O 28º REGIME

UM PASSE DE MÁGICA OU UMA ABORDAGEM PROATIVA DE HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA NA UNIÃO EUROPEIA

J PEGADO LIZ[1]

Advogado membro do Conselho Económico e Social Europeu (CESE)
Presidente da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais (CCMI), Bruxelas

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

EXCERPTS

"The terms '28th Regulation' and 'optional instrument', often used synonymously, seek to convey the idea of a European statute which would not be above national laws but would rather be an alternative to them, leaving their application to the discretion of the contracting parties"

"Another characteristic of a '2nd. Regulation' is that the courts can not treat such an optional instrument as a discretionary 'foreign' law"

"A '2nd. Regulation' of this nature can be used by contracting parties to establish commercial transactions across the European Union"

"The '2nd. Regulation' will have to provide mandatory rules and ensure a high level of protection to the weaker party"

"The purpose of that legal opinion paper has been to demonstrate how a proactive approach to law can favor better regulation by promoting a new way of thinking, a way that takes in consideration the real-life needs and aspirations of individuals and businesses instead of the juridical instruments in the way they should be used"

"Studies always show that when the social partners participate in the negotiation of agreements later converted to European legislation, the implementation of the law is more effective"

"In the proactive approach of the law emphasis is placed on success and not failure. It means to take the initiative to promote and reinforce the factors that lead to success"

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

1. INTRODUÇÃO

Legislar melhor e, se possível, legislar menos é um dos componentes essenciais do grande projeto europeu da realização de um mercado único sem fronteiras, iniciado na segunda metade dos anos 80 por esse grande europeísta que foi Jacques Delors, à altura presidente da Comissão Europeia. Todas as iniciativas e diligências levadas a cabo no âmbito do programa "Legislar melhor" pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu e inteiramente apoiadas pelo Comité Económico e Social Europeu (CESE), em vários dos seus pareceres, visaram encontrar as melhores formas de tornar o ambiente legislativo mais convivial e mais facilmente compreendido pelas empresas, pelos trabalhadores e pelos consumidores.

Uma ideia relativamente nova sobre uma forma melhor e mais consistente de legislar sobre questões importantes a nível da UE surgiu pela primeira vez num parecer do CESE sobre o contrato de seguro europeu[2], de que o signatário foi relator, em 2005. Esse parecer propôs que a legislação sobre o contrato de seguro europeu se baseasse num regime uniforme, opcional e alternativo à harmonização dos diversos direitos nacionais.

Posteriormente, o Grupo de Projeto *Restatement of European Insurance Contract Law*, no âmbito do QCR (quadro comum de referência), desenvolveu e apresentou à Comissão a única proposta estruturada de um modelo de instrumento opcional na UE até à data.

Nos últimos anos, juristas, eminentes consultores da Comissão e do Conselho Europeus, representantes do mundo académico parlamentares europeus e representantes de várias partes interessadas da sociedade civil, sugeriram, em diferentes eventos e em importantes relatórios, que este método poderia ser uma alternativa útil ao método tradicional de harmonização em domínios específicos, tais como o regime voluntário de pensões[3] ou os serviços financeiros[4] ou mesmo para a harmonização dos contratos a nível europeu, na perspectiva e como primeiro passo para um Código Civil europeu. A própria Comissão tem vindo a referir-se à possibilidade de utilizar o método do "28.º regime" em vários domínios, o que já mereceu o apoio do CESE numa série de pareceres[5].

Contudo, até recentemente não se havia elaborado sobre uma definição precisa do conceito, natureza e âmbito de aplicação do que se tem comummente designado por "28º Regime" de forma a demonstrar que tal regime não só é exequível como comporta inegáveis vantagens quando a finalidade é "legislar melhor" e lograr um quadro regulamentador mais simplificado, compreensível e convivial.

Foi esse o objetivo de um parecer de iniciativa que o signatário teve oportunidade de elaborar, sustentar e ver aprovado no Comité Económico e Social

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Europeu e de que se dá conta neste artigo[6].

2. O conceito de "28.º regime"

2.1 A noção de "28º regime"

As expressões "28.º regime" e "instrumento opcional", amiúde usadas como sinónimos, procuram transmitir a ideia de um direito europeu que não estaria acima dos direitos nacionais mas constituiria, antes, uma alternativa aos mesmos, ao deixar a sua aplicação ao critério das partes contratantes. E, no entanto, estas expressões, embora frequentemente usadas em vários documentos das instituições da UE e na maior parte dos artigos publicados sobre a matéria, a podem induzir em erro, já que podem ser interpretadas como constituindo um regime de direito "estrangeiro", por oposição aos 27 direitos "nacionais" dos contratos, ou mais um regime a acrescentar aos 27 normativos que fariam parte da legislação "interna".

Assim, parece mais correto falar-se de um "2.º regime"[7] do direito privado em todos os Estados-membros. Esta designação deixa claro que um instrumento opcional europeu fará parte da legislação interna dos Estados-membros como qualquer outra fonte do direito comunitário.

Em suma, um "2.º regime" assim concebido dá a todos os cidadãos interessados, em especial aos contratantes, uma opção entre dois regimes do direito nacional dos contratos, um adotado pelo legislador nacional e eventualmente resultante dos processos de integração de normas comunitárias e outro, alternativo, proposto pelo legislador europeu, como opção.

AS EXPRESSÕES "28.º REGIME" E "INSTRUMENTO OPCIONAL", AMIÚDE USADAS COMO SINÓNIMOS, PROCURAM TRANSMITIR A IDEIA DE UM DIREITO EUROPEU QUE NÃO ESTARIA ACIMA DOS DIREITOS NACIONAIS

Uma referência a um instrumento opcional deste tipo pode ser encontrado no considerando 14 do Regulamento Roma I, que reza assim: *"Caso a Comunidade venha a aprovar num instrumento jurídico adequado regras de direito material dos contratos, (...), esse instrumento poderá prever a possibilidade de as partes optarem por aplicar essas regras."*

2.2 Natureza e características

Uma vez que um instrumento opcional é um verdadeiro 2.º regime do direito dos contratos na legislação de cada Estado-membro, poderá ser prevista a possibilidade da sua utilização mesmo em casos puramente "internos". Dessa forma, os empresários poderiam basear todas as suas transações (nacionais e internacio-

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

nais) no 2.º regime, permitindo-lhes reduzir os encargos jurídicos da transação.

Uma outra característica de um "2.º regime" é que os tribunais não podem tratar um tal instrumento opcional como uma lei "estrangeira" escolhida. Por conseguinte, aplicam-se-lhe princípios como o *iura novit curia* e o acesso aos supremos tribunais nacionais não será limitado, o que frequentemente não é o caso quando se aplicam princípios gerais ou uma lei estrangeira. Do mesmo modo, as instituições que preveem a resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de reparação extrajudiciais não podem recusar-se a dirimir uma questão invocando o argumento de ela se reger por uma lei estrangeira.[8]

Por último, mas não menos importante, um instrumento opcional adotado pelo legislador europeu está sujeito a decisão prejudicial do TJUE, que assegura uma aplicação uniforme pelos tribunais nacionais da UE.[9]

Um "2.º regime" desta natureza pode ser usado pelas partes contratantes para transações comerciais em toda a União Europeia. Desta forma, as partes não têm que lidar com 27 regimes jurídicos nacionais diferentes em matéria de contratos e podem basear as suas transações num regime europeu único comum de direito privado, não sendo nenhuma das partes contratantes obrigada a aceitar a aplicação de legislação que considere estrangeira.

2.3 Vantagens e inconvenientes

Um instrumento opcional desta natureza permite às partes contratantes, antes de mais, efetuar transações na União Europeia com base num único regime jurídico. As barreiras ao mercado interno, tal como os riscos e os custos para os consumidores ou para as empresas derivados de ordenamentos jurídicos nacionais discrepantes, são assim superadas.[10]

Além disso, em comparação com a unificação ou a harmonização dos direitos nacionais, um instrumento opcional tem reconhecíveis vantagens.

Desde logo porque um instrumento opcional deixa ao mercado a decisão quanto à sua aplicação, sendo certo que só será aplicado se as partes o considerarem vantajoso. Os instrumentos opcionais serão provavelmente utilizados por atores de mercado internacionais, ao passo que os agentes locais pouparão os custos de transposição, especialmente com a reformulação das suas cláusulas contratuais para as ajustar a um novo regime europeu.

Em segundo lugar, a cultura jurídica de cada Estado-membro é mantida intacta, o que tenderá a facilitar a aceitação do instrumento opcional na esfera política. O mesmo argumento aplica-se aos juristas de cada Estado-membro, que normalmente serão inclinados, por tradição e conservadorismo, a estar contra a substituição das regras jurídicas tradicionais por um direito inovador europeu dos contratos, mas não terão razões para se oporem a um instrumento opcional que

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

deixe inalterado o direito nacional.

Por outro lado, um "2.º regime" deste tipo revela-se particularmente vantajoso nos domínios em que o direito privado internacional (Roma I) proíbe ou restringe a seleção do direito a aplicar pelas partes contratantes, como é o caso dos contratos de transporte (art. 5.º, Roma I), dos contratos celebrados por consumidores (art. 6.º, Roma I), dos contratos de seguro (art. 7.º, Roma I) e dos contratos individuais de trabalho (art. 8.º, Roma I).

O instrumento opcional poderia inclusivamente ser aplicado às regras internacionalmente obrigatórias (art. 9.º, Roma I), contanto que sejam tidos em conta os interesses gerais protegidos que essas regras visam proteger[11]. Dessa forma, um "2.º regime" permitiria que todas as transações comerciais na União Europeia se baseassem num único regime de direito dos contratos, mesmo nos domínios em que o direito privado internacional prevê a aplicação obrigatória das regras que protegem a parte mais fraca.

Além disso, mesmo sem terem sido designados como tal[12], já estão em vigor "2.os regimes" em múltiplos domínios do direito comunitário, o que demonstra claramente que o direito constitucional nacional não cria dificuldades à sua introdução.

Mas não se pode esconder que a introdução de um instrumento opcional no direito dos contratos ou noutros domínios do direito privado pode suscitar problemas de vária ordem. Não é claramente fácil criar uma nova possibilidade de escolha e regulamentar a relação entre dois tipos paralelos de direito dos contratos.

2.4 Direito dos contratos opcional e proteção da parte mais fraca

Uma das principais dificuldades encontradas na aceitação deste regime vem precisamente de domínios como o dos representantes dos consumidores por temerem que a sua aplicação determine uma menos proteção da parte mais fraca. Julga-se, no entanto, que sem razão.

Um "2.º regime" como o acima descrito constitui uma opção de aplicação não limitada por regras obrigatórias do direito nacional, contanto que não comprometa os interesses gerais que essas regras visam proteger. Isso significa que a proteção das partes mais fracas, sobretudo os consumidores, não será comprometida[13] e que o "2.º regime" não será aproveitado para contornar as disposições obrigatórias do direito nacional.

Isso poder ser conseguido de três maneiras:

a) Antes de mais, o "2.º regime" terá que prever regras obrigatórias e assegurar um elevado nível de proteção da parte mais fraca;[14]

b) Em segundo lugar, haverá que prevenir qualquer exclusão de disposições

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

específicas do "2.º regime" por acordo, a fim de impedir uma "combinação" de direito nacional e do "2.º regime" através da seleção das normas menos severas de cada um;

c) Finalmente, os consumidores devem ser informados sobre os instrumentos opcionais através de informação geral prestada pelas organizações de defesa do consumidor, bem como por uma obrigação pré-contratual do fornecedor de informar o consumidor de que o contrato proposto está sujeito às condições de um instrumento opcional, dando-lhe a conhecer exatamente os seus termos e consequências, por comparação ao regime nacional "interno".

UMA OUTRA CARACTERÍSTICA DE UM "2.º REGIME" É QUE OS TRIBUNAIS NÃO PODEM TRATAR UM TAL INSTRUMENTO OPCIONAL COMO UMA LEI "ESTRANGEIRA" ESCOLHIDA

Assim, a possibilidade de optar pelo "2.º regime" não será um incentivo a que a parte mais forte induza a outra parte a aceitar regras com um nível de proteção inferior. Em vez disso, os incentivos ao recurso ao "2.º regime" advêm da possibilidade de aplicar disposições contratuais idênticas em toda a UE sem necessidade de adaptar os direitos nacionais mas com base no "2.º regime", que proporcionará por si só um nível de proteção da parte mais fraca mais elevado do que a legislação dos Estados-membros em geral.

Um instrumento opcional, com um elevado nível de proteção dos consumidores, terá vantagens para os consumidores na medida em que os produtos colocados no mercado europeu com base nesse instrumento opcional podem ser comparados mais facilmente. Assim, o instrumento opcional pode melhorar significativa e efetivamente a transparência. Basta pensar na vantagem da sua aplicação a certos tipos de contratos complexos como certos instrumentos financeiros, bancários ou de seguros.

2.5 Base jurídica de um instrumento opcional

A competência da UE no que toca à adoção de um instrumento opcional continua a ser uma questão fundamental nos debates sobre a sua natureza e características.

Alguns autores consideram que o artigo 81.º do TFUE (ex-artigo 61.º, alínea c), e artigo 65.º do TCE) podem servir de base jurídica, porque, em sua opinião, o importante é o conflito entre legislações e não o direito substantivo. Assim, a UE só precisaria de uma base fiável para permitir que as partes escolham o instrumento enquanto direito aplicável e, por conseguinte, só precisa de se concentrar na compatibilidade das regras nacionais do direito privado internacional.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

No entanto, um instrumento baseado no artigo 81.º do TFUE só abrangeria as "matérias civis com incidência transfronteiriça" e não vincularia o Reino Unido, a Irlanda ou a Dinamarca.

Outros sustentam que o artigo 352.º do TFUE (ex-artigo 308.º do TCE) é a melhor base jurídica para conferir à Comunidade autoridade para adotar um instrumento opcional a fim de cumprir um dos objetivos definidos nos Tratados, se se aceitar que estes não previram "os poderes de acção necessários"[15].

UM "2.º REGIME" DESTA NATUREZA PODE SER USADO PELAS PARTES CONTRATANTES PARA TRANSAÇÕES COMERCIAIS EM TODA A UNIÃO EUROPEIA

Contudo, não deve excluir-se a possibilidade de usar o artigo 114.º do TFUE (ex-artigo 95.º do TCE), que trata da aproximação das "disposições legislativas" que "tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno" e visem à "realização dos objetivos enunciados no artigo 26.º" (ex-artigo 14.º do TCE). Além disso, sempre que o legislador europeu é competente para aproximar os direitos nacionais dos contratos com base no art. 114.º do TFUE, deveria ter a possibilidade de adotar igualmente um instrumento opcional que, em última análise, constitui uma menor ingerência nos regimes nacionais e representa, por isso mesmo, a melhor solução à luz do princípio da subsidiariedade.

Por seu turno, o novo artigo 118.º do TFUE cria uma base jurídica específica. Contudo, o seu âmbito de aplicação está limitado aos direitos de propriedade intelectual.

2.6 Instrumento legal no quadro comunitário

Para garantir a máxima uniformidade, tal instrumento deverá ser adotado sob a forma de um regulamento (artigo 288.º, n.º 2 do TFUE). Dessa forma, passa a fazer parte do direito substantivo nacional e só será aplicável se a legislação de um Estado-membro for aplicável ao contrato em questão de acordo com as normas de conflito previstas no Regulamento Roma I.

Esse regulamento deve prever regras detalhadas, e não apenas normas mínimas, constituindo um todo que se aplica na sua integralidade.

Em qualquer dos casos, haverá que analisar cuidadosamente a compatibilidade de qualquer novo instrumento opcional com o princípio da subsidiariedade.

2.7 Conteúdo

Um instrumento opcional deste deve incluir disposições gerais, para regulamen-

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

tar a sua aplicação opcional, e disposições específicas, com regras substantivas para os domínios do direito abrangidos.

O instrumento opcional pode ser estruturado da seguinte forma:

Parte I: Disposições gerais

A parte I, que poderá consistir em apenas 4 ou 5 artigos[16], define o âmbito de aplicação do instrumento opcional e as opções das partes. Especifica igualmente quais as regras obrigatórias (sobretudo as que protegem a parte mais fraca). Por último, proíbe o recurso ao direito nacional e, em vez disso, prevê a possibilidade de suprir as lacunas através de princípios gerais do direito comuns a todos os Estados-membros[17].

Parte II: Disposições específicas

A Parte II define as regras substantivas dos domínios do direito abrangidos pelo instrumento opcional.

2.8 Instrumentos análogos

Como se referiu já existem instrumentos opcionais utilizados quer a nível mundial quer a nível europeu.

A nível mundial podemos citar como exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980)[18] e as convenções UNIDROIT sobre Factoring Internacional[19] e sobre Locação Financeira Internacional[20]. Estas convenções seguem um modelo de *opt-out* (exclusão)[21].

A nível europeu há vários instrumentos opcionais:

· os regulamentos que criam as empresas europeias, tais como o Regulamento relativo ao estatuto da sociedade europeia[22], o Regulamento relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)[23] e o Regulamento relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE)[24];

· os regulamentos que consagram os direitos de propriedade intelectual na Europa, como o Regulamento sobre a marca comunitária[25] e o Regulamento relativo à patente da UE[26];

· os regulamentos sobre os processos civis europeus, como o Regulamento que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento[27] e o Regulamento que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante[28].

Outros instrumentos opcionais têm sido propostos, como o certificado sucessório europeu[29]. Estes regulamentos ou propostas acrescentam instrumentos europeus aos já previstos no direito nacional.

3. O 28.º regime no âmbito da iniciativa "Legislar melhor" e de uma aproximação proativa ao direito comunitário.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

3.1 A iniciativa "Legislar melhor"

O conceito de legislar melhor, que se concentra na perspectiva dos utilizadores da legislação[30], inclui determinados princípios que ganharam um novo ímpeto nos últimos anos: consulta preliminar, combate da inflação legislativa, remoção das propostas e da legislação obsoleta, redução dos custos e dos encargos administrativos, simplificação do acervo comunitário, melhor redacção das propostas legislativas incluindo estudos de impacto *ex ante* e *ex post*, redução da legislação ao essencial e concentração nos objetivos e na sustentabilidade da legislação ao mesmo tempo que se mantém a sua flexibilidade.

Há muito tempo que a Comissão Europeia[31], o Parlamento Europeu[32] e o Comité Económico e Social Europeu[33] promoveram e aduziram argumentos em favor do *legislar melhor*, da *simplificação* e da *comunicação* enquanto objetivos políticos principais no contexto da realização do mercado único. Entre os primeiros documentos neste domínio não se pode esquecer o importante Relatório Molitor, que data de 1995, com as suas 18 recomendações, que ainda são atuais[34].

Legislar melhor também inclui os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade e pode envolver as partes interessadas na redação da legislação, i.e., através da auto e da corregulação sob fiscalização minuciosa do legislador conforme previsto no *Acordo Interinstitucional Legislar Melhor* de 2003[35] e desenvolvido nos sucessivos relatórios anuais da Comissão.

Legislar melhor não quer necessariamente dizer menos regulação ou desregulação[36] e, efetivamente, a segurança jurídica é um dos requisitos essenciais para o bom funcionamento do mercado único[37].

3.2 Uma abordagem proativa ao direito comunitário

Um passo mais ousado foi também dado pelo CESE em parecer de iniciativa de que o signatário foi igualmente relator, relativamente a uma abordagem proativa ao direito comunitário[38].

O objetivo desse parecer foi demonstrar de que forma uma abordagem *proativa* do *direito* pode favorecer uma melhor regulamentação através da promoção de uma nova forma de pensar: uma forma que tenha como ponto de partida as necessidades da vida real e as aspirações das pessoas e das empresas, em vez dos instrumentos jurídicos e da forma como devem ser utilizados.

O que significa, antes de mais, que, quando se redigem leis, o legislador deve preocupar-se em adotar normas operacionalmente eficientes que reflictam as necessidades da vida real e sejam aplicadas de tal forma que os objetivos últimos dessas normas sejam cumpridos. As normas devem ser comunicadas de forma que tenham sentido para o público a que pretensamente se destinam de modo que sejam compreendidas e possam ser seguidas por todos aqueles a quem as

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

normas se aplicam.

Ou seja, o ciclo de vida de um diploma não se inicia com a redação de uma proposta nem termina quando tenha sido formalmente adotado. O diploma não é o objetivo; o objetivo é o sucesso da sua aplicação, que não significa apenas o cumprimento pelas instituições mas também a adoção, aceitação e, quando necessário, uma alteração do comportamento por parte das pessoas ou das organizações em causa.

Os estudos realizados neste contexto revelam que sempre que os parceiros sociais participaram na negociação de acordos convertidos posteriormente em legislação europeia, a aplicação desta é mais eficaz.

Com efeito, tradicionalmente, na feitura do direito, a ênfase foi colocada no passado. Os estudos jurídicos sempre se preocuparam principalmente com os *incumprimentos* – lacunas, prazos e incumprimentos da lei.

> ANTES DE MAIS, O "2.º REGIME" TERÁ QUE PREVER REGRAS OBRIGATÓRIAS E ASSEGURAR UM ELEVADO NÍVEL DE PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRACA

O ponto central da abordagem *proativa* é diferente; é o *futuro*. Ser *proativo* é o oposto de ser *reativo* ou *passivo*. A abordagem especificamente denominada do *direito proativo* iniciou-se nos anos 1990 na Finlândia. Respondendo à necessidade de desenvolver ainda mais métodos práticos e teorias jurídicas neste domínio emergente, foi criada em 2004[39] a *Nordic School of Proactive Law (NSPL)* (Escola Nórdica do Direito Proativo)[40].

O termo *proativo* implica agir em antecipação, através do controlo e da autoiniciativa[41]. Todos estes elementos fazem parte da *abordagem proativa do direito* que procede à diferenciação de outros dois aspectos da *proatividade* – sendo que um consiste na dimensão da *promoção* (promoção do que é desejável; encorajar o bom comportamento) e o outro na dimensão *preventiva* (prevenindo o que não é desejável, impedindo os riscos jurídicos de se materializarem)[42].

A *abordagem proativa do direito* coloca a ênfase no *bom resultado* e não no incumprimento. Consiste em tomar a iniciativa para promover e reforçar os fatores que conduzem ao êxito. No d*ireito proativo* coloca-se a ênfase em *assegurar o êxito* e tornar possível a realização dos objetivos fixados na situação em apreço.

Esta abordagem proativa do direito pode contribuir ainda mais para uma melhor regulamentação, melhor aplicação e melhor cumprimento da legislação da UE

Um dos objetivos principais da União Europeia é proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas; um

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

espaço assente nos princípios da transparência e do controlo democrático. Contudo, a justiça não se materializa apenas no proporcionar acesso aos tribunais ou, *a posteriori*, em ações em reparação. Para as pessoas e as empresas poderem exercer as suas atividades com sucesso é necessário um forte quadro jurídico.

As pessoas e as empresas contam com um grau razoável de segurança, clareza e consistência da parte do legislador de forma a poderem definir os seus objetivos, executar os seus planos e atingir os resultados previstos.

Os legisladores devem seguramente preocupar-se com o fato de saber se as pessoas e as empresas estão suficientemente informadas dos casos em que a lei se lhes pode aplicar, podem ser mais informadas sobre a sua situação jurídica no caso de assim o desejarem ou podem evitar litígios caso isso seja possível ou resolver as suas disputas através do recurso às técnicas mais apropriadas[43]. A experiência e a investigação mostram-nos, hoje, que nem sempre as pessoas e as empresas e, em particular, os consumidores e as PME estão suficientemente informadas.

UMA ABORDAGEM PROATIVA DO DIREITO PODE FAVORECER UMA MELHOR REGULAMENTAÇÃO ATRAVÉS DA PROMOÇÃO DE UMA NOVA FORMA DE PENSAR

Ao contrário, uma abordagem proativa pode ser particularmente benéfica para o processo de tomada de decisão relacionado com o processo de elaboração, aplicação e de cumprimento da legislação comunitária.

Em primeiro lugar, uma participação ativa e efetiva, em vez de uma mera consulta das partes interessadas antes e durante a redação de quaisquer propostas e durante o processo de tomada de decisão, de forma que o ponto de partida sejam os verdadeiros problemas e as suas soluções e que o processo de decisão seja um diálogo contínuo e um processo de aprendizagem mútua baseado na consecução de determinados objetivos.

Em segundo lugar, os estudos de impacto tomarão em consideração não apenas aspectos económicos mas também sociais e éticos; não apenas o quadro económico mas também os consumidores enquanto últimos recipientes das medidas jurídicas e das iniciativas; não apenas as opiniões da sociedade civil organizada, mas também a voz do cidadão anónimo.

Em terceiro lugar, antecipando soluções em vez de problemas, utilizando a lei para atingir e promover objetivos e fazer dos direitos e liberdades uma realidade num determinado contexto cultural, em vez da fixação numa lógica jurídica formalista.

Redigir as leis da forma mais clara possível e o mais perto dos seus utilizadores, assegurando que a linguagem utilizada seja rapidamente compreensível e clara e comunicar os seus conteúdos da forma adequada, acompanhando e

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

orientando a sua aplicação e cumprimento em todas as fases do seu ciclo de vida.

Além disso, eliminar as leis redundantes, contraditórias, obsoletas e que já não se aplicam, e harmonizar a compreensão dos termos, definições, descrições, prescrições e interpretações em quadros comuns de referência. Também é extremamente importante limitar a criação de novos termos ou jargão comunitário, de significado duvidoso, usados sem que a maioria dos falantes realmente os compreenda.

3.3 A realização do mercado interno

É neste contexto que se deve centrar uma abordagem legislativa que privilegia as "leis modelo" ou 28.ºs regimes, em vez de uma harmonização total demasiado detalhada e desnecessária.

Como se referiu, a adoção de instrumentos opcionais deste tipo contribuirá fortemente à realização e o melhor funcionamento do mercado interno e será uma forma exemplar de harmonização voluntária, de harmonia com o princípio da subsidiariedade.

Além disso, estes instrumentos opcionais facilitam a liberdade de circulação dos consumidores e promovem a mobilidade transfronteiras e a concorrência entre empresas.

3.4 O direito europeu dos contratos

A rede "Princípios Comuns de Direito Europeu dos Contratos" (rede Co-PECL) deu recentemente por terminado o seu Projeto de Quadro Comum de Referência[44] e apresentou-o à Comissão Europeia. Essas regras dão manifestamente ao legislador europeu um modelo que poderia ser utilizado para a adoção de um instrumento opcional, como advogado pela comissária Viviane Reding[45]. O que falta ainda é uma regra relativa à aplicação opcional do quadro comum de referência ou dos princípios comuns semelhante à proposta que já existe no artigo 1.º, n.º 102 dos PDEC (Princípios de Direito Europeu dos Contratos)[46].

Foi esta lacuna que a Comissão pretendeu colmatar com o seu recentíssimo *Livro Verde* sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas[47], que lançou uma alargada consulta pública sobre o destino a dar e a forma de aproveitar todo o imenso e relevantíssimo labor de um enorme escol de académicos eminentes que elaboraram o QCR.

Na opinião expressa no Parecer do CESE de que o signatário foi relator, a necessidade de um instrumento opcional revela-se menos urgente na área do direito geral dos contratos. O Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR), que abrange o direito dos contratos em geral, não foi, na verdade, concebido como

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

um instrumento opcional.

É certo que os seus autores salientam, na introdução, que ele pode servir de base para um ou mais instrumentos opcionais[48]. Esta proposta também poderia ser posta em prática de forma restrita através da introdução das disposições gerais do PQCR num instrumento opcional aplicável somente a domínios específicos do direito dos contratos. Isso ajudaria a colmatar lacunas na regulamentação que surgiriam inevitavelmente se só fossem aplicadas disposições específicas a tipos especiais de contrato.

A Comissão, de seu lado, pôs à consideração pública nada menos do que sete opções estratégicas, a saber:

- a mera publicação na internet de normas contratuais tipo (não vinculativas) que poderão ser aplicadas no mercado interno europeu;

- a definição de uma "caixa de ferramentas" (vinculativa ou não) à qual podem recorrer os legisladores da UE na adoção de novos atos legislativos e garanta a coerência e a qualidade da legislação;

- uma recomendação sobre o direito dos contratos que incentive os Estados-membros a incorporá-lo na legislação nacional, com base, em parte, no método aplicado nos EUA, país em que 49 dos 50 estados federados adotaram voluntariamente um Código Comercial Uniforme;

- um direito europeu dos contratos opcional concebido como um "28.º regime" que os consumidores e as empresas poderão escolher livremente no âmbito das relações contratuais. Este regime seria uma alternativa às normas nacionais existentes e estaria acessível em todas as línguas. Seria aplicável apenas aos contratos transfronteiriços ou tanto a estes como aos contratos nacionais e deveria garantir um nível elevado de defesa dos consumidores e garantir a certeza jurídica durante toda a vigência do contrato;

SEMPRE QUE OS PARCEIROS SOCIAIS PARTICIPARAM NA NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS CONVERTIDOS POSTERIORMENTE EM LEGISLAÇÃO EUROPEIA, A APLICAÇÃO DESTA É MAIS EFICAZ

- a adoção de uma diretiva da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio,

- a adoção de um regulamento da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio;

- a criação de um verdadeiro Código Civil europeu para substituir todas as normas nacionais sobre contratos.

Conquanto algumas das opções citadas sejam puramente teóricas, tudo leva a crer que a opção preferencial da Comissão será a da adoção de um regulamento

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

comunitário sobre os princípios gerais do direito europeu dos contratos, em especial para os contratos com os consumidores.

Não foi esta a opção do CESE, que, no seu Parecer[49], de entre as opções propostas pela Comissão, favoreceu antes uma opção mista sob a forma de:

- uma "caixa de ferramentas" que serviria de Quadro Comum de Referência disponível para as partes com vista à elaboração de contratos transfronteiriços, acompanhada de

- um regime regulamentar opcional prevendo bases mais favoráveis para as partes mediante um novo regime opcional avançado ao qual recorrer, no âmbito das relações contratuais transfronteiriças, em alternativa às disposições nacionais, desde que, quer a "caixa de ferramentas" quer o regulamento, garantam certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados. Este regime regulamentar não devará obstar, contudo, a que nenhum Estado-membro mantenha ou introduza medidas de defesa do consumidor mais severas.

O CESE entendeu ainda que estes objetivos devem ser alcançados gradualmente, começando por contratos transfronteiriços de compra e venda de mercadorias (B2B–*business to business*), concebidos como operações-piloto, para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação na prática.

3.5 Domínios de aplicação futuros

A necessidade de um instrumento opcional é mais forte em áreas do direito dos contratos em que prevalecem normas obrigatórias do direito nacional, as quais constituem uma barreira jurídica ao funcionamento do mercado único[50]. Este aspecto já foi assinalado pela Comissão a propósito dos serviços financeiros, incluindo os seguros[51]. Por isso, os serviços financeiros (legislação bancária e de seguros) poderão ser um dos domínios de aplicação futura do instrumento opcional, sem prejuízo da observância da legislação relativa à proteção dos consumidores em quaisquer circunstâncias.

Um "28.º regime" também poderia ser contemplado para as vendas de bens de consumo (em especial as vendas através da internet). Contudo, para esse tipo de vendas haverá que prestar especial atenção à compatibilidade do instrumento opcional com as disposições da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores[52], a qual, no entanto, mercê da posição defendida pelo CESE[53], sofreu recentemente importantes modificações no seguimento do processo de codecisão entre o Conselho e o Parlamento Europeu, cujo resultado final ainda não é totalmente conhecido[54].

Também poderiam ser adotados instrumentos opcionais para domínios do direito privado que não o direito dos contratos: os direitos de garantias relativos

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

a bens móveis e bens incorpóreos são obviamente susceptíveis de ser abrangidos pelo 28.º regime. A proposta da Comissão relativa a um certificado sucessório europeu[55] demonstra a possibilidade de aplicar instrumentos opcionais ao direito sucessório. Os regimes de bens no casamento poderiam ser um outro domínio de aplicação. Identicamente o regime voluntário das pensões dos cidadãos europeus[56].

4. Conclusões

4.1. Um regime opcional ou 28º regime a utilizar como forma de harmonização do direito comunitário deve:

a) ser concebido como um "2.º regime" em cada Estado-membro, proporcionando a ambas as partes uma escolha entre dois regimes de direito nacional dos contratos;

b) ser definido ao nível da UE e introduzido por regulamento da UE;

c) facilitar a interação entre as partes no processo de elaboração;

d) incluir disposições vinculativas que assegurem um elevado nível de proteção da parte mais fraca pelo menos semelhante ao que é proporcionado pelas regras obrigatórias da UE ou dos Estados-membros e aplicáveis sempre que necessário;

e) limitar a escolha das partes à opção por um só regime na íntegra, evitando assim a possibilidade da seleção apenas dos elementos mais favoráveis de cada regime.

4.2. Um tal regime apresenta numerosas vantagens, nomeadamente:

a) Permite às partes contratantes realizar transações comerciais em toda a União Europeia com base num único regime de direito dos contratos, eliminando assim automaticamente os entraves que os riscos e os custos jurídicos decorrentes das diferenças entre regimes jurídicos representam para o mercado único;

b) Deixa a decisão quanto à sua aplicação ao mercado, pelo que só será utilizado quando as partes o considerem vantajoso;

c) A cultura jurídica de cada Estado-membro não é afetada, o que tornaria o regime opcional mais aceitável para os responsáveis políticos;

d) Se for adequadamente concebido e aplicado através de regulamentos da UE, permite que as partes o usem mesmo para contratos puramente internos a um só país;

e) Os tribunais não podem tratar o instrumento opcional como uma lei "estrangeira" escolhida. Por conseguinte, aplicam-se princípios como o *iura novit curia* e o acesso aos supremos tribunais nacionais é ilimitado, o que frequentemente não é o caso quando se aplicam princípios gerais ou uma lei estrangeira.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Do mesmo modo, as instituições que preveem a resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de reparação extrajudiciais não podem recusar-se a dirimir uma questão invocando o argumento de ele se reger por uma lei estrangeira.

4.3. Algumas dificuldades existem na aplicação deste tipo de regimes opcionais:

a) A inter-relação entre o instrumento opcional e o direito privado internacional europeu, nomeadamente no que respeita às regras que asseguram a ordem pública a nível nacional (ordem pública – Artigo 21.º do Regulamento n.º 593/2008 [Roma I]);

b) Até um instrumento opcional setorial requer um conjunto de princípios gerais do direito privado;

c) Um instrumento opcional que abranja exclusivamente as questões de direito privado não pode aplicar-se a problemas do direito fiscal;

d) Os consumidores devem ser devidamente informados da natureza, das vantagens e inconvenientes de um instrumento opcional.

4.4. Por todas estas razões, o debate sobre este tipo de regime deve continuar a ser aprofundado a vários níveis – mundo académico, partes interessadas (profissionais, consumidores, etc.), centros de investigação e instituições da UE, sobretudo no âmbito da iniciativa "Legislar melhor" – a fim de definir as condições necessárias para que o novo instrumento seja viável e útil.

4.5. Enfim, a sua avaliação *ex ante* deve analisar cuidadosamente o impacto potencial da legislação opcional nas atuais regras obrigatórias em vigor nos Estados-membros. Também deve examinar o risco de essa legislação ser aproveitada para contornar as regras nacionais obrigatórias em detrimento da parte mais fraca.

Bruxelas, 28 de fevereiro de 2011

a) Jorge Pegado Liz

NOTAS

[1] Advogado, membro do Conselho Económico e Social Europeu (CESE) e Presidente da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais (CCMI), Bruxelas

[2] JO C 157 de 28.6.2005, p.1.

[3] Parecer CESE 72/2011 sobre o Livro Verde dos sistemas de reformas adequados viáveis e seguros na Europa (SOC/386), adotado em 20 de janeiro de 2011

[4] Cf. Henri de CASTRIES, *« Le 28ème régime : un outil au service de l'intégration du marché des services financiers de détail »*, in Revue d'Économie financière, 11.04.08

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

[5] JO C 157 de 28.6.2005, p.1, relator: Jorge Pegado Liz; JO C 318 de 23.12.2006, p. 200, relator: Frank Von Fürstenwerth; JO C 65 de 17.3.2006, p. 134, relator: Guido Ravoet; JO C 309 de 16.12.2006, p. 26, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 65 de 17.3.2006, p.13, relator: Umberto Burani; JO C 27 de 3.2.2009, p.18, relator: Angelo Grasso; JO C 151 de 17.6.2008, p.1, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 175 de 28.7.2009, p. 26, relator: Jorge Pegado Liz.

[6] CESE 1869/2009 (INT/499) adotado em 28 de Abril de 2010

[7] Sobre a interpretação do Instrumento Opcional como um "2.º regime", ver Heiss, Introdução, em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law* [Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Seguros] (2009), I 45.

8 Ver Heiss, Introdução, em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law* (2009) I 47. Por exemplo, o provedor de justiça de seguros da Alemanha pode recusar-se a aceitar uma queixa de acordo com o seu Código de Procedimento se a decisão tiver de ser proferida com base em lei estrangeira Contudo, um instrumento opcional europeu seria um "2.º regime" do direito dos contratos em cada Estado-membro e não poderia, por isso, ser considerado direito "estrangeiro" pelo provedor de justiça alemão.

[9] Ibid.

[10] Ver, por exemplo, Basedow, "Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz: Opt-in, opt-out, wozu überhaupt?» [Um direito europeu dos contratos opcional: *Opt-in* ou *opt-out*, e para quê], ZEuP 2004, 1.

[11] A Assembleia Nacional de França adoptou recentemente um relatório de informação sobre os direitos dos consumidores (a relatora foi Marietta Karamanli) que recomendou que fosse posto à prova um "28.º regime" jurídico europeu no quadro do Regulamento Roma I.

[12] Um pouco como o personagem do "Bourgeois Gentil'homme" de Molière quee fazia prosa sem o saber...

[13] De acordo com o professor M. Hesselink, da Universidade de Amesterdão, no que respeita à justiça social um 28.º regime poderia ser a opção carregando num botão azul; se o projeto de quadro comum de referência (PQCR) se tornasse num instrumento opcional nas transacções empresas-consumidores, isso não causaria *dumping* social; a possibilidade de optar pelo regime jurídico previsto no PQCR, caso seja autorizada pelo legislador europeu, traria vantagens para todos nas transacções empresasconsumidores.

[14] Ver Heiss/Downes, "Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law: Reflections from a Private International Law Perspective" [Elementos não opcionais de um direito europeu dos contratos opcional: Reflexões da perspectiva do direito privado internacional], ERPL 13 (2005), 693 (699).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

[15] Hesselink/Rutgers/de Booys, "The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law" [Base juridical para um instrumento opcional do direito europeu dos contratos], documento de trabalho n.º 2007/04 do Centro para o Estudo do Direito Europeu dos Contratos.

[16] Tomando como modelo os Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS), e sem prejuízo de discussões posteriores.

[17] Ou através de regras gerais aplicáveis a todos os tipos de contrato previstos em *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edição preliminar de 2009, se e quando essas regras forem reconhecidas ou introduzidas por um instrumento legislativo da UE.

[18] O texto está disponível em www.uncitral.org.

[19] Ibid.

[20] Ibid.

[21] Ver artigo 6.º da CISG, artigo 3.º da Convenção sobre Factoring Internacional e artigo 5.º da Convenção sobre Locação Financeira Internacional.

[22] Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, sobre o estatuto da sociedade europeia, JO L 294 de 10.11.2001, p. 1.

[23] Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE), JO L 199 de 31.7.1985, p. 1.

[24] Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 2 de Julho de 2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), JO L 207 de 18.8.2003, p. 1.

[25] Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de Fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária, JO L 78 de 24.3.2009, p. 1.

[26] O regulamento foi adotado em 4 de Dezembro de 2009 mas ainda não está publicado no Jornal Oficial.

[27] Ver 10.º considerando do Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento, JO L 399 de 30.12.2006, p. 1, versão modificada.

[28] Ver 8.º considerando do Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, que estabelece um processo europeu para acções de pequeno montante, JO L 199 de 31.7.2007, p. 1.

[29] Ver Capítulo VI da Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, COM(2009) 154 final.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

[30] Como foi correctamente referido no parecer do CESE sobre legislar melhor (CESE 1068/2005 de 28.9.2005, ponto 1.1.2, relator: Daniel Retureau, "Legislar melhor é, antes de tudo, colocar-se ao nível do utente da norma jurídica. Daí a importância de um método participativo, que organize a consulta prévia e tenha em conta a representatividade das organizações da sociedade civil e dos parceiros sociais …".

[31] Principais documentos da Comissão nesse domínio:

Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável, COM (2001) 264 final

Comunicação sobre a Avaliação de Impacto, COM (2002) 276 final

Plano de acção – Simplificar e melhorar o ambiente regulador, COM (2002) 278 final

Obtenção e utilização de competências especializadas, COM (2002) 713 final

Actualizar e simplificar o acervo comunitário, COM (2003) 71 final

Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2005) 535 final

Análise estratégica do programa Legislar melhor na União Europeia, COM (2006) 689 final

Primeiro relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2006) 690 final

Segundo relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM (2008) 33 final

Guia prático conjunto para a redacção de legislação comunitária (para as pessoas que participam na redacção de legislação nas instituições da UE).

[32] Principais documentos do PE:

Relatório sobre Legislar Melhor 2004 – aplicação do princípio da subsidiariedade (12º relatório anual), A6-0082/2006

Relatório sobre o vigésimo primeiro e o vigésimo segundo relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do direito comunitário (2003 e 2004) apresentados pela Comissão, A6-0089/2006

Relatório sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização de instrumentos jurídicos não vinculativos ("soft law"), A6-0259/2007

Relatório sobre o programa Legislar Melhor na União Europeia, A6-0273/2007

Relatório sobre a minimização dos custos administrativos impostos pela legislação, A6-0275/2007

Relatório sobre Legislar Melhor 2005 – aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade – 13º relatório anual, A6-0280/2007

Relatório sobre a revisão do mercado único: superar barreiras e ineficiências

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

através de uma melhor implementação e aplicação, A6-0295/2007

Relatório sobre o Vigésimo Terceiro Relatório Anual da Comissão sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário (2005), A6-0462/2007

[33] Principais documentos do CESE:

Parecer de iniciativa sobre a *Simplificação das regras no Mercado Único*, CESE 1174/2000, JO C 14 de 16.1.2001

Parecer de iniciativa sobre *Simplificação* CESE 1496/2001, JO C 48, de 21.2.2002

Parecer exploratório sobre *Simplificar e melhorar o ambiente regulamentar* COM(2001) 726 final, CESE 364/2002, JO C 125, de 27.5.2002

Parecer de iniciativa sobre *A simplificação, com referência particular à Governação Europeia: Legislar melhor,* CESE 398/2003, JO C 133, de 06.06.2003

Parecer sobre *A actualização e simplificação do acervo comunitário,* COM (2003) 71 final, CESE 500/2004, JO C 112, de 30.04.2004

Brochura intitulada *Qual a situação do mercado único alargado*? *25 Conclusões do Observatório do Mercado Único* CESE C-2004-07-EN

Relatório de Informação sobre *A situação da co-regulação e da auto-regulação no Mercado Único,* CESE 1182/2004 fin

Brochura intitulada *Melhoria do quadro regulamentar da União Europeia – a montante e a jusante do processo legislativo* CESE 2005-16-EN

Parecer exploratório solicitado pela Presidência britânica sobre *Legislar melhor*, CESE 1068/2005, JO C 24, de 31.1.2006

Parecer de iniciativa sobre *Como melhorar a aplicação e observância da legislação da UE,* CESE 1069/2005, JO C 24, de 31.01.2006

Parecer sobre *Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador*, COM (2005) 535 final, CESE 952/2006, JO C 309, de 16.12.2006

Parecer exploratório a pedido da Comissão Europeia sobre a *Simplificação do quadro regulamentar do sector das máquinas*, CESE 1238/2007, JO C 10, de 15.1.2008

[34] Relatório do grupo de peritos independente sobre legislação e simplificação administrativa (COM (95) 0288 – C4-0255/95 – SEC (95) 1379). Há que fazer ainda uma referência especial ao Relatório Mandelkern (Novembro de 2001) e às suas recomendações, sintetizadas no Parecer CESE 364/2002, de 21/03/2002, relator K. Walker.

[35] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF

[36] Já no Parecer CESE 1174/2000 de 19.10.2000, relator Bruno Vever, o CESE reconhecera que "Não se trata de defender uma desregulamentação brutal

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

e simplista que prejudicaria a qualidade dos produtos, dos serviços e dos interesses colectivos de todos os utentes sejam eles empresários, assalariados ou consumidores. A economia e a sociedade têm necessidade de regras para funcionarem bem" (ponto 2.8). No seu parecer sobre Legislar Melhor (CESE 1068/2005 de 28/09/2005) o CESE afirmara que "simplificar é reduzir tanto quanto possível a complexidade do direito, mas tal não significa que haja que reduzir forçosamente de maneira drástica a obra legislativa comunitária ou desregulamentar, sob pena de se ir contra a expectativa de segurança que emana da sociedade civil e a necessidade de segurança jurídica e de estabilidade expressa pelas empresas, nomeadamente as PME"; e no seu parecer sobre a Revisão do Mercado Único (CESE 89/2007 de 17/01/2007, relator Bryan Cassidy) o CESE recordou que "a elaboração de menos regulamentação não se traduz necessariamente num melhor quadro regulamentar" (ponto 1.1.17).

[37] "*Quanto menos (normas) melhor*", http://bre.berr.gov.uk/regulation/news/2005/050720_bill.asp

[38] Parecer de Iniciativa do CESE 1905/2008, (INT/415), sobre *"A abordagem proativa do direito: Um passo para legislar melhor a nível da UE"*, aprovado em 3 de Dezembro de 2008. A primeira obra em que se fala de *"contratação proativa"* foi publicada em finlandês, em 2002: Soile Pohjonen (Ed.): Ennakoiva sopiminen. Helsínquia 2002.

[39] Ver http://www.proactivelaw.org.

[40] Para mais informação ver Helena Haapio, *An Ounce of Prevention – Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success*, publicado no Jornal Jurídico Finlandês JFT, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, volume 1/2007, bem como em Helena Haapio (Ed.): *A Proactive Approach to Contracting and Law,* Turku 2008. e em Peter Wahlgren & Cecilia Magnusson Sjöberg (Eds): *A Proactive Approach*, Volume 49 dos Scandinavian Studies in Law, Stockholm 2006; ver http://www.cenneth.com/sisl/tom.php?choice=volumes&page=49.html.

[41] As definições no dicionário do termo *proactivo* salientam dois aspectos principais: um elemento de *antecipação*, que implica agir em antecipação de uma situação futura, como "agir antecipando problemas futuros, necessidades ou alterações" (Merriam-Webster Online Dictionary), e um elemento de *tomada* de controlo e de *provocar* alterações, por exemplo, "controlar uma situação fazendo com que algo aconteça em vez de aguardar e reagir apenas após o acontecimento se ter produzido" (proactive.Dictionary.com. WordNet® 3.0. Universidade de Princeton). – A investigação recente sobre comportamento proactivo assenta em definições análogas. Parker et al. (2006) define comportamento proactivo como uma acção de antecipação pessoal do agente com o objetivo de alterar e melhorar

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

a sua situação. Ver o programa de investigação sobre proactividade em organizações em http://proactivity.group.shef.ac.uk/.

[42] Louis M. Brown foi o primeiro a introduzir esta abordagem com este nome numa obra intitulada *Manual of Preventive Law*, Prentice-Hall, Inc., New York 1950.

[43] Ver Civil.justice.2000 – A Vision of the Civil Justice System in the Information Age 2000. http://www.dca.gov.uk consult/meta/cj2000fr.htm#section1.

[44] Ver von Bar/Clive/Schulte-Nölke *et al*. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Princípios, definições e modelo de regras do direito europeu dos contratos – Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR)], Outline Edition (2009); o Projeto de Quadro Comum de Referência pode ser consultado em Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss (eds.), Principles of European Insurance Contract Law [Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Seguros] (2009).

[45] Audição de Viviane Reding, comissária designada responsável pela Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, no Parlamento Europeu, 7.1.2010. Cf. sobre os aspectos jurídicos de direito internacional privado desta solução, o profundo artigo de Helmut HEISS e Noemi DOWNES *"Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective",* in European Review of Private Law 5-2005, pags 693 e sgs.

[46] O artigo 1.º, n.º 102 dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS) reza assim: *"Aplicam-se os PDECS quando as partes, não obstante quaisquer limitações de escolha da legislação ao abrigo do direito internacional privado, concordarem em que o seu contrato se reja por eles"* [NT: tradução não oficial]. (Basedow, "The Optional Application of the Principles of European Insurance Contract Law" [Aplicação Opcional dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro], em Fuchs (ed.), *European Contract Law*, ERA Forum, Edição Especial 2008, vol. 9, p. 111)

[47] COM (2010) 348 final de 01.07.2010

[48] Ver von Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke *in* von Bar/Clive/Schulte-Nölke *et al*. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Princípios, definições e modelo de regras do direito europeu dos contratos – Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR)], edição preliminar de 2009, Introdução, p. 79.

[49] CESE 60/2011 (INT/524), aprovado a 19 de janeiro de 2010, relator A. Pezzini

50 Ver Heiss/Downes, *Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law*, ERPL [Elementos não opcionais de um direito europeu dos contratos opcional] (2005) pp. 693, 697 e seguintes.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

[51] Ver, por exemplo, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior coerência no direito europeu dos contratos – Plano de acção, de 12 de Fevereiro de 2003, COM (2003) 68 final, n.os 47 e 48.

[52] COM (2008) 614 final

[53] Parecer CESE 1190/2009 (INT/464) de 16 de julho de 2009, relator H. Bataller.

[54] Será um tema de relevante interesse para o direito comunitário do consumo, a tratar em próximo artigo.

[55] Ver COM (2009) 154 final, referido já no ponto 3.6.3 supra.

[56] Ver Parecer CESE 72/2011 (SOC/386) de 20 der Janeiro de 2011

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br