

ENTREVISTA COM REINHARD ZIMMERMANN E JAN PETER SCHMIDT

INTERVIEW WITH REINHARD ZIMMERMANN AND JAN PETER SCHMIDT

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
otavioluiz.sp@gmail.com

SERGIO RODAS

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
sergio@consultorjuridico.com.br

Tradução do inglês por MARK WALKER

Mestrando em Direito Civil na Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.
markwalk777@gmail.com

Revisão da tradução e notas explicativas por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR e RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.
rpeteffi@terra.com.br

REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO (RDCC) – Quais são as principais semelhanças e assimetrias entre o Direito alemão e o Direito brasileiro?¹

Jan Peter Schmidt – Se considerarmos apenas a lei escrita, encontraremos muitas semelhanças, especialmente na área de Direito Privado. Nossa tradição jurídica é basicamente a mesma. Ela é derivada do *ius commune* romano-canônico. Essa tradição foi trazida da Europa ao Brasil e ao resto da América Latina. Assim, se um advogado alemão viesse hoje ao Brasil e lesse, por exemplo, o Código Civil brasileiro, encontraria muitas semelhanças com seu próprio Código Civil, o BGB. A estrutura da lei, os conceitos adotados, o modo de pensar o Direito; há muito em

-
1. Tradução do original em inglês, publicado com a seguinte referência: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. ano 2. vol. 4. p. 379-413. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015. As notas explicativas, que aparecem no rodapé ou no texto entre colchetes, não constam da publicação original. A entrevista foi concedida em São Paulo, em 05.12.2014.

comum entre o Brasil e a Alemanha. Logo, pode-se dizer que fazemos parte da mesma família jurídica.

A situação é semelhante no que diz respeito ao Direito Constitucional brasileiro, fortemente influenciado pelo Direito alemão. A corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, vem inclusive citando decisões da Corte Constitucional alemã. Em especial, a obra do professor Robert Alexy [(1945-), catedrático aposentado desde 2013], da Universidade de Kiel, é incrivelmente popular no Brasil. Os estudantes brasileiros parecem conhecê-lo melhor que os alemães. Se isso é algo bom ou ruim, não saberia dizer.

Ao mesmo tempo, há muitas diferenças entre o Direito alemão e o Direito brasileiro, especialmente no que diz respeito à práxis jurídica. Um fator chave que influencia bastante no cotidiano é a tramitação dos processos no Poder Judiciário. No Brasil, muitas vezes transcorrem anos até o trânsito em julgado de uma decisão judicial. O judiciário brasileiro está bastante sobrecarregado. Em contraste, o judiciário alemão é relativamente célere – mesmo quando comparado com o de outros países, não apenas o Brasil. Além disso, apresenta uma boa relação custo-benefício. Como resultado, a efetividade dos direitos mediante o auxílio do Estado é muito mais robusta na Alemanha do que no Brasil.

No Brasil, por sua vez, o denominado “acesso à justiça” é geralmente mais limitado. Isso também decorre de outros fatores como, por exemplo, a falta de recursos financeiros para obter assessoramento profissional, a falta de conhecimento dos próprios direitos, ou a inexistência de infraestrutura jurídica necessária em áreas rurais. Estou ciente dos constantes esforços realizados para aprimorar a situação, mas parece que ainda há um longo caminho a ser percorrido. Por óbvio, a situação nas grandes cidades é muito melhor.

A sociedade alemã é muito mais homogênea do que a brasileira, e as desigualdades sociais bem menos marcadas. Isso faz com que seja mais simples estabelecer um sistema judiciário que funcione corretamente. Tal circunstância, porém, não significa dizer que tudo seja perfeito em nosso país. Lá também se ouvem reclamações sobre a demora e a imprevisibilidade dos procedimentos judiciais.

RDCC – O senhor mencionou o modelo constitucional brasileiro, que encontra inspiração parcial na Constituição de Weimar.

Alguns historiadores argumentam que a Constituição de Weimar era demasiado permissiva e que isso facilitou a ascensão de Hitler e do Nazismo. Qual a sua opinião sobre isso? O senhor acha que nosso modelo constitucional se inspira em fontes hoje ultrapassadas?

Jan Peter Schmidt – É muito difícil para mim responder essa pergunta, pois eu não conheço a Constituição brasileira o suficiente. Mas acho que há importantes diferenças entre ela e a Constituição de Weimar. Por exemplo, sob a Constituição

de Weimar, os direitos fundamentais não podiam ter aplicabilidade efetiva, pois eram meramente programáticos. A Constituição brasileira, por sua vez, contém uma longa lista de direitos fundamentais, os quais pelo menos possuem aplicabilidade independentemente de concretização. Argumentam alguns que eles se aplicam diretamente às relações entre os indivíduos. Logo, a natureza vinculante dos direitos fundamentais é uma grande diferença entre as Constituições de Weimar e a brasileira de 1988.

A Constituição de Weimar, de fato, foi criticada por ser demasiado permissiva. Ela não protegia a si própria contra seus inimigos, e permitiu que chegassem ao poder partidos radicais, que abertamente declaravam seu objetivo de abolir a Constituição. Isso mudou com a Constituição alemã de 1949, a *Grundgesetz* [literalmente, *Lei Fundamental*]. Como medida de autoproteção, ela permite apenas a existência de partidos políticos que respeitem os valores fundamentais e os princípios constitucionais. Novamente, não sei como a Constituição brasileira de 1988 lida com esse problema. Acredito que ela preveja certas regras que não podem ser mudadas. Algumas... qual é a palavra?

RDCC – Cláusulas pétreas.

Jan Peter Schmidt – Exato, *cláusulas pétreas*. Então, com base nisso tudo, não sei até que ponto esse paralelo entre as duas Constituições estaria realmente correto. Provavelmente seria melhor distingui-las em maior detalhe.

RDCC – Professor Zimmermann, o senhor deve ter notado, como pesquisador do Direito da União Europeia, que as normas comunitárias estão em franca expansão e isso não vem desacompanhado de problemas. Qual é o âmbito reservado à competência legislativa dos países membros?

Reinhard Zimmermann – Minha área de interesse é o desenvolvimento do Direito Privado europeu. E um importante elemento que serve como pano de fundo é o Direito Privado europeu que existiu entre nós por muitos séculos. Trata-se do *ius commune*, recebido da tradição romano-canônica que prevaleceu por toda a Europa.

Havia uma cultura acadêmica e jurídica comum. Isso começou a se desintegrar à época do Iluminismo, quando os Estados nacionais da Europa continental passaram a codificar seu direito – assim como vocês têm o *Código Civil*, os franceses têm seu *Code Civil* de 1804; a Itália teve seu *Codice Civile* em 1865, a Alemanha seu *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, e assim por diante. Em 1958, as Comunidades Europeias foram fundadas.² Como resultado, aos poucos um mercado comum foi

2. O entrevistado refere-se ao Tratado de Roma de 1957, em vigor desde 1958, que instituiu duas comunidades: a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia

desenvolvido, e agora temos até uma moeda comum. Logo, a pergunta estava fadada a surgir: “Não precisamos, mais uma vez, de um Direito Privado comum, particularmente no campo do direito contratual?”. O Direito contratual, afinal, sempre foi algo internacional em substância e caráter.

A União Europeia – como a chamamos agora, pois inicialmente havia três Comunidades Europeias [as já referidas CEE, CECA e Euroatom] – não tem uma competência legislativa ampla, motivo pelo qual somente pode legislar quando for especificamente autorizada a fazê-lo, geralmente em benefício do mercado interno. Assim, no campo do Direito contratual, temos cerca de quinze a vinte diretivas, a maioria das quais trata do Direito contratual do consumidor. Mas elas [as diretivas] constituem uma colcha de retalhos; elas não se articulam bem umas com as outras, nem com as regras gerais do Direito contratual. Daí que tenha surgido a ideia de criar um Código de Direito Contratual para a Europa.

Há esforços para se atingir esse objetivo. Neste momento, tramita um projeto no Parlamento Europeu com essa finalidade. Será um instrumento opcional. Ou seja, não como um tratado e sim como um código, como o *Código Civil*, mas não automaticamente aplicável a todos os negócios jurídicos internacionais. As partes deverão aderir a ele voluntariamente (*opt-in*). Se houver um vendedor inglês e um comprador alemão, e ambos concluírem um contrato, poderão dizer que querem que o contrato fique sujeito às regras desse Direito Contratual europeu. É isso que se denomina *código de adesão voluntária (opt-in)*. Ele já foi aprovado em primeiro turno pelo Parlamento Europeu, mas este foi dissolvido e reeleito, e há também uma nova Comissão Europeia. Logo, não se sabe ainda qual será o destino desse projeto. Talvez seja o primeiro passo na elaboração de um Código Civil europeu. Por enquanto, ele apenas trata da parte geral do direito contratual, do contrato de compra e venda, e demais contratos correlatos, e segue o modelo de adesão voluntária (*opt-in*). Assim, poderemos avaliar o sucesso desse código em função do número de contratantes que o considerem suficientemente conveniente como para aderir voluntariamente a ele (*opt-in*) nos negócios jurídicos internacionais que celebrarem.

RDCC – O senhor acredita que a Europa adotará algum dia códigos normativos aplicáveis a todos os países europeus? A legislação nacional ficará circunscrita à regulamentação de questões locais?

Reinhard Zimmermann – Houve uma época em que, eu acredito, muitas pessoas pensavam que gradualmente teríamos códigos gerais para a Europa e que ela

da Energia Atômica (Euroatom). Antes da CEE e da Euroatom, em 1952 foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Ceca), que resultou da união da Alemanha Ocidental, França e Itália aos países do Benelux – União Econômica Benelux, formada por Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

estaria em vias de se converter em uma federação, talvez nos moldes dos Estados Unidos, ou algum outro Estado federativo. Na atualidade, contudo, prevalece o ceticismo no que diz respeito a uma europeização mais profunda. Alguns anos atrás tentou-se criar um projeto para uma Constituição Europeia. Mas não deu certo. Em vez disso, temos um novo tratado europeu que, em certo sentido, é uma Constituição. Mas muitos Estados nacionais não querem um sistema federativo com uma Constituição para toda a Europa.

Vários países importantes relutam em ceder mais poderes e federalizar a Europa. A Grã-Bretanha talvez realize um referendo em 2017 e é possível que queira efetivamente sair [da União Europeia], pois o povo britânico, mesmo no presente estágio de desenvolvimento, tende a pensar que a Europa é excessivamente centralizada. Logo, acredito que as autoridades em Bruxelas deverão agir com muito cuidado se não quiserem perder ainda mais apoio. Há muitas críticas, e elas são amplificadas ainda mais por políticos que, em alguns países, tentam culpar a burocracia centralizada de Bruxelas por tudo o que dá errado. Acredito que a Europa, no momento, esteja menos bem-disposta do que alguns anos atrás. Portanto, ainda não está claro se conseguiremos um código de adesão voluntária (*opt-in*), nem muito menos um diploma legislativo que abranja todo o Direito Privado. Isso não é algo imaginável no momento.

Jan Peter Schmidt – Talvez eu ainda possa acrescentar algo. É comum dizer que a unificação internacional do direito dos contratos na Europa é uma necessidade de ordem prática, pois a fragmentação jurídica causada pela existência de diferentes regimes nacionais dá ensejo a crescentes custos de transação no comércio internacional. Trata-se do argumento econômico a favor da unificação jurídica. Contudo, esse argumento é bastante difícil de provar, muito embora seja utilizado constantemente.

Ninguém nega que a existência de regimes jurídicos nacionais diversos crie problemas para os empresários que praticam o comércio internacional. Contudo, o impacto desses custos está longe de ser algo incontestável, na medida em que os empresários sempre encontram uma forma de resolver o problema. É o que fazem, por exemplo, ao escolher a lei aplicável ao contrato ou ao inserir certas cláusulas contratuais. Assim, tem-se tornado mais difícil para a União Europeia justificar a necessidade de um instrumento que unifique o Direito Privado, ou parte dele, dentro da Europa. Como resultado, os projetos correspondentes foram alvos de críticas em duas frentes: no plano político, como explicado pelo Professor Zimmermann, mas também no plano prático ou econômico.

RDCC – O que deve ser feito para que a legislação europeia se torne vinculante em todos os países membros? A União Europeia tem sido desacreditada por muitos, em especial nos países que passam por crises econômicas, tais como

Espanha, Grécia, Portugal, ou mesmo a Ucrânia, cuja crise foi motivada pela potencial entrada do país na União Europeia. Nesse cenário, é possível tornar a legislação europeia vinculante? É ao menos desejável que seja assim?

Reinhard Zimmermann – Eu, pessoalmente, não acredito que o direito da União Europeia deva ser vinculante, v.g., uma harmonização imposta verticalmente por meio de regulação.

Muitas das diretivas hoje em vigor foram mal elaboradas e as políticas que implementam são questionáveis. Nesse contexto, elaborar um projeto de lei da envergadura de um código europeu dos contratos é algo criticável, pois não terá a mesma qualidade das codificações nacionais. Ademais, acredito que primeiro precisamos criar, mais uma vez, uma cultura europeia comum e uma cultura acadêmica comum. Precisamos intensificar, sob uma perspectiva transnacional, a discussão dos problemas jurídicos. Atualmente, os advogados alemães concentram-se no estudo do Direito alemão e fazem parte de um grupo de discussão fechado. Dá-se igualmente assim em França, na Inglaterra e na maioria dos demais países. Foi apenas nos últimos vinte anos que houve alguma mudança no sentido de uma mentalidade mais internacional impulsionada por uma nova geração de advogados comparatistas e historiadores do direito. Foram criados grupos de estudo para elaborar princípios comuns e escrever *casebooks*, manuais doutrinários etc. Mas isso ainda precisa ser incorporado à metodologia básica do ensino e pesquisa, pois ainda não temos uma cultura acadêmica comum em grande escala. Logo, é difícil vislumbrar um direito privado europeu de alto padrão qualitativo sem discussões amplas, pesquisas comparativas, cooperação internacional etc. A situação é similar àquela de 1814. Naquele ano, Napoleão já havia sido derrotado – na verdade, seria definitivamente derrotado em 1815, mas em 1814 já estava na ilha de Elba –, e na Alemanha tínhamos uma miríade de estados independentes. A França, por outro lado, era um estado centralizado e tinha promulgado com sucesso um código civil completo e inspirador. Muitos consideravam esse o modelo a ser seguido até mesmo pela Alemanha. Houve intensos debates sobre essa questão, e alguns chegaram a conceber o Código Civil alemão como símbolo e arauto da unificação política. Mas a opinião que prevaleceu foi a do mais famoso professor de Direito alemão dos últimos dois séculos: Friedrich Carl von Savigny [(1779-1861), *catedrático de Direito Romano da Universidade Frederico Guilherme, de Berlim, correspondente à atual Universidade Humboldt de Berlim, e ministro da Justiça do Reino da Prússia*]. Ele argumentou: “Devemos esperar até que tenhamos construído uma cultura acadêmica comum e desenvolvido conceitos e doutrinas comuns, pois somente então estarão lançadas as bases para um bem-sucedido código de direito civil”. Para Savigny, seria um erro promulgar primeiro um código para depois desenvolver uma cultura jurídica com base nele. De certa forma, o mesmo debate se reproduz hoje. Um código promulgado pelas autoridades em Bruxelas seria considerado um instrumento imposto verticalmente, o que sufocaria o desenvolvimento jurídico orgânico.

RDCC – O senhor acredita que seja possível promulgar uma espécie de “constituição global”?

Reinhard Zimmermann – Acho que agora é sua vez [*falando com Jan Peter Schmidt*].

Jan Peter Schmidt – Acho isso muito difícil. Nós já enfrentamos dificuldades ao tentar adotar uma Constituição europeia, embora o processo de integração já se encontre bem mais avançado do que, por exemplo, no Mercosul. Mesmo assim, não conseguimos isso. Logo, parece-me utópico falar de uma constituição global na atualidade. Não estou convencido de que seja um objetivo desejável. Acredito que haja outros problemas que precisamos resolver no momento.

Reinhard Zimmermann – De certa forma, é claro, já existem elementos de uma constituição global nos documentos internacionais sobre direitos humanos. A questão é saber se esses documentos são verdadeiramente globais. Eles veiculam valores essencialmente ocidentais. Na África, por exemplo, as sociedades vivem em um mundo diferente, com preocupações e valores diferentes. A igualdade de gênero, apenas para mencionar um exemplo, é algo que simplesmente não faz parte da tradição deles. Logo, há sempre o risco de que um regime jurídico global e uniforme se torne o equivalente a um imperialismo moderno.

RDCC – Professor Zimmermann, o senhor viveu na África do Sul durante o regime do Apartheid. Poder-nos-ia contar um pouco sobre sua vida como professor da Universidade da Cidade do Cabo nesse período?

Reinhard Zimmermann – Esses foram tempos difíceis na África do Sul. Havia, por exemplo, o *apartheid* universitário, que classificava as universidades em “brancas”, “negras”, “de cor” e “indígenas”. As universidades “brancas” eram subclassificadas entre aquelas em que se falava africâner, isto é, a língua dos descendentes de imigrantes holandeses, e aquelas em que se falava inglês. Eu era professor na melhor universidade de língua inglesa na África do Sul, a meu juízo: a Universidade da Cidade do Cabo (*University of Cape Town – UCT*). Tradicionalmente, era imbuída de um espírito liberal e se opunha ao regime do *apartheid*, bem como ao sistema policial que prevaleceu, especialmente, durante o estado de emergência instaurado em 1986, após a situação entrar em colapso e o Estado de Direito ser completamente abolido. Eu argumentava que, embora tivéssemos sido oficialmente classificados como uma universidade “branca”, uma lei especial permitia a um ministro específico do governo alocar cotas para estudantes não brancos em universidades “brancas”. Como essa cota nunca tinha sido estabelecida, na prática podíamos aceitar estudantes negros livremente. Durante minha permanência na Universidade da Cidade do Cabo, o número de estudantes negros cresceu consideravelmente. Mas era um processo difícil, pois o sistema de ensino para pessoas negras carecia de recursos. Por conta disso, muitos estudantes negros chegavam despreparados na nossa

universidade, motivo pelo qual houve necessidade de criar cursos específicos e fornecer capacitação especial para suprir as deficiências do sistema de ensino. O resultado era que muitos dos alunos negros que ingressavam na nossa universidade precisavam estudar dois anos adicionais para atender às exigências acadêmicas do curso. Contudo, isso era considerado discriminatório: “Por que os alunos negros precisam estudar mais tempo que os brancos?”.

RDCC – A universidade era paga pelos alunos?

Reinhard Zimmermann – A Universidade da Cidade do Cabo é uma universidade privada, embora boa parte dos seus recursos provenha do Estado. Logo, os alunos tinham (e ainda têm) de pagar pelo curso universitário. Mesmo assim, havia vários programas de bolsas disponíveis também para alunos negros. Desse modo, na medida em que ingressavam cada vez mais alunos negros, passamos a enfrentar o problema da moradia desses alunos. A universidade oferece moradia aos alunos e muitos deles viviam em residências estudantis dentro do *campus*. Em rigor, isso era uma violação da “Lei de Áreas de Agrupamento” (*Group Areas Act*).³ Entretanto, nós permitíamos que nossos alunos vivessem nessas residências estudantis e o governo não intervinha. Havia, por assim dizer, um frágil entendimento [*com o governo*]. Mesmo assim, a pergunta sempre pairava no ar: como podemos operar “normalmente” em uma sociedade injusta?

De modo geral, considero positiva a existência de bastiões como a UCT em situações como essas: lugares onde se oferece uma educação liberal que enfatiza a neutralidade política, o respeito pelos direitos humanos, o Estado de Direito etc. Mas tornou-se difícil sustentar essa posição durante o período do estado de emergência. Eu era, à época, decano interino [*equivalente no Brasil a um diretor interino*] de minha faculdade e também presidente da Associação de Professores de Direito da África do Sul. Assim, eu queria que a Associação protestasse contra o fato de o Estado de Direito ter sido abolido. Alguns colegas e eu redigimos uma declaração na qual explicamos que a constante violação dos valores que se ensinam na sala de aula necessariamente enfraquece a posição dos docentes de Direito. Como a declaração não obteve aprovação na Associação, pedi exoneração do cargo de presidente. Naquela época, era inevitável não pensar nos turbulentos anos do regime nazista na Alemanha, quando muitos advogados e associações de classe ficaram em silêncio diante da perversão sistemática do sistema jurídico.

3. Trata-se de um conjunto de leis aprovadas pelo Parlamento da África do Sul, a partir de 1957, que autorizava a criação de determinadas áreas geográficas para ocupação exclusiva por certos grupos raciais, distinguidos entre brancos, pardos e nativos. O mais importante desses instrumentos legais data de 1966 e consolidou a legislação sobre ocupação territorial e aquisição de bens imóveis. A lei foi revogada, em 30.06.1991, pelo *Abolition of Racially Based Land Measures Act*.

Naquela época, minha universidade estava à esquerda no espectro político da África do Sul. Mesmo assim, tivemos muitos debates naqueles anos. Era correto seguirmos em frente, ou deveríamos apoiar a ideia de “libertação antes da educação?”. Durante algumas semanas, o *campus* foi sitiado e invadido pela polícia para acabar com os protestos e prender estudantes. Chama a atenção que, mesmo em situações anômalas como essa, seja possível encontrar alguns oásis de normalidade. Obtivemos, por exemplo, autorização do governo para levar as provas aos nossos estudantes presos, para que pudessem prestar os exames anuais e não perdessem o ano letivo. Por outro lado, houve situações que geraram muita incerteza quanto à nossa capacidade para continuar funcionando, como a vez em que o governo baixou um regulamento que determinava o corte do financiamento da universidade caso não “disciplinásemos” nossos alunos.

RDCC – Disciplinar os alunos?

Reinhard Zimmermann – Um eufemismo para dizer que nós deveríamos impedir que os alunos se envolvessem em protestos contra o governo. Nosso *campus* fica à beira de uma rodovia importante, e muitos de nossos alunos constantemente faziam protestos lá com placas que diziam “Libertem Mandela” e coisas do tipo. Finalmente, a polícia fechou a rodovia, provocando o descontentamento dos habitantes de Cidade do Cabo que tiveram que enfrentar enormes congestionamentos (como em São Paulo...).

(Risos.)

Foi nesse momento que o governo disse: “Se os protestos continuarem, o financiamento será cortado”. Tivemos então que enfrentar uma escolha difícil. Acreditávamos nos direitos humanos e na liberdade de expressão, e não queríamos aplicar medidas disciplinares aos nossos alunos. Por outro lado, também queríamos continuar funcionando. Por fim, a Faculdade de Direito ajuizou uma ação na Suprema Corte para derrubar o regulamento do governo. Ganhamos, pois a Suprema Corte era composta por juízes liberais, muitos dos quais eram antigos alunos de nossa universidade. Normalmente, durante um estado de emergência aquele regulamento seria considerado válido, pois não havia um paradigma de controle que permitisse afirmar sua ilegalidade. Portanto, a Corte lançou mão de um valor fundamental e afirmou que tais regulamentações eram “tão injustas que infringiam princípios básicos de justiça natural”. Como resultado, o regulamento foi derrubado e pudemos continuar operando. Foi uma época emocionante. Coincidentemente, o regulamento em questão tinha sido elaborado pelo então Ministro da Educação, F.W. de Klerk.⁴ Não custa imaginar nossa reação quando ele se tornou presidente pouco

4. Frederik Willem de Klerk (1936-), líder político da África do Sul, foi presidente da República (1989-1994) e liderou a transição e a liquidação do regime do *Apartheid*, por meio da

tempo depois: um reacionário no gabinete! Suponho, contudo, que foi sua legitimidade nos círculos conservadores que possibilitou que ele iniciasse o (relativamente pacífico) processo de transição. Um político mais liberal provavelmente não teria conseguido fazê-lo. Mais tarde, De Klerk libertou Nelson Mandela, que, por sua vez, trouxe uma mensagem de reconciliação, algo que eu também não esperava. Sem dúvida, Mandela é uma das personalidades mais relevantes do século XX.

Alguns dos nossos alunos da década de 1980 hoje ocupam posições de liderança na África do Sul, e isso é motivo de muita satisfação para mim.

RDCC – Até quando o senhor permaneceu na África do Sul?

Reinhard Zimmermann – Até 1988. Nesse ano aceitei a proposta de uma universidade na Baviera, a Universidade de Ratisbona. Voltei à Alemanha, mas Ratisbona é bem diferente da parte da Alemanha na qual eu cresci. Até hoje mantenho fortes laços com a África do Sul. A Cidade do Cabo é para mim um segundo lar. Fico contente em ver meus velhos amigos e colegas sempre que visito o país. Sempre há um jovem pós-graduando sul-africano em meu Departamento. Todos ficam pelo período de um ano para aprender alemão e estudar Direito alemão e Direito Comparado. Cinco deles acabaram se tornando professores na África do Sul. Muitos de meus colegas da África do Sul vieram a Ratisbona, e depois a Hamburgo com bolsas da Fundação Humboldt. A cooperação é cada vez mais intensa.

RDCC – Em 2006, o senhor recebeu um doutorado *honoris causa* da Universidade da Cidade do Cabo por sua contribuição à restauração do Estado de Direito durante o *apartheid*. Qual o significado desse título para o senhor?

Reinhard Zimmermann – Um acadêmico geralmente recebe um título honorário pelo destaque do conjunto da sua obra. Sem dúvida, esse doutorado honorário é muito especial para mim, pois foi um reconhecimento não apenas a meu mérito acadêmico, mas também à minha modesta contribuição à sociedade: do meu modo de exercer a docência jurídica, da coordenação do meu Departamento durante seu ano mais difícil, e da tentativa de lembrar meus colegas da Associação de Professores de Direito de suas responsabilidades perante os estudantes e o público em geral. Tentei enfatizar que, como professores, precisamos fazer tudo o que estiver ao nosso alcance para preservar a integridade do Estado de Direito. Nós, professores, não podemos ser omissos diante de situações que provocam a perda de confiança no Direito, pois isso afeta profundamente a nossa credibilidade. Na UCT, podia contar

realização de eleições livres das quais saiu-se vencedor Nelson Mandela. Antes de ser presidente sul-africano, ele ocupou diversas pastas ministeriais. Na entrevista, faz-se referência ao cargo de Ministro da Educação Nacional, que ele exerceu de 1984 a 1989. De Klerk graduou-se em Direito no ano de 1958 na Universidade de Potchefstroom, na África do Sul.

com o apoio incondicional de meus colegas. Era uma sensação maravilhosa. Éramos mais que simples colegas; éramos amigos. Mesmo sabendo que nossas visões de mundo eram distintas, podíamos sempre contar uns com os outros. Em outros Departamentos não era assim. Em algumas ocasiões, tivemos inclusive de defender a liberdade de expressão e o Estado de Direito dos ataques da extrema esquerda dentro da própria universidade. Foi o que ocorreu quando eles tentaram impedir que palestrantes moderados, tanto sul-africanos quanto estrangeiros, falassem no *campus*. Sempre defendi que não podemos permitir que isso aconteça. Não podíamos descer ao mesmo nível de intolerância do governo. A radicalização da época tornava difícil sustentar essa linha de argumentação e um liberal como eu podia facilmente ser alvo de fogo cruzado.

RDCC – Retornando à Europa, qual a sua avaliação do Direito alemão em relação ao dos demais países europeus?

Reinhard Zimmermann – Vou tentar apresentar um panorama geral. Na Europa, costuma-se dizer há dois mundos jurídicos distintos. De um lado, temos a tradição jurídica romanística, isto é, a *civil law*. Do outro, temos o *common law* inglês. Sempre me interessou saber se essas duas culturas são, de fato, tão distantes uma da outra. Acredito que não seja o caso. Ao longo dos séculos, o Direito inglês foi muito influenciado pelo Direito Romano e a cultura civilista. Naturalmente, é comum mencionar que a Europa continental adota códigos de direito civil, enquanto a Inglaterra segue o *common law* (direito não codificado). Mas isso é apenas parcialmente verdade. Na Alemanha, em algumas áreas do direito também há um volume considerável de direito jurisprudencial, isto é, de *common law*. Em regra, o código enuncia regras abstratas que precisam ser confrontadas com a realidade concreta. Na Inglaterra, embora não haja uma codificação abrangente, certamente há uma cultura de direito legislado, ou escrito. Poderia falar durante horas sobre a relação entre o *common law* e o *civil law* e de suas interligações no passado e no presente.

Em resposta a sua pergunta, na União Europeia muitos Estados integraram o bloco comunista. Durante esses anos, tais países não desenvolveram uma cultura condizente com o Estado de Direito, nem se adequaram aos padrões jurídicos ocidentais. Adotavam uma ideologia marxista, segundo a qual o Direito eventualmente iria desaparecer. Mesmo assim, o Direito continuou a ser lecionado e muitos países (a Hungria, por exemplo) deram continuidade ao estudo do Direito Romano. Nos países comunistas, o estudo do Direito Romano sempre foi uma espécie de reduto para a preservação dos laços com a Europa Ocidental. Após a queda do regime comunista, um dos meus colegas na Universidade de Ratisbona, que era um especialista em sistemas jurídicos socialistas, comentou: “Minha disciplina foi eliminada”. Um capítulo inteiro do livro de Zweigert & Kötz, um dos principais tra-

tados de Direito Comparado, teve de ser retirado.⁵ Os sistemas jurídicos que até então tinham sido socialistas passaram a adotar a cultura jurídica da Europa Ocidental e a criar projetos e promulgar codificações de acordo com o padrão das codificações ocidentais europeias.

Contudo, de modo similar ao que Jan disse sobre o Brasil, uma codificação insculpida em um diploma legal é algo bem diverso de uma sociedade na qual todos os grupos sociais nutram o mesmo respeito pela lei, como ocorre, por exemplo, na Alemanha. Não sou um especialista no direito dos países da Europa Oriental, mas acredito que muitos ainda vão demorar para respeitar o Estado de Direito na cultura cotidiana e incorporar um sólido respeito pelos direitos humanos etc.

É tarefa da União Europeia dar apoio aos países da Europa Central e Oriental e ajudá-los a criar (ou recriar) essa cultura jurídica.

Jan Pete Schmidt – Talvez eu consiga acrescentar mais um detalhe. Nos países da Europa Oriental, nos quais houve essas reformas fundamentais, especialmente no Direito Privado, muitas vezes os juízes não tinham preparo suficiente para aplicar a lei satisfatoriamente. De modo frequente, o texto da lei era idêntico ao da Alemanha, pois fora diretamente “importado”, por assim dizer. A Alemanha já enviou a países, como a Geórgia, v.g., juristas especializados para ajudar os georgianos a redigir sua nova legislação, o que resultou em textos legais muito semelhantes aos da legislação alemã. Entretanto, o juiz georgiano, ao aplicar a norma ao caso concreto, pode divergir bastante da aplicação adotada pelo juiz alemão. De modo geral, os juízes nas antigas repúblicas socialistas aplicam o direito de maneira extremamente formalista e positivista. Isso ocorre porque eles pertencem a uma geração que estudou sob o antigo regime. Logo, a solução não é promulgar novas leis. É necessário treinar uma nova geração de juízes e operadores do direito para aplicar e articular a nova lei de forma sofisticada. Assim, por exemplo, poderão interpretar o sentido teleológico da lei, sem se prender à sua literalidade.

Reinhard Zimmermann – Teleológico no sentido de que os juízes devem se ater também ao objetivo da lei...

Jan Peter Schmidt – Exato. No que diz respeito à Europa Ocidental, poder-se-ia indagar: há algum sistema que seja verdadeiramente melhor do que outro? Eu acredito que não. Cada país da Europa Ocidental tem uma tradição de Direito Privado bem sedimentada com problemas que lhe são próprios. Em determinado país, tal-

5. O entrevistado alude ao livro *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), traduzido para vários idiomas como *Uma introdução ao direito comparado*. Seus autores são Konrad Zweigert (1911-1996), juiz do Tribunal Constitucional alemão e diretor do Instituto Max-Planck de Hamburgo, e Hein Kötz (1935-), que também dirigiu o Instituto Max-Planck de Hamburgo e foi catedrático da Universidade de Hamburgo.

vez o Direito Contratual esteja um pouco desatualizado e precise de uma reforma. Em outro, talvez o Direito de Família não mais reflita a realidade social. Talvez a demora e os custos dos processos judiciais sejam excessivamente elevados em outro país. Como se pode ver, cada sistema jurídico tem seus próprios pontos fortes e fraquezas.

O objetivo do processo de harmonização europeia não é determinar qual é o melhor sistema, e sim encontrar, em nível nacional, a solução para cada problema particular. Muitas vezes acaba-se descobrindo que as soluções já são idênticas. Somente em caso de divergência será necessário determinar se a solução francesa é preferível à solução alemã, por exemplo. Contudo, seria ainda possível concluir que nenhuma das soluções existentes é satisfatória e tentar propor uma nova regra até então inédita.

Em termos qualitativos, não há uma distinção universal entre os diversos ordenamentos. É claro que muitos juristas tendem a ser um tanto fanáticos e acreditam que o Direito do seu país é o melhor. Mas isso acontece apenas porque é o Direito que eles *conhecem* melhor. Isso faz com que eles subestimem as falhas e exagerem as virtudes do seu próprio ordenamento jurídico. Muitos juristas alemães automaticamente presumem que o Direito alemão sempre segue um padrão de excelência, e os juristas franceses pensam a mesma coisa sobre o Direito francês. Geralmente, os mais modestos são os juristas de países periféricos, pois estão acostumados a buscar inspiração além de suas fronteiras nacionais. Os juristas de países centrais, por sua vez, podem permanecer dentro de sua própria estrutura jurídica com maior facilidade, o que pode gerar um falso senso de superioridade.

RDCC – Ainda em torno da questão dos países da Europa Oriental: qual era o regime jurídico patrimonial nos países comunistas? É verdade que a titularidade dos bens imóveis pertencia sempre ao Estado e que os cidadãos tinham apenas um direito de uso sobre ela? Quais as regras relativas aos bens móveis, tais como veículos automotores?

Jan Peter Schmidt – Essa é uma pergunta difícil. Provavelmente, o melhor seria fazer uma análise separada de cada país. Os bens sob o controle do Estado eram os meios de produção, especialmente as fábricas. A propriedade privada, contudo, também era claramente reconhecida, porém dentro de certos limites. Havia uma atribuição individual do direito sobre certos bens, especialmente quando se tratava de pertences pessoais, roupas, livros e até automóveis. Dessa forma, o Direito Civil existia nos países socialistas. A República Democrática Alemã chegou a promulgar um novo Código Civil em 1975. Até então, o BGB de 1896 continuava em vigor mesmo na Alemanha Oriental.

A existência de regimes sucessórios nos países comunistas também atesta a relevância do Direito Civil nesses Estados. A propriedade privada era reconhecida

mesmo após a morte da pessoa, a fim de possibilitar a transferência dos seus pertences a outrem.

Não posso afirmar com segurança até que ponto um particular podia se apropriar de um bem imóvel. O certo é que alguns cidadãos tinham privilégios, e que um dos privilégios mais cobiçados era o acesso a uma espécie de casa de veraneio, chamada *dacha*, no litoral. Não posso também afirmar categoricamente se, nesses casos, a pessoa em questão se tornava proprietária do imóvel ou se detinha um simples direito de uso sobre ele. Entretanto, tudo se resume à mesma ideia. As pessoas eram titulares de um direito especial que incidia sobre um objeto especial, e isso pode ser considerado uma espécie de direito de propriedade.

RDCC – Detentores de cargos importantes no governo...

Jan Peter Schmidt – Sim. Em sua maioria, eram membros do Partido Comunista. Havia também, no entanto, atletas bem-sucedidos e cidadãos que se haviam destacado e trazido glória a sua pátria.

RDCC – Os senhores mencionaram o Direito Romano agora há pouco. No Brasil, há professores de Direito Romano e aqui a disciplina é ministrada em caráter optativo. Qual a importância do Direito Romano para o estudante de Direito contemporâneo?

Reinhard Zimmermann – Ouvi dizer que na Universidade de São Paulo essa disciplina é obrigatória.

RDCC – É verdade. Mas em outras universidades, como a Universidade Presbiteriana Mackenzie ou a Pontifícia Universidade Católica, a disciplina é optativa.

Reinhard Zimmermann – Nesse caso, a Universidade de São Paulo é o último bastião da cultura...

Pois bem, o Direito Romano, em minha opinião, é a base da nossa cultura jurídica. Os juristas romanos pertenceram à única civilização da Antiguidade que desenvolveu um sistema altamente sofisticado de Direito Civil. A partir da Idade Média, o Direito Privado Romano foi herdado pela Europa por meio de um processo denominado de “recepção”. Foi uma força civilizatória e unificadora que elevou os sistemas jurídicos europeus a um nível de incomparável sofisticação. Esse refinamento foi possível porque o Direito Romano era um Direito culto, ministrado e estudado nas universidades. Foi assim que ele se tornou a base da cultura jurídica predominante na Europa.

Agora, qual a importância do Direito Romano hoje? Por um lado, ele fornece uma visão geral de um sistema jurídico que pode ser estudado objetivamente e permite mostrar o funcionamento de um sistema jurídico em uma sociedade determinada. Isso, em si, já é algo bem interessante: um sistema jurídico antigo e alta-

mente sofisticado que permite observar a atividade dos juristas, o processo de desenvolvimento das regras jurídicas e da doutrina e suas motivações, o contexto social dessas regras etc. Na minha opinião, contudo, o mais importante é que muitos desses princípios, regras jurídicas, conceitos e argumentos permanecem conosco até hoje. De fato, eles moldaram nossa mentalidade jurídica moderna.

Foram muitas, é claro, as influências que moldaram nossa mentalidade jurídica moderna. O Direito Romano, entretanto, é uma das mais fundamentais. Acredito ser essencial que os estudantes não se limitem à aprendizagem das regras do seu próprio ordenamento jurídico. A pessoa que conhece exclusivamente seu próprio ordenamento tende a aceitá-lo como um dado imutável e a acreditar que é assim que as coisas devem ser. A única forma de compreender, ou seja, entender adequadamente o próprio ordenamento jurídico é concebendo-o desde uma perspectiva comparativa, pois isso põe em evidência seu perfil específico. As regras que integram o ordenamento não são naturais. Existem em razão de motivos específicos, alguns bons, outros maus. As regras de certos ordenamentos são semelhantes entre si, outras não; às vezes funcionam bem e outras vezes nem tanto.

A perspectiva comparativa, contudo, não é suficiente. O estudo do Direito alemão, do Direito italiano, do Direito brasileiro, do Direito francês etc., permite perceber algumas semelhanças e diferenças. Isso é interessante por si só, mas também não diz o suficiente. A fim de compreender as semelhanças e as diferenças, é necessário saber como e quando elas se desenvolveram. É preciso, portanto, fazer uma abordagem histórica combinada com uma abordagem comparativa, não tanto para atender às exigências metodológicas da História do Direito ou do Direito Comparado, mas para ser um jurista refinado e sofisticado dentro do próprio ordenamento jurídico, um jurista que entende as leis, suas funções, seu passado, seus objetivos e sua estrutura. É necessário ser capaz de avaliar o próprio ordenamento, e o melhor paradigma é o Direito Romano, pois permite traçar o desenvolvimento das regras jurídicas. Foi justamente isso o que tentei fazer em meu livro *O direito das obrigações: fundamentos romanos da tradição civilista*.⁶ Nele, tento apresentar o Direito Romano não como um fato do passado, mas como um fenômeno que produziu efeitos e deu origem a uma tradição que pode ser encontrada no Direito francês, no Direito alemão, no Direito sul-africano, no Direito brasileiro e até mesmo no Direito inglês. Isso proporciona uma espécie de base comum para comparar experiências, avaliar o desenvolvimento etc. Essa perspectiva, na minha visão, é de suma importância para o ensino jurídico e gostaria que lhe fosse atribuída uma ênfase maior nos currículos universitários, mesmo em detrimento de muitas das disciplinas especializadas que as universidades hoje insistem em

6. Trata-se do livro *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, de autoria de Reinhard Zimmermann, editado em 1996 pela Oxford University Press.

oferecer, por acreditar que seja essa a melhor forma de preparar os estudantes para a profissão jurídica.

Ensinar habilidades técnicas e oferecer disciplinas práticas não constituem a principal tarefa da universidade. Os estudantes vão adquirir esse conhecimento, com maior facilidade e qualidade, por meio da experiência. Mas para isso é necessário ter uma boa formação geral sobre o Direito e seus elementos fundamentais, sobre metodologia jurídica, e sobre o processo de desenvolvimento do Direito. Alguém versado em disciplinas fundamentais não enfrentará problemas ao se especializar em uma ou outra área. Contudo, se logo na universidade o estudante se especializar em uma área, não conseguirá transitar com muita facilidade pelas demais áreas do Direito.

RDCC – Estou completamente de acordo. Conseguem-se identificar dois problemas. O primeiro é que o mercado, em geral, não parece atribuir muito valor a esse tipo de conhecimento. O segundo é que muitos estudantes dão pouca importância a disciplinas como Direito Romano, História e Filosofia. A maioria prefere as disciplinas jurídicas mais específicas.

Jan Peter Schmidt – Um fator importante é que a principal preocupação dos estudantes brasileiros é obter aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Logo, é compreensível que prefiram concentrar os estudos nas disciplinas cobradas nesse exame. Algo parecido acontece na Alemanha. 95% dos estudantes preferem estudar apenas as matérias cobradas no Exame de Estado (*Staatsexamen*). Como o Direito Romano não é uma das disciplinas cobradas na prova, a maioria dos estudantes pensa: “Para que estudá-lo?” Nesse sentido, enfrentamos o mesmo problema na Alemanha e no Brasil.

Reinhard Zimmermann – Em minha experiência, os sócios mais *seniores* de boa parte dos grandes escritórios internacionais que operam na Alemanha diriam: “Não tente fazer algo que nós fazemos melhor. Dê-nos advogados jovens e inteligentes, com uma ampla gama de interesses e uma sólida noção dos fundamentos do Direito e das matérias essenciais”.

A prova disso é a carreira profissional de muitos doutorandos meus que abandonaram a vida acadêmica e optaram pela advocacia. Além disso, hoje os grandes escritórios operam internacionalmente e buscam advogados que não apenas conheçam o Direito alemão, mas que também tenham estudado na Inglaterra, tenham o título de mestre, falem francês e tenham adquirido experiência internacional.

RDCC – O Ministério da Educação brasileiro pretende reformular a matriz curricular das faculdades de Direito. O que é essencial, hoje em dia, para uma educação jurídica de alto nível?

Reinhard Zimmermann – Como eu já disse: fundamentos, fundamentos e fundamentos.

(Risos.)

RDCC – Poder-se-ia falar um pouco sobre o Direito das Sucessões e destacar sua importância na atualidade? Alguns estudantes acreditam que o assunto é bastante aborrecido. Qual a situação do Direito das Sucessões na Alemanha?

Reinhard Zimmermann – No Direito Romano e durante a época do *ius commune* o Direito das Sucessões era extremamente importante.

Uma parte considerável do Digesto de Justiniano é dedicada ao assunto. Na atualidade, essa área do Direito é, de fato, negligenciada. Ao mesmo tempo, até bem recentemente pouquíssimas pesquisas comparativas tinham sido feitas em seu âmbito. Provavelmente, um dos motivos é a noção de que o Direito das Sucessões é determinado essencialmente pela cultura local, motivo pelo qual não se prestaria a estudos comparativos nem a uma avaliação sobre qual lei é “melhor”. Além disso, muitos advogados acreditam que as regras que regem a sucessão (os requisitos formais, por exemplo) dependem essencialmente de decisões arbitrárias do legislador. Em terceiro lugar, os juristas também consideram as regras de seu próprio ordenamento um dado imutável, como se fossem uma espécie de Direito Natural. Entretanto, ao analisar a questão sob uma perspectiva histórica e comparativa, o assunto se torna muito interessante, pois começam a surgir perguntas como: por que alguns países, como a Alemanha, adotam um sistema por parentelas para a sucessão legítima, enquanto outros, como o Brasil, seguem o sistema de três graus? É sensato exigir a presença de testemunhas para a assinatura de um testamento? Recentemente tive uma experiência interessante. Em meu departamento, em Hamburgo, realizamos um *workshop* semanal [*Aktuellen Stunde*, como é conhecido em alemão] no qual discutimos o tema de pesquisa de cada um de nós. Sempre temos convidados, e, após eu ter apresentado um trabalho sobre sucessão legítima, três jovens juristas brasileiros se aproximaram e me disseram: “Nunca havíamos pensado sobre isso. Conhecíamos apenas o sistema de três graus. Isso é tão natural para nós”. O que eu tinha feito era justamente criticar aquele sistema e compará-lo com outros sistemas existentes. Eu havia levantado diversas questões: como funciona cada sistema? Quais são as vantagens e as desvantagens de cada um? Por que aqui se desenvolveu um sistema e em outro lugar surgiu um sistema diverso? Dessa forma, o Direito das Sucessões se transforma em uma matéria tremendamente interessante, mas que, infelizmente, é pouco pesquisada. Além disso, é claro, o assunto é de grande importância prática, particularmente em um país como a Alemanha onde os membros da geração que está prestes a falecer construíram suas fortunas nos tempos de paz após a Segunda Guerra Mundial. Ao mesmo tempo, as pessoas tentam instituir “*trusts*” [*patrimônios fideicomissários*] e utilizar outros artifícios (fala-se, inclusive, em “substitutos testamentários”) para transmitir seu patrimônio às gerações mais novas, o que também dá margem a questões muito interessantes.

Jan Peter Schmidt – Um fator adicional que realça a importância prática do Direito das Sucessões é a adoção, em 2012, de um Regulamento Europeu para casos de

sucessão internacional. O Regulamento entrará em vigor em 2015.⁷ Cada membro da União Europeia terá seu direito substantivo das sucessões preservado, mas de agora em diante teremos regras uniformes de Direito Internacional Privado, ou seja, regras que determinem a lei nacional aplicável e a jurisdição competente. Esse Regulamento Europeu foi adotado tendo em vista o crescente número de sucessões internacionais. As famílias estão cada vez mais internacionais. Os cônjuges podem ser de nacionalidade diversa, os filhos talvez morem em países diferentes. Além disso, o patrimônio da pessoa muitas vezes não está confinado em apenas um país. Um cidadão alemão, por exemplo, proprietário de um apartamento em Hamburgo, pode, em determinado momento de sua vida, decidir comprar uma pequena casa no litoral da Espanha, ou na ilha de Mallorca, a fim de passar o inverno lá, já que o clima é bem mais quente do que o da Alemanha. Talvez essa mesma pessoa tenha patrimônio ainda em um terceiro país, tal como uma conta bancária na Inglaterra. Quando morrer, surgirão dúvidas acerca da lei que deverá reger a sucessão, e isso cria enormes problemas na prática. Não é raro, por exemplo, que alguém obtenha uma decisão judicial de um tribunal alemão declarando-o herdeiro, e que, ao apresentar essa decisão perante as autoridades espanholas a fim de registrar a casa em seu nome, estas não reconheçam a decisão judicial, por não entenderem o que ela determina. Poderiam, inclusive, alegar que, de acordo com as leis espanholas, o sujeito em questão sequer é o herdeiro, ou que deve dividir o patrimônio com outra pessoa.

Muitos desses problemas desaparecerão com o novo Regulamento Europeu. Entretanto, é claro que também criará novos problemas. O Regulamento já gerou, inclusive, uma série de discussões acadêmicas e trouxe uma nova dinâmica ao Direito das Sucessões como um todo. O Regulamento também realça a necessidade de estudar os regimes substantivos de Direito das Sucessões dos países membros da União Europeia, pois ainda diferem em muitos aspectos. A devida compreensão dos Direitos das Sucessões nacionais é um pré-requisito para a aplicação bem-sucedida do Regulamento.

RDCC – Vários economistas, como, por exemplo, Thomas Piketty, em seu livro *O capital no século XXI*, recomendam, no intuito de corrigir desigualdades, a imposição de pesados impostos sobre os bens adquiridos por direito sucessório. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo e o imposto sobre a herança gira em torno de 3%. Quais são as regras na Alemanha a respeito do tema? Qual seria a solução ideal?

7. Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 04.07.2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. De acordo com seu art. 84, com exceção de alguns artigos, que entram em vigor em 2012 e 2014, sua aplicabilidade dar-se-ia a partir de 16.01.2015.

Jan Peter Schmidt – O problema mencionado certamente existe. A lei sucessória tende a perpetuar grandes fortunas e grandes acumulações de patrimônio, motivo pelo qual ajuda a criar e perpetuar a desigualdade social. Essa situação pode ser considerada manifestamente injusta, já que quem herda uma grande fortuna ganha uma enorme vantagem sem ter feito qualquer coisa para merecê-la, enquanto as demais pessoas são obrigadas a construir seu patrimônio do zero. Certamente, essa situação gera muitos problemas em uma sociedade baseada em princípios de igualdade e meritocracia. É por isso que algumas pessoas chegam a defender a completa abolição do direito sucessório.

RDCC – Nesse caso, os bens iriam para o Estado.

Jan Peter Schmidt – Exato. Os bens iriam para o Estado. Porém, eu penso que uma abordagem tão radical não produziria bons resultados na prática, pois as pessoas encontrariam inúmeras formas de transferir seus bens a quem quisessem por meio de doações, contratos simulados etc. Acredito que muitos pensam ter um direito natural a manter seu patrimônio sob controle particular inclusive após a morte e a decidir, pelo menos em parte, quem deve herdá-lo. Assim, se o Estado promulgasse regras para expropriar o autor da herança, a maioria das pessoas, especialmente as ricas, não as aceitaria e buscaria mecanismos para burlá-las.

Além disso, a abolição do direito sucessório seria ineficiente do ponto de vista econômico, pois arriscaria inviabilizar as empresas privadas e criaria uma série de problemas para as famílias. Uma viúva e seu filho não deveriam poder continuar morando na casa que pertencia ao marido/pai?

Por causa disso, a total abolição do direito sucessório, bem como outras medidas que produzissem efeitos similares (como seria o caso de um imposto de 90% sobre a herança), ou não funcionaria, ou causaria mais problemas do que benefícios. Logo, em vez de adotar soluções radicais, deve-se buscar um equilíbrio entre os interesses individuais e o interesse da sociedade. O imposto sobre a herança provavelmente seja a melhor ferramenta para atingir esse objetivo, pois permite uma grande flexibilidade. A lei alemã que regula o imposto sobre a herança, por exemplo, favorece o cônjuge e os parentes próximos do *de cuius* mais que os demais membros da família ou pessoas sem vínculo de parentesco. Há também importantes benefícios fiscais na forma de isenções tributárias, o que, na prática, significa que até determinada quantia não se paga qualquer imposto. O valor é de €400.000 para filhos e €300.000 para o cônjuge.

É lógico que essas isenções estão sujeitas a críticas. Se, por exemplo, o *de cuius* deixar cinco filhos, dois milhões de euros passarão de uma geração à próxima sem pagar qualquer imposto. Justifica-se o benefício? Muitos argumentam que os bens do falecido já foram tributados ao longo da sua vida, motivo pelo qual não deveriam ser objeto de nova tributação após a sua morte. Esse argumento, contudo,

parece-me fraco, pois se deve levar em consideração a situação de quem recebe o dinheiro. Nesse sentido, desde a perspectiva do herdeiro, trata-se de uma doação de €00.000. Não parece haver motivos que justifiquem a isenção desse imposto.

Não saberia dizer qual seria uma alíquota adequada. Um sistema progressivo, como o que temos na Alemanha, provavelmente faria sentido, o que significa que a alíquota seria proporcional ao volume do patrimônio. A alíquota máxima é de 30% para crianças e cônjuges e de 50% para pessoas sem vínculo de parentesco. Caso o valor do patrimônio exceda 26 milhões de euros, também incide a alíquota máxima.

No Brasil existe uma alíquota média de 3%. Acredito que esse valor seja muito baixo, especialmente para um país com tanta desigualdade social. O imposto sobre a herança ajudaria, até certo ponto, a redistribuir a riqueza.

Há outro aspecto que deve ser levado em consideração. Algo que vem sendo discutido com bastante intensidade na Alemanha é o fato de termos muitas empresas familiares. Na verdade, as pequenas e médias empresas familiares são a espinha dorsal da economia alemã. Como normalmente valem milhões de euros, a transmissão *causa mortis* desse patrimônio geraria considerável imposto sobre a herança. Receia-se, contudo, que esse imposto ameace a viabilidade econômica da empresa, pois o herdeiro poder-se-ia ver forçado a vender partes dela para conseguir pagar o imposto. Por esse motivo, a lei concede amplos privilégios fiscais a empresas familiares. Recentemente, entretanto, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estabeleceu que esses privilégios são inconstitucionais, pois são excessivos e discriminatórios em face dos demais herdeiros. O Parlamento alemão discute hoje a criação de um novo regime de tributação das heranças. É necessário encontrar o equilíbrio certo entre os interesses de todos os envolvidos: o falecido, sua família, a economia e também o Estado.

Reinhard Zimmermann – É comum ler nos jornais sobre famílias nobres que atravessam dificuldades ao transmitir aos seus herdeiros as terras e o patrimônio dos seus antepassados. O motivo é que não conseguem quitar o imposto de herança que devem pagar para preservar o patrimônio na família. Em Ratisbona (onde lecionei por muitos anos), isso aconteceu com a família Thurn und Taxis:⁸ quando o príncipe faleceu, eles tiveram que vender prataria, pinturas etc. Acredito que o mesmo possa acontecer em casos mais comuns. Hoje, as regras da sucessão legítima em todo o mundo tendem a favorecer o cônjuge sobrevivente. A lei busca ga-

8. Casa Princesca alemã, sediada em Ratisbona, nobilitada inicialmente em 1512, elevada à condição de casa baronial em 1608 e que recebeu, em 1608, o monopólio dos serviços postais imperiais da dinastia austríaca Habsburgo. Até hoje essa família possui negócios na Europa e é uma das mais ricas da Alemanha. A palavra “táxi”, adotada em vários idiomas modernos para designar os carros de transporte individual de passageiros, é derivada do nome dessa família.

rantir que a mulher possa desfrutar do mesmo conforto e do mesmo ambiente que tinha quando seu marido ainda estava vivo. Se a mulher, ao herdar, for obrigada a pagar um alto imposto, pode ter que vender a casa que herdou (a não ser que tenha herdado também uma quantidade suficiente de dinheiro, ou tenha fortuna própria). Essas considerações apenas confirmam o que Jan disse: é difícil encontrar um equilíbrio adequado.

Jan Peter Schmidt – Em Hamburgo, temos um colega que tem uma visão bastante radical sobre essa matéria e sempre defende a completa abolição do Direito das Sucessões. Por sorte, ele não está aqui hoje.

(Risos.)

RDCC – O Código Civil brasileiro tem muitas cláusulas gerais, conceitos jurídicos internacionais e princípios como a função social da propriedade e a boa-fé. Em vossas opiniões, de que forma deveriam os tribunais brasileiros aplicar essas cláusulas?

Reinhard Zimmermann – Essa pergunta é sobre o Direito brasileiro; logo, Jan irá respondê-la. Quero fazer, porém, um breve comentário preliminar. Na Alemanha também temos cláusulas gerais. Logo, não se trata de um problema específico do Direito brasileiro. Evidentemente, as cláusulas gerais dão ao juiz considerável discricionariedade. Mas elas também permitem que o Direito Civil seja irrigado por valores constitucionais, conforme previsto no dispositivo sobre os direitos humanos, que integra a Constituição alemã. Por óbvio, isso é importante em países como a Alemanha, onde o código é bastante antigo e data de uma época anterior à promulgação da Constituição. Nesse sentido, desenvolvemos a doutrina do *mittelbare Drittwirkun*, ou efeito indireto dos direitos humanos. Até onde eu sei, a constitucionalização no Brasil foi longe demais.

Jan Peter Schmidt – Sim, talvez a constitucionalização do Direito Civil, um fenômeno presente em todo o país dotado de uma constituição moderna, tenha saído dos trilhos no Brasil, pois há um desejo amplamente difundido de aplicar a Constituição diretamente mesmo nos negócios privados. O Direito Civil brasileiro corre o risco de perder a sua autonomia. Às vezes, porém, fico com a impressão de que todo esse debate é mais uma questão de retórica, ou até de “marketing”. Não estou convencido de que haja tantos casos de Direito Civil cujo resultado tenha sido derivado diretamente da Constituição. E mesmo quando isso acontece, o resultado provavelmente seria o mesmo se fossem aplicadas apenas as regras comuns do Direito Civil.

A meu ver, é importante não exagerar o papel da Constituição no Direito Civil. É claro que ela impõe princípios e valores que o Direito Civil não deve contrariar; disso ninguém duvida. Não é, contudo, a função da Constituição substituir um código de Direito Civil e, além disso, normalmente suas regras são demasiado abstratas como para derivar resultados concretos dela.

Como o Professor Zimmermann mencionou, tivemos uma discussão semelhante na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, quando da promulgação, em 1949, da nossa nova Constituição, a *Grundgesetz*. As pessoas se perguntavam o que fazer, pois tínhamos nosso velho Código Civil de 1896, e agora havia uma nova Constituição, com novos valores, especialmente novos direitos fundamentais. A discussão girava em torno de saber se era possível aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, e em caso positivo, se deveriam ser aplicados direta ou indiretamente. O debate foi bastante intenso nos anos 1960 e 1970. Hoje em dia, esse debate já arrefeceu. Ninguém duvida que a Constituição seja hierarquicamente superior, nem que nosso Direito Civil precise respeitar valores e princípios constitucionais. Entretanto, existe também a compreensão de que é melhor resolver situações de Direito Privado mediante a aplicação das regras de Direito Privado, pois elas são muito mais sofisticadas e bem mais específicas. Podemos tomar como exemplo a dignidade humana, o chamado “princípio da dignidade da pessoa humana”, tão frequentemente invocado no Direito brasileiro nos dias de hoje. Qual o conteúdo desse princípio? Como resolver uma controvérsia com ele? Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que a dignidade humana estabelece que a vítima de um acidente de carro tem direito à reparação. Não obstante, isso é algo óbvio. As questões difíceis são as que surgem após essa primeira constatação: é necessário que tenha havido negligência por parte da pessoa que causou o dano? O que acontece se a própria vítima agiu negligentemente? E se a vítima sofrer outro acidente a caminho do hospital? Obviamente, invocar a dignidade humana não vai responder nenhuma dessas perguntas. Precisamos de doutrinas bem mais específicas.

Outro motivo pelo qual a Constituição não serve para resolver questões de Direito Civil é que há cidadãos particulares nos dois polos da relação jurídica. Logo, ambos podem invocar seus direitos fundamentais. É necessário sopesar esses direitos fundamentais, o que é algo muito difícil.

No momento, a situação brasileira é complicada. Talvez em dez ou vinte anos acabe acontecendo aqui o que ocorreu na Alemanha e em outros países: o debate arrefece, a discussão morre e as pessoas voltam a focar mais no Direito Civil. Acaçarão percebendo que a Constituição não é o *locus* próprio para discutir assuntos como acidentes de carros ou a interpretação de contratos. A Constituição nada diz sobre esses assuntos. Evidentemente, uma vez ou outra surgem casos em que é necessário indagar se determinada regra do Direito Civil, ou certa interpretação de uma regra, está em conflito com a Constituição. Contudo, essas são raras exceções, porque a maior parte do Direito Civil já está sintonizada com a Constituição.

Voltando ao assunto das cláusulas gerais: elas também cumprem a importante função de permitir a constante adaptação do Código Civil, de modo que reflita as mudanças da sociedade. Assim, por exemplo, se há uma cláusula geral que determina a responsabilidade objetiva pelos danos causados por objetos perigosos, po-

de-se aplicar a mesma cláusula em relação aos danos causados por aparelhos novos que não existiam quando da promulgação do Código. Se, em vez disso, houvesse uma regulamentação muito específica que determinasse a responsabilidade objetiva pelos danos causados por automóveis e trens, toda vez que surgisse um novo meio de transporte, como o avião, haveria uma lacuna. As cláusulas gerais permitem maior flexibilidade e são ferramentas legislativas muito úteis por conta disso. Para dar outro exemplo: se há um dispositivo que determina a nulidade de qualquer negócio jurídico que viole a ordem pública, isto é, “os bons costumes”, o juiz pode decidir com base na visão da sociedade de sua época. Na Alemanha, por exemplo, durante a maior parte do século XX, o testamento no qual o cônjuge deixasse o patrimônio à amante, e não à esposa, era considerado nulo em função de ser imoral. A opinião, contudo, sobre esses assuntos evoluiu, e as pessoas hoje em dia são muito mais liberais. Um juiz contemporâneo pode levar essa mudança em consideração e declarar válido esse tipo de testamento. Assim, mesmo que a regra em si não tenha sido alterada, ela pode ser aplicada de forma diferente em momentos diferentes. Mais uma vez, isso mostra as vantagens da flexibilidade.

Evidentemente, as cláusulas gerais têm uma grande desvantagem. Elas geram insegurança jurídica e podem atribuir ao juiz poder em excesso. No mínimo, podem levar o juiz a acreditar que tenha mais poderes do que efetivamente tem. Esse fenômeno tem ocorrido nos tribunais brasileiros da atualidade. Os juízes brasileiros tendem a desconsiderar as normas específicas previstas na legislação. Em vez disso, preferem lançar mão do princípio da boa-fé, por exemplo. Mesmo que isso, em regra, não influencie o resultado da decisão, esse método deve ser criticado do ponto de vista metodológico, pois demonstra uma compreensão equivocada da relação entre cláusulas gerais e normas específicas. As últimas normalmente concretizam as primeiras. Logo, devem ter preferência na aplicação. As cláusulas gerais apenas cumprem uma função subsidiária. Por essa mesma razão, uma cláusula geral não permite ao juiz afastar uma previsão específica da legislação. Se assim o fosse, não precisaríamos nem de Código Civil nem do restante da legislação. Poderíamos resolver tudo com uma simples regra que afirmasse: “O juiz decide todos os litígios de acordo com o princípio da boa-fé”.

A função da cláusula geral é permitir ao juiz decidir litígios de maneira razoável e flexível diante de uma lacuna legislativa, isto é, quando o legislador não forneça, por uma atitude consciente ou inconsciente, a solução para um problema particular. Poder-se-ia argumentar que, de modo geral, é difícil determinar se de fato há, ou não, uma lacuna. Da mesma forma, um juiz esperto e bem versado em metodologia jurídica sempre vai conseguir argumentar que a legislação não contempla determinado problema específico e que, em razão disso, ele pode decidir o litígio mediante a aplicação de princípios gerais. A distinção entre essas duas atitudes pode parecer irrelevante. Entretanto, há uma grande diferença entre o juiz que, sem

mais delongas, aplica o princípio da boa-fé, e o juiz que cuidadosamente analisa dispositivos específicos acerca da questão, explica por que acredita que pode desconsiderá-las no caso concreto e só então aplica a cláusula geral. A segunda abordagem é muito mais sutil e transparente que a primeira, além de permitir à comunidade jurídica compreender e discutir a decisão.

Desnecessário dizer que para os estudantes é extremamente prejudicial que seus professores lhes passem a impressão de que não é necessário conhecer e compreender as regras do Código Civil, que é suficiente aplicar a “boa-fé” e a “função social dos contratos”. Esses estudantes nunca serão bons advogados. Os estudantes, mas também os juízes, deveriam se ater à seguinte regra de conduta ao resolver uma questão: num primeiro momento, devem tentar esquecer a existência de cláusulas gerais e buscar regras específicas que possam ser aplicadas. Se não houver qualquer regra específica aplicável, pode-se cogitar a aplicação de uma cláusula geral. É também necessário determinar se é possível preencher a lacuna por meio da analogia. Se houver regras específicas, é só questão de as aplicar, e tudo está resolvido. Seria desnecessário, e até incorreto, invocar também cláusulas gerais. Caso todas as provisões aplicáveis levem a resultados insatisfatórios, então deve-se tentar interpretar as regras de outra forma. Apenas quando tudo isso falhar é que se pode pensar, como último recurso, na “correção” do resultado mediante o recurso a uma cláusula geral. Nesse caso, contudo, será necessário elaborar uma argumentação extremamente sólida e explicar por que o legislador resolveu o problema erroneamente, ou por que ele negligenciou algo importante.

É essencial que a doutrina jurídica apoie os tribunais e forneça fundamentos teóricos que estimulem o bom uso das cláusulas gerais, de modo a atingir um bom equilíbrio entre a equidade, isto é, a justiça no caso concreto, e a segurança jurídica. No momento, percebe-se uma forte preferência dos juízes brasileiros, e também de muitos doutrinadores, pela equidade. Ao contrário, a segurança jurídica parece ser vista como algo ultrapassado ou “formalista”. Mas acho que é necessário manter, ou mesmo restaurar, um equilíbrio razoável. Primeiro, porque a segurança jurídica é um valor fundamental em qualquer ordenamento jurídico. Os cidadãos devem sentir que podem confiar no Direito e na estabilidade dos seus contratos. Segundo, porque muitas vezes a solução justa para o caso concreto não é algo evidente. Os juízes, bem como as pessoas em geral, tendem a formar rapidamente uma opinião sobre o que seja “justo” ou “injusto” diante da situação concreta. Entretanto, muitas vezes o critério que conduz a esse juízo está longe de ser claro. Logo, uma decisão baseada na equidade pode, na verdade, não ser mais que a opinião pessoal do juiz, e isso pode ser difícil de justificar de um ponto de vista objetivo.

As decisões judiciais que fazem “justiça no caso concreto” são, de modo geral, bastante injustas, pois concedem favores ou privilégios a uma pessoa, em detrimento de um grande número de pessoas, ou mesmo da sociedade como um todo.

O juiz não pode pensar apenas na solução ao litígio que lhe cabe julgar, mas deve também refletir, na medida do possível, sobre as consequências de sua decisão para a sociedade. Em especial, deve indagar se a decisão proferida no caso concreto pode ser formulada como uma regra geral.

Reinhard Zimmermann – Voltando à Constituição: trata-se de um documento que prevê direitos fundamentais (ou direitos humanos) e fornece uma estrutura bastante ampla. A Constituição não determina os detalhes do Direito Civil. Evidentemente, as regras de Direito Civil não devem infringir as normas constitucionais.

Os valores constitucionais, por sua vez, informam o Direito Civil por meio das cláusulas gerais. Mas o Direito Civil não deixa de ser o Direito Civil. Sua vocação é resolver disputas entre dois indivíduos. O Direito Civil não é um ramo especializado do Direito Constitucional.

RDCC – Qual a vossa avaliação do Direito Contratual brasileiro? Acreditam favoreça a um bom ambiente de negócios?

Reinhard Zimmermann – [A Jan Peter Schmidt] Você é o especialista. Desculpe-me. Essa pergunta é para você.

Jan Peter Schmidt – Uma característica do atual Direito Contratual brasileiro é o grau bastante elevado de proteção ao consumidor, pelo menos sob uma perspectiva europeia. Há uma forte tendência a favorecer a chamada parte mais fraca. Em uma relação de Direito Privado, contudo, favorecer uma das partes significa, automaticamente, desfavorecer a outra. Não há opções que não impliquem custos.

Isso não significa dizer que a proteção do consumidor não seja importante ou necessária. Pelo que aprendi com os meus colegas brasileiros, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 foi, na prática, um enorme sucesso. De fato, mudou o ambiente de negócios como um todo e promoveu uma nova cultura empresarial, por assim dizer. Ao mesmo tempo, houve excessos em alguns aspectos. É possível que a proteção do consumidor tenha atingido um nível dificilmente justificável. Conforme disse agora há pouco, não há escolhas sem custos. Logo, o custo do alto grau de proteção do consumidor muitas vezes é pago, no fim das contas, pelo próprio consumidor. Da mesma forma, alguns produtos desaparecem do mercado, pois o marco normativo, ou a falta de segurança jurídica, os torna economicamente inviáveis. Pelo que me consta, isso já aconteceu com alguns modelos de *leasing*.

Minha impressão, confirmada por muitos colegas brasileiros em conversas pessoais, é que as discussões sobre o Direito Contratual brasileiro, e sobre Direito brasileiro em geral, são muitas vezes um tanto tendenciosas. Parece uma controvérsia entre adversários: de um lado, os defensores do Direito do Consumidor e, do outro, os defensores dos interesses empresariais. O primeiro grupo sempre exige mais direitos consumeristas, e o segundo menos. Na Europa, de fato, ocorre algo

semelhante. A função da doutrina, contudo, é formular uma opinião equilibrada. A realidade não é tão dicotômica. Deveria ser possível afirmar a necessidade de proteger o consumidor em determinado aspecto, e defender a redução da proteção em outro aspecto. Espera-se, entretanto, que as pessoas escolham um lado da questão, a qual deverão defender independentemente das circunstâncias. É difícil, por exemplo, afirmar que o Código de Defesa do Consumidor foi um sucesso na prática, mas que, do ponto de vista técnico, contém muitas falhas. Isso será provavelmente interpretado como uma crítica ao Direito do Consumidor em si. Seria melhor se os debates acadêmicos fossem mais abertos e refinados.

É também importante compreender que proteger excessivamente o consumidor pode trazer mais problemas do que benefícios. Além disso, é comum esquecer que a melhor forma de proteger o consumidor não consiste em lhe atribuir a maior quantidade de direitos possível. A melhor proteção do consumidor é um mercado funcional no qual a forte concorrência impeça que os fornecedores tirem vantagem do consumidor. Quando o consumidor pode escolher livremente a empresa que lhe oferece as melhores condições, não é nem “fraco” nem “vulnerável”. Os fornecedores vão respeitar, por motivos econômicos, o interesse do consumidor, mesmo quando a lei não o exija expressamente. Por óbvio, os mercados não são perfeitos. No Brasil, é possível que haja evidentes falhas de mercado em alguns setores da economia. Nessas situações, o consumidor precisa ser protegido. Mas não se deve pensar que essa seja a única solução. É necessário também buscar formas de melhorar e salvaguardar a concorrência econômica.

Outro problema relacionado ao Direito do Consumidor é a separação estanque que muitos fazem entre os contratos de consumo, de um lado, e os demais contratos civis (ou empresariais), do outro, como se essas categorias fossem completamente desvinculadas e autônomas. Oferecem-se cursos específicos sobre o tema, escrevem-se obras específicas sobre a matéria. Acredito que essa abordagem provoca uma fragmentação indesejada do Direito Contratual, não apenas em relação às próprias regras, mas também em relação ao discurso jurídico. Em vez disso, é possível – e desejável – conceber o Direito Contratual como um todo orgânico, como uma disciplina uniforme. Afinal de contas, todos os contratos assentam-se nos mesmos paradigmas e nos mesmos princípios. Isso não significa dizer que todos os contratos devem estar sujeitos às mesmas regras. A título de exemplo: o consumidor pode ter o direito de resolver o contrato em certas situações; as cláusulas nos contratos de adesão podem ser controladas mais intensamente nos contratos consumeristas do que nos contratos empresariais. Mas essas diferenças são apenas de grau e não de natureza fundamental.

[A Reinhard Zimmermann] Talvez queira acrescentar algo...

Reinhard Zimmermann – Enfrentamos os mesmos problemas e a mesma discussão na Europa, especialmente na União Europeia, pois boa parte da legislação con-

sumerista está prevista nas diretivas da União Europeia. O diagnóstico de Jan sobre o Brasil descreve perfeitamente a opinião, prevalecente na Europa, segundo a qual aumentar a proteção consumerista sempre redundaria em benefício ao consumidor. Isso, contudo, não é verdade. Apenas a título de exemplo: de modo geral, acredita-se que um consumidor bem informado faz melhores escolhas. Com base nisso, as empresas foram obrigadas a fornecer informações aos consumidores, a fim de que pudessem fazer escolhas conscientes. Mas isso gerou excessos. Hoje, o consumidor muitas vezes encontra uma avalanche de informação. E um consumidor que enfrenta muita informação normalmente não consegue absorvê-la. Talvez nem seja capaz de absorvê-la. Resultado: ele se encontra na mesma situação em que estava quando não tinha informação alguma. O paradigma da informação está descalibrado.

Lá também se discute a relação entre o Direito do Consumidor e o Direito Contratual geral. Seria o Direito do Consumidor um ramo específico do Direito, regido por diretrizes especiais como “justiça social”? Seria, portanto, um ramo separado do Direito Contratual geral, que se rege pela liberdade contratual? Ou estaríamos na verdade lidando com um único Direito dos Contratos, em que há certos requisitos gerais e certas ferramentas e mecanismos gerais que se aplicam flexivelmente e que podem gerar diferenças significativas em função de o contrato ser celebrado entre um empresário e um consumidor, ou entre empresários? No Brasil, há Código de Defesa do Consumidor específico. Isso implica o risco de supressão da liberdade contratual e da sua rejeição a um segundo plano. Na minha visão, a liberdade contratual é o carro-chefe do Direito Contratual, e também do Direito do Consumidor.

Jan Peter Schmidt – A liberdade contratual implica autodeterminação e responsabilidade pelos próprios atos. As partes que celebram um contrato devem arcar com as consequências que isso possa acarretar, desde que não tenham sido ludibriadas ou enganadas de alguma forma, nem tenham sido coagidas. Mas no Brasil, assim como na Europa, existe uma forte tendência ao...

RDCC – Paternalismo.

Jan Peter Schmidt – Exato, paternalismo. Quando alguém compra algo que está além de suas possibilidades econômicas, buscam-se formas de liberá-lo do contrato. Mas qual o impacto dessa atitude em face do princípio da responsabilização pelos próprios atos?

Reinhard Zimmermann – O Direito dos Contratos e a liberdade contratual não são fins em si mesmos. São meios para permitir às partes exercer seu direito de autodeterminação. Evidentemente, um contrato deve ser o resultado de um ato de autodeterminação de ambas as partes. E o Direito precisa garantir que *ambas* as partes de fato possam tomar uma decisão autodeterminada. Logo, se uma das partes se encontrar em desvantagem estrutural, a lei precisa fazer algo para restaurar o equilíbrio.

RDCC – Para alguns, a proteção que o Código de Defesa do Consumidor fornece é uma das principais causas da sobrecarga dos tribunais brasileiros. Os senhores acreditam que os litígios que envolvam pequenos valores possam ser resolvidos fora dos tribunais, ou seja, por intermédio de meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação?

Jan Peter Schmidt – Sim. Sou completamente favorável a essa medida. Pode-se pensar em procedimentos especiais de mediação e de conciliação. Ou mesmo criar uma instituição nos moldes do *ombudsman* concebido na Escandinávia.

Reinhard Zimmermann – Ou poderiam ampliar os juizados de pequenas causas, como fizeram na África do Sul a fim de agilizar e informalizar a prestação jurisdicional.

Jan Peter Schmidt – No Brasil, existem os juizados especiais.

Reinhard Zimmermann – Se o litígio não exceder certo valor, ou seja, quando a disputa versa sobre um negócio comum e corriqueiro, as partes podem resolvê-lo em um juizado de pequenas causas, em que alguém experiente aprecia e julga a lide.

RDCC – Jan Peter Schmidt, o senhor escreveu uma tese sobre o processo de codificação no Brasil.⁹ No Congresso Nacional brasileiro, tramita o projeto de um novo Código Comercial, que iria unificar as várias leis esparsas referentes ao assunto. Qual sua opinião sobre o projeto?

Jan Peter Schmidt – Devo admitir que não estudei o projeto. Apenas sei que existe. De uma perspectiva geral, não sou muito favorável a essa iniciativa por uma série de razões. A primeira é que o Brasil já tentou, na época de Teixeira de Freitas, ou seja, mais ou menos em 1865, promulgar um código unificado que cuidasse tanto do Direito Civil quanto do Direito Comercial. Naquela época, o Brasil tinha o Código Comercial de 1850, e o governo brasileiro confiou a Teixeira de Freitas a tarefa de criar um projeto de Código Civil. Ao longo da elaboração do projeto, Teixeira de Freitas percebeu que não fazia muito sentido ter dois códigos separados, motivo pelo qual propôs um código unificado. O governo, contudo, não gostou muito da ideia, e Teixeira de Freitas não pôde concretizar seu plano. A ideia de um código unificado, no entanto, persistiu na mente de muitos juristas brasileiros, e houve várias tentativas de reforma para alcançar tal unificação. Com o advento do Código Civil de 2002, que incorporou parte do Código Comercial de 1850, o sonho finalmente virou realidade. Desde esse ponto de vista, é no mínimo curioso que,

9. A pergunta refere-se ao seguinte livro: SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien – Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 226)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. Não há tradução em português.

após quase cento e cinquenta anos de tentativas e apenas dez anos após a unificação, alguns queiram separar os códigos novamente.

A segunda razão pela qual sou cético a respeito dessa iniciativa é que a ideia de ter um código civil e comercial unificado é, na verdade, bastante moderna. Muito ordenamento jurídico, tanto na Europa quanto na América Latina, vem fazendo isso nas últimas décadas. O exemplo mais recente é a Argentina, que em setembro de 2014 promulgou um novo código unificado. O novo código inclusive faz uma alusão à unificação em seu título: “Código Civil e Comercial da República Argentina”. Logo, percebe-se que existe uma tendência internacional em favor do modelo unificado.

Por último, há também uma série de bons argumentos a favor de um código unificado. É uma solução mais simples e mais coerente. A codificação separada do Direito Comercial é difícil de justificar. O motivo pelo qual muitos países ainda adotam um Código Comercial autônomo, a exemplo do que ocorre na Alemanha e na França, é essencialmente histórico. Na Idade Média, o Direito Comercial desenvolveu-se autonomamente. Não era regulamentado pelo Estado. Na verdade, foram os próprios comerciantes que o criaram com seus costumes e tribunais do comércio. Nos séculos XVIII e XIX, os Estados nacionais codificaram seu Direito Privado e decidiram preservar a autonomia legislativa do Direito Comercial, a despeito de já se tratar de um Direito regulamentado pelo Estado. Teixeira de Freitas foi um dos primeiros a questionar essa dicotomia entre o Código Civil e o Código Comercial, que muitos consideravam natural à época. Freitas indagou acerca da base teórica dessa distinção e não conseguiu encontrar uma explicação. Países como a Suíça e a Itália foram alguns dos primeiros a adotar códigos unificados. Depois vieram outros países como a Holanda, a Polônia, a Rússia, o Paraguai e agora a Argentina. Na Alemanha também há muitos juristas que preferem essa solução, e se a Alemanha ainda não promoveu a unificação do BGB e do Código Comercial, é só porque uma reforma em tamanha escala seria bastante complexa e implicaria vários riscos. De qualquer forma, muitos consideram que seja a solução ideal.

Reinhard Zimmermann – Isso é algo semelhante ao que discutíamos agora há pouco. No Direito Privado, as relações de consumo podem ser objeto de um código de defesa do consumidor especializado. Da mesma forma, é possível que as relações comerciais sejam objeto de um código comercial especializado. Nesse caso, entretanto, restaria muito pouco do núcleo do Direito Civil. Sobrariam apenas algumas relações entre indivíduos, ou seja, contratos entre particulares não empresários. O resultado seria uma completa e lamentável desintegração do Direito Civil.

Jan Peter Schmidt – Pode-se acrescentar que se os comercialistas brasileiros estão insatisfeitos com as regras do Código Civil, a solução mais simples é reformar essas regras. Não há necessidade de destruir a unidade do código.

Reinhard Zimmermann – Muitas das regras de Direito Comercial também se aplicam, com adaptações, no Direito Privado geral. Reitero: é a mesma situação do Direito do Consumidor. O Código Comercial alemão, por exemplo, não é propriamente um código. Seria uma compilação de regras incompreensíveis se não tivesse as normas gerais do Código Civil como pano de fundo.

Jan Peter Schmidt – Exatamente. Na verdade, uma crítica bastante pertinente ao atual projeto de Código Comercial brasileiro é que ele contém muitas regras que não são apenas comerciais, mas de natureza geral.

RDCC – Nesse sentido, também tramita no Congresso Nacional brasileiro um projeto de Estatuto da Família. Acreditam os senhores que o Direito de Família deveria ser destacado do Código Civil?

Reinhard Zimmermann – Bom, se quisesse ser cômico, poderia dizer que um dos ordenamentos jurídicos da Europa que removeu o Direito de Família do Código Civil foi a República Democrática Alemã.

Jan Peter Schmidt – Muitas das antigas repúblicas socialistas criaram um código autônomo para o Direito de Família. Logicamente, também há bons argumentos pelos quais acredito que seja uma solução equivocada. Na verdade, há muitos pontos de contato com a discussão sobre o Direito Comercial. Se os advogados de Direito de Família estão insatisfeitos com algumas das instituições e regras do atual Direito de Família, a solução é alterar as regras em questão. Por que tirar todo o Direito de Família do Código Civil? Não vejo qualquer vantagem, e sim muitos riscos. Uma reforma nessa escala sempre cria problemas que ninguém antevê. E o Brasil, infelizmente, tem uma longa história de projetos que enfrentaram muitos problemas no processo legislativo, e como resultado foram adotados com muitas falhas técnicas, se é que foram adotados. O Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 são “excelentes” exemplos de códigos bem elaborados, mas que enfrentaram um processo legislativo extremamente longo. A essas alturas, o Brasil deveria saber que reformas em larga escala nunca são tão simples quanto parecem inicialmente. É muito mais recomendável dar pequenos passos, reformar dispositivos desatualizados ou insatisfatórios, e deixar o Código como está.

Deve-se admitir que se o Brasil adotasse um Código de Família, seguiria uma tendência recente na América Latina, na medida em que vários países no continente seguiram esse caminho. Na verdade, não sei como surgiu essa tendência, mas o que a minha pesquisa nessa matéria mostrou é que a codificação em separado da família facilmente cria problemas. O motivo é que o Direito de Família não está, obviamente, desvinculado do restante do Direito Civil. É muito difícil separar, por exemplo, o Direito de Família dos direitos de personalidade. O que aconteceria se essas matérias estivessem previstas em códigos distintos? Seria muito

fácil perder de vista essas conexões. Conheço vários exemplos na América Latina de ordenamentos nos quais esse perigo se materializou. A legislação prevê uma regra no Código de Família e não percebe que ela é inconsistente com outra regra do Código Civil. Quanto maior o número de fontes jurídicas, maior a fragmentação jurídica e maior o perigo. Quando, em vez disso, tudo se encontra em um único código, o legislador percebe com mais facilidade os potenciais conflitos normativos que possam surgir e pode adotar medidas para evitar contradições. Em geral, eu diria que é muito difícil extrair o Direito de Família do Código Civil sem mutilar os dois.

Reinhard Zimmermann – Jan acaba de mencionar a questão mais importante. O mais provável é que o principal motivo pelo qual um país queira retirar o Direito de Família do Código Civil seja que o Direito de Família se transforma muito rapidamente. É só pensar nas uniões homossexuais e em muitas outras reformas provocadas por mudanças sociais. A ideia é que a lei pode ser alterada mais facilmente se estiver em um diploma normativo específico. Mas o que sobrar do Código Civil se o Direito do Consumidor, o Direito Comercial, o Direito de Família, e possivelmente também outras partes forem retiradas? Considero que seja errado conceber um código dessa forma. O código pode mudar e, de fato, deve mudar paulatinamente. Mas é necessário lembrar que as diversas áreas do Direito Privado estão profundamente interligadas. Nesse sentido, o Código Civil pode perder um pouco da sua aura de monumento atemporal e se tornar algo mais próximo de um canteiro de obras. Mas talvez seja melhor trabalhar em um canteiro de obras do que viver em um museu legislativo.

(Risos.)

RDCC – Um dos projetos de Estatuto da Família que tramita no Congresso Nacional estabelece a definição de família. Agora mesmo, os brasileiros estão votando na definição de família. Tendo em vista o fato de que muitos países já reconheceram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, é conveniente criar uma definição rígida de família?

Jan Peter Schmidt – Não acho que seja uma boa ideia. De modo geral, não é uma boa ideia adotar definições legais. É sempre um perigo, porque cria limitações. Além disso, as definições quase nunca são exatas.

Reinhard Zimmermann – Voltando ao tema da relevância do Direito Romano. Bem, aqui temos um exemplo. Os romanos cunharam a frase: *omnis definitio in iure civili periculosa est*. As definições são amarras perigosas.

Jan Peter Schmidt – Isso é verdade especialmente quando o tema em questão é muito controverso, como é o caso do conceito de família. Ademais, o conceito não é estável, pois muda ao longo do tempo. Recentemente, tivemos a mesma discussão

na Europa: o que é a família? Quando o tema é tão controverso e de difícil articulação, é muito importante não tentar fixá-la em uma definição, pois muito provavelmente será inexata e poderá ficar desatualizada muito em breve. Além disso, também é um tanto quanto autoritário que um grupo da sociedade tente impor sua visão sobre a família no resto. Eu acredito que isso seja algo que não deve acontecer em uma sociedade liberal. Em vez disso, o conceito de família deve ficar sempre aberto à discussão e transformação.

RDCC – No que diz respeito aos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro, algumas pessoas alegam que ainda enfrentamos dificuldades. No Brasil, por exemplo, não se pode escrever uma biografia sem o prévio consentimento do biografado, mesmo que se trate de uma pessoa famosa. Qual a opinião dos senhores sobre o tema?¹⁰

Jan Peter Schmidt – Não estudei o tema em detalhe, mas duas semanas atrás tomei conhecimento da discussão em uma conferência. Acredito que a proteção dos direitos de personalidade foi longe demais nesse aspecto. Isso posto, não seria muito difícil interpretar o dispositivo em questão, o art. 20 do Código Civil, de acordo com a Constituição, no intuito de levar em consideração os interesses legítimos da sociedade.

Por sinal, os problemas mencionados podem ser concebidos como exemplos dos perigos da tendenciosidade que mencionei no contexto do Direito do Consumidor e que podem ser observados em muitas outras áreas também. O legislador, os juízes e os doutrinadores muitas vezes focam exclusivamente na proteção de certo grupo de pessoas, como os consumidores, as mulheres, as crianças, ou os detentores de direitos de personalidade, e assim esquecem que embora esses interesses mereçam ser protegidos, os interesses de outras pessoas ou grupos também devem ser levados em consideração. Não se pode conceder a um indivíduo um direito sem simultaneamente restringir a liberdade dos demais. O Direito Civil deve sempre procurar atingir o equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos. O art. 20 do Código Civil não alcançou esse equilíbrio, provavelmente porque o legislador não percebeu que uma proteção excessiva dos direitos da personalidade restringe indevidamente os interesses do resto da sociedade.

RDCC – Professor Zimmermann, o senhor é diretor do Instituto Max Planck para o Direito Estrangeiro e Direito Privado Internacional, em Hamburgo, e se

10. A entrevista foi realizada antes da decisão do STF, na ADI 4815, julgada em 10.06.2015, que liberou a publicação de textos biográficos sem prévia autorização dos biografados e seus familiares.

nador da Sociedade Max Planck. O senhor poderia explicar a estrutura e a missão dessas instituições?

Reinhard Zimmermann – A Sociedade Max Planck é composta por três divisões, que chamamos “seções”: (i) biologia e medicina; (ii) química, física, ciências técnicas; e (iii) humanidades. Muitas pessoas se surpreendem ao descobrir que a Sociedade Max Planck tem institutos de ciências humanas, porque Max Planck foi um famoso expoente das Ciências Exatas que recebeu o Prêmio Nobel de Física. Por motivos históricos, a entidade fundada sob a denominação *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft*, isto é, Sociedade do Imperador Guilherme, foi rebatizada *Max-Planck-Gesellschaft* após a Segunda Guerra Mundial. No todo, há hoje cerca de 85 Institutos Max Planck na Alemanha, além de cinco fora do país. Estive pessoalmente envolvido na fundação do Instituto Max Planck de Luxemburgo para Direito Comparado e Direito Processual Internacional. Dentro da seção de humanidades, temos 22 institutos, muitos deles na área do Direito: Direito Privado Comparado, em Hamburgo, Direito Internacional Público, em Heidelberg, Direito Penal Comparado, em Friburgo etc. A missão fundamental do Instituto Max Planck é realizar pesquisa de base em áreas intelectualmente estimulantes. Desse modo, isso serve para complementar o sistema universitário.

Alguns Institutos são de longa data (o nosso, por exemplo, foi fundado em 1926). Outros foram fundados mais recentemente, ou foram completamente redirecionados porque acreditávamos ter localizado uma nova área de pesquisa com potencial de produção de novo conhecimento. Na minha seção, dois exemplos são o Instituto Max Planck para Estética Empírica e o Instituto Max Planck para a História da Humanidade. Neste último estamos reunindo cientistas, arqueólogos e historiadores para descobrir e interpretar novos dados, tal como aqueles obtidos pela análise de genoma. De que forma as epidemias da peste se espalharam pela Europa? Quando e em que sequência as ilhas da Polinésia foram descobertas? Esse é o tipo de pergunta que fazemos e tentamos responder. Em muitos dos Institutos Max Planck, particularmente nos de ciências exatas, temos instrumentos grandes e caros que uma universidade normal não poderia fornecer. De certa forma, isso também se aplica a muitos institutos na minha seção. Assim, em nosso Instituto de Hamburgo temos o que é provavelmente a melhor biblioteca de Direito Civil e Direito Comercial da Europa, e possivelmente do mundo. Temos mais de 500.000 livros armazenados e nossa biblioteca se tornou um centro de conhecimento para acadêmicos nos nossos campos de pesquisa. Todo ano recebemos nas salas de leitura de nossa biblioteca entre 300 e 400 pesquisadores visitantes de longo prazo. Eles vêm de todos os lugares do mundo e muitos são estudantes, pós-doutorandos e colegas professores oriundos do Brasil e de outros países da América Latina. Assim, como eu disse, somos uma instituição de pesquisa. Elaboramos também pareceres para tribunais que se deparam com a necessidade de aplicar o direito estran-

geiro, bem como para o governo alemão, quando este deseja legislar no campo do Direito Privado, levando em consideração as experiências vividas em outros lugares. Todo Instituto Max Planck é dirigido por dois, três ou mais diretores. Em Hamburgo, temos três diretores, cada um com seu próprio grupo de trabalho composto por doutorandos e pós-doutorandos (*Habilitanden*, como dizemos na Alemanha). Cada diretor também recebe uma nomeação, em regime de dedicação parcial, para lecionar determinado número de horas em uma universidade. Eu, por exemplo, leciono Direito Romano e História do Direito na Faculdade de Direito Bucerius, em Hamburgo. Queremos manter essa relação com as universidades, porque a Sociedade Max Planck não é uma entidade que outorga diplomas. As pessoas que trabalham sob a minha supervisão obtêm seus títulos (seja o doutorado ou a livre-docência) na faculdade de Direito da qual eu seja professor. A sede geral (*Generalverwaltung*) da Sociedade Max Planck é em Munique. É o centro institucional dos cerca de 85 Institutos Max Planck. O órgão deliberativo máximo da Sociedade Max Planck é o Senado, composto por cerca de 40 membros, muitos dos quais representam o Governo Federal, os Governos dos estados federais, ou outras instituições acadêmicas superiores (o Conselho de Pesquisa Alemão – *Deutsche Forschungsgemeinschaft* ou DFG, a União dos Presidentes Universitários, a Fundação Alexander von Humboldt etc.), bem como as mais importantes instituições da vida pública na Alemanha: sindicatos, grandes empresas, igrejas, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha etc. Fui membro do Senado durante quatro anos enquanto exercia a presidência da seção de humanidades e subsequentemente, em 2011, fui eleito para representar pessoalmente a minha seção no Senado.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Limitation of liability for damages in european contract law*, de Reinhard Zimmermann – RDCC 3/215-248 (DTR\2015\6575).