também jurisdicional. Não parece improponível realmente, sustentar que o juiz, ao aplicar o seu direito interno, deva considerar também a questão "européia", e isto deva levar em consideração o fato que uma determinada interpretação constitua ou não uma solução, que se insira harmonicamente no contexto do "direito comum europeu".<sup>28</sup> Isto, enquanto o art. 5, inciso 1, parte segunda, do Tratado institutivo da Comunidade européia afirma que os Estados-membros "facilitam estas últimas no cumprimento das próprias tarefas" entre as quais reentra a promoção da coesão econômica e social mediante a reaproximação das legislações na medida necessária ao funcionamento do mercado comum (v. art. 2 e 3, letra h), e é claro que, no perseguir uma interpretação "harmonizante", conformada ao "direito comum europeu", os juizes não fazem outra coisa que não favorecer a aproximação das legislações, e, de tal modo, não fazem outra coisa, senão atuar a prescrição do Tratado.

Ainda se deve recordar que o juiz nacional, nos termos do art. 177 do Tratado institutivo da Comunidade européia, pode interpelar a Corte de Justiça, com o objetivo de conhecer, em via prejudicial, qual interpretação deva ser dada a qualquer um dos atos realizados pelas instituições da Comunidade, e que a Corte de Justiça, neste contexto, bem pode exprimir princípios de direito privado europeu, mesmo para a formulação de quais fontes de inspiração poderá ser o complexo dos princípios do "direito comum europeu", elaborado segundo as modalidades há pouco descritas.

## 11. O Papel do Direito Internacional Privado

Desta forma esclarecido, o que se deva entender, em geral por "direito privado europeu", e quais funções possa desenvolver, neste âmbito, um novo "direito comum europeu", algumas breves observações devem ser ainda realizadas com o objetivo de ilustrar a posição, neste contexto, do direito internacional privado.

No final das contas, a exigência de construir um direito privado europeu nasce da necessidade de garantir na ótica da integração europeia e da realização do mercado único, onde o mesmo caso, é sempre resolvido do mesmo modo independentemente da circunstância em que seja submetido aos órgãos judicantes de um ou outro Estado. O mesmo resultado pode ser alcançado, também, através da adoção de um direito internacional privado uniforme, o qual, em certos setores já existe: pense-se, em particular, a Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

Em outros termos: para assegurar que a solução de um certo caso seja sempre a mesma em qualquer País europeu, não é necessário que, para aquele caso, seja ditada uma norma de direito material uniforme, mas é suficiente que em todos os países seja adotada a mesma norma de direito internacional privado, de modo que, para aquele caso, acabe por ser sempre aplicado o mesmo direito nacional, em qualquer País europeu em que este deva ser decidido.

É claro, contudo, que se seria desta forma, obtido um nível de integração inferior a respeito daquele assegurado pela adoção do mesmo direito material em todos os Países europeus. Se é verdade de fato que o mesmo caso seria sempre resolvido sob a base do mesmo direito (nacional) qualquer que fosse o juiz ao qual fosse submetido, permaneceria, por outro lado, o fato que, junto ao mesmo órgão judicante, um caso, totalmente análogo poderia acabar sendo resolvido de modo diverso, em função da aplicabilidade de um diverso direito nacional, quando não pudesse funcionar, em relação a isto, o critério de coligação contemplado pela norma de direito internacional privado uniforme.

Uma integração completa pareceria, então, pressupor a adoção de um direito material comum.

Porém, por outro lado, ocorre também, levar em consideração a circunstância que, ainda antes da adoção, a construção de um direito comum não poderá proceder com passos iguais em todos os setores do direito privado. É opinião há tempo difundida aquela segundo a qual, em matéria de contratos, a harmonização seria mais fácil: e, com efeito, não só dispomos hoje dos já recordados *Principles of European Contract Law*, mas também de um texto, o *Europäisches Vertragsrecht* de Hein Kötz;<sup>29</sup> que constitui uma primeira tentativa de elaboração de um manual de direito privado europeu dos contratos.

Em outros setores, como o direito de família ou o direito das sucessões, a necessidade de harmonização é ao contrário, menos sentida, quando, até mesmo não é advertida a exigência de preservar as características nacionais. Nestes âmbitos, principalmente, a integração deverá ser perseguida através da uniformização do direito internacional privado.<sup>30</sup>

## 12. Uma Tentativa de Previsão a Respeito do Futuro do Direito Privado Europeu

A sumária descrição do que seja o "direito privado europeu" apenas realizada mostra um panorama decididamente em evolução. Onde levará esta evolução depende, em grande parte, como é claro, dos desenvolvimentos políticos da ordem europeia.

Sob este último perfil, parece possível observar como o quadro que se vai delineando seja aquele de uma Europa tendencialmente federal "sempre menos dos Estados e sempre mais das Regiões", "caracterizada e pilotada pelo princípio da subsidiariedade."<sup>31</sup>

No terreno do direito privado europeu, pareceria legítimo esperar uma consolidação do novo "direito comum europeu", que acabaria por representar uma sólida base de princípios comuns, idônea para sustentar um complexo ordenamento na esfera do setor de direito unificado – realizados pela via do "direito uniforme" e, sobretudo, pela via do "direito da Comunidade europeia" – deveriam unir-se aos setores de direito nacional-local, em relação àqueles da integração, de qualquer modo, imprescindível no espírito de uma Europa unitária, deveria ser, ao invés, garantida pela adoção de um direito internacional privado uniforme.<sup>32</sup>

### 13. A Perspectiva Cultural Pós-Moderna

Uma confirmação com relação à observação da previsão apenas realizada, pode ser reencontrada considerando a perspectiva sobre a evolução política da Europa e, em muitos aspectos, a evolução também do direito privado e do direito internacional privado em geral, hoje se movem: a perspectiva representada pela cultura assim denominada de pós-modernismo.

“O conceito de pós-moderno – ou do pós-modernismo –” usando as palavras de Albrecht Wellmer,<sup>33</sup>

“tornou-se uma das noções mais ambíguas presentes na discussão sobre a teoria da arte, da literatura e da sociedade, nos últimos anos. A palavra moderno pertence a uma rede de conceitos e estilos de pensamento marcados pelo prefixo ‘pós’ - sociedade pós-industrial, pós-estruturalismo, pós-racionalismo, nos quais evidentemente tenta-se articular a consciência de um limiar de época, da qual os contornos permanecem obscuros, confusos e ambíguos, mas da qual experiência central – aquela da morte das regiões – parece marcar a conclusão definitiva de um projeto histórico: o projeto da modernidade, de um iluminismo europeu, ou enfim, exatamente o projeto da civilização greco-ocidental”.

Esta definição de pós-modernismo, como movimento que se distingue mais por aquilo que não é do que por aquilo que propõe, mais pelas suas tendências destrutivas, que pelas indicações de programa, estimulou uma série de reflexões que, ao menos no setor do direito, estão hoje resultando em relevos, se não próprios de método, ao menos de comportamento.

Superado o seu modo de propor-se marcadamente negativo, a cultura do pós-modernismo está liberando uma série de valores.

Trata-se de sugestões que quase contemporaneamente, no arco dos últimos cinco anos, saíram de ambientes jurídicos de que a distância recíproca testemunha a grandíssima difusão do fenômeno.

Após as teorizações de caráter geral, comuns na literatura anglo-saxônica,<sup>34</sup> espanhola<sup>35</sup> e sul-americana,<sup>36</sup> estão vindo à luz, na Alemanha, os

primeiros exemplos de análises de textos e fenômenos jurídicos concretamente conduzidos pelo sistema pós-modernista<sup>37</sup>

## **14. As Principais Características do Pensamento Jurídico Pós-Moderno**

Partindo da negociação da possibilidade de um pensamento universal, foi construída uma teoria da complexidade, fundada sobre o princípio da relatividade do conhecimento e dos valores, da qual surgiram, de um lado, a exigência de defender a identidade dos vários grupos de indivíduos e, do outro lado, a necessidade de promover a comunicação intercultural.

Em outros termos, uma vez verificado que os valores não são os mesmos em todos os ordenamentos jurídicos, a cultura pós-modernista induziu, não a eliminar a complexidade, mas a conviver com esta, através da exaltação da comunicação recíproca.

Neste contexto, a cooperação internacional, mesmo movendo-se no quadro de interesses comuns, mesmo atentando a realização dos objetivos e a tutela dos valores geralmente compartilhados enquanto difusos em nível de comunicação recíproca, deveria renunciar à unificação dos direitos nacionais, que parece impossível à luz do princípio geral de defesa e valorização de cada identidade cultural, para perseguir ao contrário, enquanto próprio fim, a harmonização dos diversos sistemas.

A uniformidade do pensamento jurídico e a identidade dos valores e dos objetivos, que constituem a base da integração, deveriam acabar, assim, por desencadear na multiplicidade das regras que tendam à solução de cada problema no interior dos vários ordenamentos.

## **15. (Segue) o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o Retorno dos Sentimentos**

O pluralismo, entendido enquanto direito à diversidade, de um lado, e a comunicação intercultural, enquanto meio de integração voltado a fundar uma sociedade sem fronteiras, do outro lado, se apresentam,

então, como as primeiras duas características primordiais da cultura pós-moderna.

Ao lado destas, Erik Jayme, ao concluir em 1995 em Aja o seu *Cours général de droit international privé*,<sup>38</sup> considerou, em seguida, colocar a narração e o retorno dos sentimentos.

A narração – observa Jayme – se manifesta nas belas artes com a retomada da pintura figurativa, na arquitetura com a restituição, as fachadas dos edifícios, da tarefa de tornar manifesta a função social e humana da construção, no campo do direito através da introdução de normas que, ao contrário de obrigar, tendem a descrever valores.

O retorno dos sentimentos é a expressão que quer assumir a superação da convicção de que as ações do homem sejam, ou ao menos devam ser, determinados exclusivamente pelas razões da economia, do mercado. É expressão que quer representar a acolhida da idéia de que os seres humanos devam ser tutelados também quando se determinem a agir simplesmente ouvindo suas emoções. Sob este último perfil, além da existência da proteção ao indivíduo, na veste de entidade única e irrepetível do ponto de vista psicológico, vem a ribalta, novamente, a necessidade de garantir a identidade cultural, enquanto expressão dos sentimentos nas diversas populações.

## **16. O Possível Influxo da Cultura Pós-Moderna Sobre a Evolução do Direito Privado Europeu**

Quanto foi dito mostra com clareza que a cultura pós-moderna do nosso tempo deixa aberta a porta à unificação do direito somente em setores bem delimitados, e se fecha ao invés, a via a um direito comum dos princípios, a um direito de valores geralmente condizos, respeitoso dos ordenamentos nacionais no qual se refletem as diversas identidades culturais, segundo um quadro de todo correspondente àquele que há pouco tempo atrás foi traçado quando se imaginavam as possíveis linhas de evolução do futuro direito privado europeu.

Mas existe, também, um outro perfil de grande interesse cujo desenvolvimento pode ser avaliado à luz da cultura pós-moderna do nosso tempo: aquele da língua.

É de se excluir neste contexto, que a ciência do direito europeu possa encontrar como aconteceu, ao invés, no século XII, uma única língua de referência. A idéia, por alguns manifestada, de fazer do inglês o latim do nosso tempo não pode ser aceita.<sup>39</sup> Querer impor uma língua sobre outras, contraria, como é óbvio, a necessidade de respeitar as diversas identidades culturais, e, bem longe de favorecer a integração, acabaria por impedi-la. A ciência do direito europeu somente poderá ser, então, uma ciência multilíngue.<sup>40</sup>

Esta circunstância criará evidentes dificuldades. Mas poderá também trazer não transcuráveis benefícios. Realmente, o jurista do direito europeu que quiser tornar-se compreensível aos juristas dos outros países, mesmo que possa considerar-se legitimado a usar a própria língua-mãe, deverá todavia, exprimir-se de modo simples, facilmente acessível. E isto poderá contribuir com que a nossa ciência jurídica volte a falar em termos claros e lineares. Creio que seja agora evidente para todos a necessidade de superar e abandonar a falsa identificação entre cultura, de um lado, e complexidade de raciocínio e de linguagem, do outro, que freqüentemente caracterizou, ao menos na Itália, a produção jurídica dos últimos anos.

## 17. O Hodierno Papel das Universidades

É chegado o momento de tirar algumas conclusões.

O tempo do direito privado europeu apenas começou.

As revistas que deste se ocupam têm apenas poucos anos de vida. A "*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*" e a "*European Review of Private Law*" nasceram em 1993. Em 1994 iniciaram suas publicações o "*Maastricht Journal of European and Comparative Law*" e o "*Columbia Journal of European Law*", que tratam em geral de direito europeu, e não exclusivamente de direito privado. Os temas da integração europeia constituem, agora, objeto da revista italiana "*Il diritto dell'Unione Europea*", nascida em 1996, assim como em 1996 viu a luz uma outra revista italiana, "*Contratto e impresa Europa*".

Sempre em 1996 apareceram o já citado "*Europäisches Vertragsrecht*" de Hein Kötz, primeira tentativa de manual universitário de direito

privado comum europeu, e o primeiro tomo do "Gemeineuropäisches Deliktsrecht" de Christian v. Bar, com o qual foi iniciada uma nova coleção, intitulada "*Jus Comune Europaeum*".<sup>41</sup> Em 1997 foram publicadas dois volumes, cujo título, significativamente, é "*Diritto privato europeo*", também neste caso dedicado aos estudantes, e curado por Nicolò Lipari.<sup>42</sup>

Após ter levantado o problema e traçado o método, após ter reivindicado o próprio primado na construção do direito privado europeu, a ciência jurídica esta, então, produzindo os primeiros frutos, e, sobretudo, iniciou a elaborar textos úteis para as principais atividades que deverão consentir a expansão e a afirmação do direito privado europeu: o ensinamento universitário. O direito privado europeu e, especialmente o direito comum europeu, deverão, realmente, viver, antes de tudo, na consciência dos juristas, e será a Universidade a dever formar esta consciência, completamente nova. O estudante que inicia seu curso de estudos, quando, como no futuro, sempre mais freqüentemente acontecerá, deverá trabalhar com direitos diversos daquele do seu país de origem, deverá afrontar estes diversos direitos com o mesmo espírito com o qual o jurista de hoje adentra nos campos a ele pouco notórios do seu direito nacional. Os direitos nacionais europeus deverão aparecer, e para isso antes de tudo deverão ser ensinados, como simples variantes de um direito comum europeu.<sup>43</sup> O direito nacional interno deverá colocar-se como uma variante mais importante, mas somente porque de mais freqüente aplicação, do que um direito comum supra-nacional.

Preparar o terreno, construindo e ensinando um direito comum em grau de conviver com a complexidade dos diversos, consentindo-o a compreensão no respeito e na salvaguarda das diferenças que os contradistinguem: esta é a tarefa que espera a ciência jurídica e a Universidade do nosso tempo. Uma Universidade que deve sempre mais abrir-se para as experiências jurídicas estrangeiras, e, sobretudo, aos estudantes estrangeiros. Uma Universidade que sempre mais deve apresentar-se como um lugar no qual discutir em mais línguas, sobre conceitos e problemas comuns à cultura jurídica européia é evento completamente natural, cotidiano.

# NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Para um resumo dos vários significados segundo os quais a expressão foi utilizada, v. *Alpa*, Notas sobre a construção do direito privado europeu : sociologia del dir. (1993) 111; sobre o ponto, por último, v. *Scannicchio*, in: *Diritto privato europeu* : aos cuidados de *Lipari* (Padova, 1997) I, 21 ss. e 100 ss.
- 2 Nesse sentido cf. *Schulze*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht* : *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993) 442 ss.
- 3 Como reconhecido pela Corte Constitucional nº 113/1985 e nº 389/1989, ao conteúdo da sentença é atribuída a mesma eficácia imediata das normas interpretadas, com a conseqüente obrigação do juiz de desaplicação as normas internas incompatíveis; este princípio pode-se entender, atualmente salvaguardado pelo art. B do Tratado de Maastricht, nos termos do qual, entre os objetivos da União reentra a manutenção integral do *acquis* comunitário: nesse sentido v. *Predieri*, *Il diritto europeu come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in: *Il Diritto dell'Unione Europea* (1996) 43-44.
- 4 O art. 2º da Lei 31 de maio de 1995, nº 218, de reforma do sistema italiano de direito internacional privado, acolhendo uma orientação agora consolidada, afirma com clareza que na interpretação das convenções dever-se-á levar em conta o seu caráter internacional e a exigência de sua aplicação uniforme.
- 5 Esse relevo também está contido no Editoriale, com o qual os organizadores da *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* – *Basedow / Blaurock / Flessner / Schulze* – apresentaram a sua Revista (1993) 1.
- 6 V. ainda o Editoriale *cit., loc. cit.*, e também, mais recente, *Basedow*, *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht* : *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1996) 570.
- 7 Trata-se, fundamentalmente, do setor relativo a concorrência entre as empresas – podem ao contrário entender-se de exclusiva competência da Comunidade os setores relativos a atuação das liberdades garantidas pelo Tratado institutivo: sobre o ponto vide *Schwartz*, *Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft* : *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1994) 567.
- 8 A tal propósito cf. *Cafari Panico*, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali* : *Riv. Dir. europeo* (1994) 53 ss.
- 9 Acerca de tudo isso v. em espécie. *Hohloch*, *Produktg in Europa* : *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1994) 408 ss.
- 10 No mesmo sentido v. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht* (Tübingen 1996) p. V.
- 11 Assim *Kötz*, *op. cit.*, p. VI.
- 12 Em geral, sobre a assim dito "Retrocesso" do direito romano na Europa do século XII v. *Coing*, *Europäisches Privatrecht I* (München 1985) *passim*: mais recente. vide *Knütel*, *Römisches Recht und ius commune* : *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1994) 244 e ulteriores citações, e também, na Itália. *Santini*, *L' Europa come*

- spazio giuridico unitario : um'armonia nel rispetto delle dissonanze, in: *Contr. E impresa/ europa* (1996) 43 ss. e i ulterior bibliografia.
- 13 Sobre a evolução e sobre o fim do direito comum vide em particular, *Berman e Reid*, *Römisches Recht in europa und das ius commune : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1995) 3 ss., e ulteriores citações, e também *Flessner*, *Rechtsvereinlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung : ReabelsZ* (1992).
- 14 Sobre estes acontecimentos v., em particular, *Zimmermann*, *Der europäische Charakter des englischen Rechts : Historische Verbindungen zwischen civil law und commow law : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993) 4 ss.
- 15 Assim *Gandolfi*. Prefação a *McGregor*, *Contract Code* (Milano 1993) p. V.
- 16 *A Contributor*, *Is International Law Justiciable in English Courts? : Cambridge Law Journal* (1995) 230.
- 17 Vide em particular *Zimmermann*, *op. cit.* (supra n. 14) 4ss., *Gordley*, *Common law und civil law : eine überholte Unterscheidung*, (1993) 498 ss., e antigamente *Moccia*, *Sobre o uso do termo "civil law" : Foro it.* (1980) 254 ss.
- 18 Assim *Kötz*, *op. cit.* (supra n. 10) p. V. Sobre o ponto cf., também *Cannata*, *Usus hodiernus pandectarum, commom law, diritto romano olandese e diritto comune europeo : studia et documenta historiae et iuris* 57 (1991) 383 ss., e antigamente, *Impallomeni*, *La validità di un metodo storico-comparativo nella interpretazione del diritto codificado : Rev. Dir. civ.* (1971) I, 369 ss.
- 19 V. *Zimmermann*, *The Law of Obligations* (Oxford 1996) p. XI.
- 20 Sobre a jurisprudência das Comissões de Recurso do Gabinete Europeu das Patentes v., amplamente, *Knütel*, *op. cit.* (supra n. 12 ) 251 ss.
- 21 *Bossung*, *Über den Irrtum des Anmelders im europäischen Patenterteilungsverfahren*, in: *Festschrift für Albert Preu* (München 1988) 218.
- 22 V. *Cannata*, *loc. cit.* (supra n. 18).
- 23 V. *Schulze*, *op. cit.* (supra n. 2) 458 ss.
- 24 Cf. *Flessner*, *op. cit.* (supra n. 13) 259-260, *Kötz*, *op. cit.* (supra n. 10) p. XI *Schulze*, *op. cit.* (supra n. 2) 464 ss. Em geral, sobre os objetivos da comparação jurídica v., para todos, *Sacco*, *Introduzione al diritto comparato*, in : *Trattato di diritto comparato, diretto dallo stesso Sacco* (Torino 1992) 16 ss.
- 25 Para uma detalhada ilustração destes princípios v. *Zimmermann*, *Konturen eines Europäischen Vertragrechts : Juristen-Zeitung* (1995) 477 ss.
- 26 Sobre tudo isso v. *Gandolfi*. *Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa? : Riv. dir. civ.* ( 1995) I. 203 ss.
- 27 Sobre as possíveis funções do "direito comum europeu" v. em particular, *Kötz*, *op. cit.* (supra n. 10) p. VI.
- 28 Sobre o ponto, v. amplamente *Odersky*, *Harmonisierende Auslegung und Europäische Rechtskultur : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* ( 1994) I.

- 29 *Cit. a nota 10.*
- 30 V., para essas considerações *Remien*, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts* : *Juristen-Zeitung* (1992) 280 ss.
- 31 *Predieri*, *op. cit. (supra n. 3)* 17 e 35; sobre as relações entre princípio de subsidiariedade e federalismo europeu v. também *Cafari Panico*, *op. cit. (supra n. 8)* 55, e *Rinella*. *Assetti costituzionali e identità culturali : osservazioni comparative* : *Iustitia* (1995) 92 ss.
- 32 Sobre o papel e seus possíveis desenvolvimentos do direito internacional privado em vista da integração europeia, vide, amplamente, *Jayme*, *Ein Internationales Privatrecht für Europa*, *Reden zur Verleihung des Ladesforschungspreises Baden – Württemberg* 1989: *Heideberger Forum* 70 ( 1991) 5 ss.
- 33 *Albrecht Wellmer*. *La dialettica moderno-postmoderno* (Milano 1987) 25.
- 34 V. *Douzinias / Warrington*, *Postmodern Jurisprudence* ( London-New York 1991); *Patterson*, *Postmodernism and Law* (Aldershot 1994).
- 35 *Sanchez Lorenzo*, *Postmodernismo y Derecho Internacional Privato* : *Rev. Esp. De Dre. Int.* (1994) 557 ss.
- 36 *Ghersi*, *La Postmodernidad Juridica* (Buenos Aires 1995).
- 37 Além do já citado volume de Ghersi, v. *Jayme*, “Timesharing-Verträge” im Internationalen Privat – und Verfahrensrecht : *IPRax* (1995) 235-236, e *Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftrecht* : *IPRax* (1996) 241-241.
- 38 *The Hague-Boston-London* 1995.
- 39 Sobre o ponto v. *Flessner*, *op. cit. (supra n. 13)* 255, *Remien*, *op. cit. (supra n. 30)* 283.
- 40 No mesmo sentido v. *Flessner*, *op. cit. (supra n. 13)* 257-258.
- 41 München 1996.
- 42 *Cit. a nota 1.*
- 43 Nesse sentido v., em particular, *Flessner*, *op. cit. (supra n. 13)* 250, e *Kötz*, *op. cit. (supra n. 10)* p. VI.