

Entrevista com Stefan Grundmann, 277

DIÁLOGOS COM
A DOUTRINA

Entrevista com Stefan Grundmann

RTDC: Professor Grundmann, o senhor é doutor em direito e filosofia. Quais os civilistas e filósofos que mais influenciaram o seu pensamento?

SG: Entre os civilistas, são vários, mas talvez o mais importante seja Josef Esser. Ele escreveu um tratado de direito civil, mas é sobretudo a sua monografia que me interessa: "Pré-concepção e escolha dos métodos na criação do direito" (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*). A idéia-chave é que ninguém pode julgar neutramente, sem pré-concepção. Ele não diz "prejuízo", diz "pré-concepção". A idéia é que cada um pode dar conta da sua pré-concepção e torná-la mais pública, formulando-a assim: "Esta é a minha pré-concepção sobre este assunto, e eu julgaria assim ou assim/assado". E tudo isso tem uma influência enorme no direito. Os *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos, são mais ou menos baseados nessa monografia dos anos 70. Precisamos conceitualizar, ser mais transparentes quando falamos de direito e dizer: "Essa é a minha pré-concepção, tenho isso como base e julgo assim ou assado". Esclarecer os outros acerca da pré-concepção quer dizer também fazer um discurso diferente. Não dizer: "Mas isso, logicamente, é assim!". Mas dizer: "De acordo com essa pré-concepção, eu chegaria a esta solução". Isso, para mim, é muito importante. E a segunda pergunta: quais são os filósofos que me influenciaram? São muitos, sem dúvida. Sou, sem dúvida, aristotélico, mas também kantiano, num certo sentido. Quanto aos filósofos mais recentes, eu diria, talvez, que o que mais me influenciou foi o Jean-François Lyotard. Ele escreveu um livro que se chama *Le Différend*. Não é simplesmente "diferença", mas um conceito que está entre "diferença" e "briga". A idéia-chave é que, em nosso mundo pluralista, em nosso mundo de *diferentes verdades*, não podemos dizer: "Há um sistema e ele é assim". Temos de aceitar, e isso é o primeiro passo, as inúmeras "diferenças" e também as "brigas", e saber distinguir: as "diferenças" são aquelas que ainda podem ter um discurso; as "brigas" às vezes têm de ser decididas, mas não chegam sempre a uma solução entre posições divergentes. E a idéia mais importante para mim nisso tudo é que isso não é nada ruim. O Lyotard é muito aberto e muito sincero, e ele diz, com a sua base nietzschiana, que tudo isso também é uma fonte de grande dinamismo. Esta idéia é muito importante para a nossa situação jurídica, com as suas muitas fontes diferentes, como na Europa, com o direito nacional, o direito dos privados etc. Todas essas fontes configuram discursos diferentes. Não

formam um sistema só, um sistema claro, com *uma* norma chave, a partir da qual tudo pode ser deduzido, como diz Hans Kelsen. O Lyotard é um pensador que admite haver quebras nos sistemas e isso, a meu ver, se ajusta muito bem ao modo como é o mundo hoje. E o mundo é o objeto do direito.

RTDC: Professor, o senhor tem intensa atividade acadêmica e vasta produção científica, dentre as quais se destacam publicações com importantes juristas estrangeiros.

Qual o seu método de trabalho? Quando e como o senhor escreve no seu dia-a-dia?

SG: Há uma coisa que faço sempre quando escrevo: desligar completamente telefones, e-mails, tudo. Normalmente, gosto muito de escrever cedo da manhã ou tarde da noite. Não tanto durante o dia. Consigo escrever durante duas ou três horas, às vezes duas vezes ao dia, mas não mais. Por opção. Para mim não é possível escrever continuamente. O que normalmente faço é ler muito antes e depois já não consulto os livros ou os artigos. Tenho uma idéia boa da matéria, mas escrevo completamente sem notas, porque tenho a impressão que se seguir sempre a literatura já existente, não crio novidades. Ao final, verifico de novo o que os outros disseram, integrando tudo no texto e refletindo sobre o estado da doutrina hoje.

RTDC: De todas as suas obras, qual a que considera a mais importante?

SG: Isso é difícil de responder. Tenho uma obra que já foi publicada em inglês e que tem muita ressonância, porque trabalho muito no contexto europeu. Mas há uma outra que considero *quase* mais importante. Chama-se *Direito europeu dos contratos*. É uma obra que saiu pela primeira vez em 1999 e saiu agora na segunda edição. E esta obra transformou algumas diretivas existentes em uma matéria, sistematizando-as. O título, *Direito europeu dos contratos*, não existia até esse momento, o que acabou por dar um pouco de estrutura, de sistema, a tudo isso. Há também uma edição de artigos de outros professores, que eu coordenei e que tem o título *Criação de sistema e lacunas no sistema no direito privado europeu* (*Systembildung und Systemlücken im Europäischen Privatrecht*). No meu livro, eu digo, por exemplo, que o direito europeu dos contratos para o mercado comum é um direito sobretudo de transações empresariais. Isso é importante para o mercado comum, mas é também importante a idéia de que as regras no direito europeu dos contratos são principalmente regras de informação e não tanto de substância. Essa é a obra que abriu toda uma matéria que continuo a estudar e a discutir.

RTDC: Além da vasta produção jurídica, o senhor tem ainda livros sobre arquitetura de Roma e arquitetura moderna e pós-moderna. É também admirador da obra de Oscar Niemeyer. Qual o ponto de contato entre a arte e o direito? Como foi a experiência de participar recentemente de um programa de TV, falando acerca de poesia no direito?

SG: É verdade que gosto muito da arquitetura pós-moderna, mas admiro principalmente a moderna: Le Corbusier, Oscar Niemeyer, que vi em Brasília pela primeira vez. Mas diria que há mais relação entre o direito, o que faço no direito, e a arquitetura pós-moderna. E o que expliquei agora, sobre *Le Differend*, de Lyotard, um dos textos-chave do pós-modernismo, não só tem grande importância para o direito, mas também, evidentemente, para a arquitetura, porque a arquitetura moderna é uma arquitetura que sublinha as formas fechadas, claras, a forma pesada e ao mesmo tempo leve. Então, este grande dinamismo é um idioma muito expressivo. O pós-modernismo, por sua vez, é muito mais cético. Nós quebramos as formas, inserimos um pouco de arquitetura muito antiga, algumas colunas, e isso tudo constitui uma reação, mas ao mesmo tempo constitui também a expressão de que a arquitetura não pode configurar somente *um* sistema. Ela possui quebras entre os sistemas. Isso é um paralelismo bastante evidente e que tem repercussões no direito. Um dos meus artigos, também muito importante para mim, chama-se *Pluralismo de métodos* e demonstra como, no direito, uma economia igual seria o oposto de uma teoria econômica e também sociológica. O direito europeu e o direito nacional, e todas essas quebras não permitem um sistema fechado, mas vários pedaços de sistema que se harmonizam entre si da melhor forma possível. Quanto ao programa de TV, a poesia no direito... Eu gosto muito do direito também como fenômeno lingüístico e como parte da história das idéias. Isso é atraente também para um público mais abrangente. Há um jurista, que faz sobretudo filmes e livros, o Alexander Kluge, que me pediu para fazer um filme com ele. O direito tem uma coisa que é desconhecida muitas vezes: o direito foi uma ciência-chave para linguas, sobretudo em Berlim. Quando foi criada a Universidade de Berlim, em 1810, vários juristas acabaram por exercer uma influência grande sobre a lingüística e a filologia. O grande Wilhelm von Humboldt, que foi jurista e fundador da Universidade, teve a idéia de que diferentes linguas propiciam um modo de pensar diferentemente. Ele foi o criador da lingüística comparada. Por quê? Porque trabalhou tanto com a língua como com o direito. E tem um personagem paralelo — e isso tem a ver com poesia — que é o Savigny, o primeiro jurista da Faculdade de Direito. Ele teve dois alunos, os irmãos Grimm, que pesquisaram e organizaram todas as histórias populares, e ao mesmo tempo estudaram e refletiram, e com isso criaram a filologia alemã. Eles foram os primeiros professores, em toda a Alemanha, que, sendo juristas de formação, falaram também das idéias da literatura jurídica em consonância com as idéias das obras literárias.

RTDC: O senhor falou da lingüística comparada. Quais são a necessidade, a utilidade e os principais perigos embutidos no recurso ao direito comparado? No Brasil, muitas vezes, o direito comparado é utilizado sem método, como se para fazer "direito

comparado” bastasse citar artigos do BGB, por exemplo, sem a análise da jurisprudência, sem a análise da doutrina, sem muita preocupação. Queríamos ouvir a sua opinião sobre a necessidade, a utilidade e os perigos.

SG: A necessidade do direito comparado tem evidentemente aumentado com a superação das fronteiras, com a globalização. Há muito trabalho a ser feito no sentido da harmonização no nível europeu. E, normalmente, o direito comparado constitui, para isso, uma das bases. Como as ciências jurídicas são mais normativas, e não só pragmáticas, mas buscam também a valoração, o direito comparado é muito útil. Agora, no método do direito comparado, se um jurista só olha para o código e não para a jurisprudência, isto não é o direito comparado como o direito é no outro país. Isso é evidente, embora não seja respeitado. O direito comparado quer dizer o direito como verdadeiramente é aplicado no outro país. Agora, tomando-se também o bom método, o direito estrangeiro como é verdadeiramente no outro país, ainda assim o direito comparado, nos seus meandros, apresenta um grande perigo. E isso é que os comparatistas olham muitas vezes para o direito sob uma “perspectiva de ave”, muito sumariamente e criam conceitos bastante gerais. Tantas vezes observamos que os comparatistas sabem menos do que aqueles que fazem sobretudo direito interno sobre o caso preciso, digamos, os detalhes e pormenores. Isto é um problema. E isto se revela muito bem no Quadro Comum de Referência, que representa um pouco a idéia do Código Europeu, mais ou menos como um primeiro modelo. E o grupo que o fez era sobretudo formado por comparatistas. E eles optaram por colocar em muitas ocasiões somente uma cláusula geral, o que não dá resposta aos problemas concretamente, mas apenas genericamente. E isso eu acho que seja um perigo se verdadeiramente as nossas leis do futuro forem feitas sobretudo por comparatistas. Faltaria aí esta precisão da dogmática interna do país. Não temos muitos comparatistas que gostam também de matérias mais técnicas, como o direito financeiro e a teoria interdisciplinar, que tem a ver com isso. Então, o comparatista é importante, sim, mas para a legislação do futuro não é suficiente. São necessárias outras perspectivas: uma, a dogmática; a outra, o modernismo, o pragmatismo, as questões modernas com um forte conhecimento acerca de teorias interdisciplinares.

RTDC: O senhor é professor titular de uma das maiores universidades da Alemanha, a Humboldt, em Berlim, e é fundador da Humboldt European Law School. Qual a diferença entre esse curso, oferecido pela Humboldt, e a formação jurídica clássica?

SG: A formação jurídica clássica fala sobretudo de um direito: às vezes também da teoria do direito, da metodologia, da história do direito, mas de *um* direito, pelo menos nos grandes Estados europeus. E fala, sobretudo, de casos decididos por juizes que se defrontaram com

casos já acabados e que agora têm de apresentar a solução para um caso já fechado, que já aconteceu e não pode ser modificado, mas só decidido. Isso tudo é importante, mas no nosso tempo a visão de outros direitos, de outros sistemas jurídicos, é também importante, por ser capaz de criar uma geração de juristas europeus, escolhendo-se, nesse processo, três sistemas jurídicos exemplares. É isso o que fazemos na European Law School: o direito alemão, o direito francês e o direito inglês. E o estudante completa o curso com a formação num desses sistemas e também com formação nos dois outros, por exemplo, em direito privado, ele frequenta um ano em cada país, tomando tudo isso como uma comparação entre esses sistemas, e essa comparação apresenta vários aspectos metodológicos. Além disso, temos também escritórios que colaboram conosco. Uma vez que estas três noções já estão em jogo, uma vez que fazemos esta comparação entre sistemas jurídicos, é muito mais fácil também defrontar-se com um outro problema jurídico, ou seja, a criação para o futuro, a criação de um contrato, de uma sociedade, de uma lei. Então, não é só julgar o passado, mas criar alguma coisa para o futuro. Essa é a metodologia da European Law School. Em resumo, estamos contentes com o que temos, mas queremos também complementar o estudo com alguns aspectos de direito comparado, com a comparação de soluções e criação, pois o momento criativo servirá para futuros casos e futuras soluções.

RTDC: O senhor é professor visitante em diversas universidades estrangeiras, como a King's College, de Londres, e a Oxford University. Há uma tendência à convergência entre *Common Law* e *Civil Law*? Qual o papel da *Common Law* na formação do direito privado europeu?

SG: Eu diria que há, sim, uma convergência, mas não só entre *Common Law* e *Civil Law*, mas também entre diferentes sistemas jurídicos de *Civil Law*. E isso tem a ver com uma maior harmonização, que leva os Estados à convergência, mas também muito mais com a ampla circulação de idéias. Eu acho um pouco exagerado sempre falar de *Common Law* e de *Civil Law*. São vários sistemas presentes: os sistemas escandinavos, que têm um certo caráter; o sistema italiano, com um outro caráter; o francês; o alemão... Talvez o alemão, o francês e o inglês tenham uma certa importância ainda maior. Talvez. Mas, digamos que esse discurso entre diferentes sistemas jurídicos na Europa não se divide entre *Civil Law* e *Common Law*. Agora, qual o papel do *Common Law* na formação do direito privado europeu? Vários papéis, eu diria. O *Common Law* contribui muito para o discurso europeu por causa do seu estilo, que é pragmático, onde os casos são importantes. Mas isso também acontece na Alemanha, por exemplo, que porém é um sistema mais baseado na idéia de boa-fé e da proteção de partes mais fracas. Ao mesmo tempo, o Reino Unido, com o *Common Law*, tem que ser capaz

de convencer os outros. E muitas vezes é mais convincente uma solução inglesa, tão boa como a solução européia, como, por exemplo, no caso da diretiva sobre *takeover*, aquisição de controle, onde o Reino Unido apresentou uma solução muito boa, que acabou sendo adotada a nível europeu. Isso acontece mais nas matérias críticas e importantes para o Reino Unido, sobretudo sociedade e finanças, e menos em outras matérias, como o direito dos consumidores. Aqui, outros países têm mais influência.

RTDC: Como o senhor vê o direito privado europeu hoje? A Europa tem realmente uma base jurídica comum, que nos permita falar de um “direito europeu”?

SG: Isso é um processo. Eu diria que em várias matérias, sobretudo contratos e sociedades, talvez um pouco na área do trabalho também e de processo civil. Já temos tantas diretivas e regulamentos que podemos dizer que temos princípios e um sistema nesse conjunto de regras, embora seja um sistema fragmentado. Isso se revela através das publicações, como a que coordenei em 1999. Temos, sem dúvida, uns cinquenta livros que abordam questões de sistema no direito privado europeu. Mas, ao mesmo tempo, o Quadro Comum de Referência, que citei como um possível modelo para o Código Europeu, provém de duas fontes. Uma dessas fontes é a sistematização do que já temos como harmonização no direito europeu. Então, eu diria que se compararmos com o que tínhamos há dez, vinte anos, claramente temos hoje muito mais sistema, muito mais direito comum. Mas se compararmos com um verdadeiro Código Europeu, e, como vocês sabem, eu diria um Código Europeu dos Contratos, não temos ainda um quadro completamente sistemático, não temos ainda uma base verdadeiramente comum, porque ela está bastante fragmentada. Então, ainda há passos a serem dados, mas já chegamos a um certo ponto avançado neste caminho.

RTDC: O senhor tem muitos escritos sobre sistema no direito privado europeu. Pode-se falar em sistema no direito privado europeu?

SG: Já respondi a isso em parte, mas digamos que, em 1999, a idéia quase unânime era a de que harmonização queria dizer somente “harmonizar um pouco aqui, um pouco ali”, mas de modo completamente fragmentado e assistemático. Depois de 1999, e desta série de palestras coordenadas no livro *Criação de sistema e lacunas no sistema*, bem como da tese de habilitação sobre *Sistema no Direito Europeu dos Contratos*, de Karl Riesenhuber, que foi meu orientando, o sistema no direito privado europeu mostra-se mais evidente. Eu diria que se podem distinguir princípios bem detalhados nas matérias de contratos, sociedade e trabalho.

RTDC: O senhor também já escreveu sobre a arquitetura do Código Civil Europeu, com especial destaque para o direito contratual e o societário. A qual resultado o

senhor chegou? É viável e realística a elaboração de um Código Civil Europeu? O que fala a favor e contra a codificação? O Brasil promulgou recentemente um novo Código Civil, e a Alemanha reformou o BGB. Estamos vivendo um momento de recodificação?

SG: Estamos vivendo, sim. Disso tenho certeza. Mas no nível nacional a coisa funciona diferentemente do nível europeu. O modelo nacional tem de apresentar regras para tudo. Então, é muito normal que uma codificação do direito privado queira criar uma codificação *para todo* o direito privado. Isto não é o caso do direito europeu, porque no direito europeu ainda temos como matéria subsidiária os direitos nacionais que podem suplementar o direito europeu, onde existem lacunas. Então, se para o direito europeu a pergunta é: "Precisamos verdadeiramente de um instrumento comum para toda a comunidade europeia?", a segunda pergunta deve ser: "Somos capazes de criar tal instrumento?". Se tomarmos estas duas perguntas e falarmos seriamente sobre o assunto, estou certo de que a melhor coisa a fazer seria criar só um Código Europeu dos Contratos. Porque os contratos são uma matéria na qual as pessoas agem considerando as leis, tomando-se o direito em consideração. Isso não é o caso de muitas outras matérias, e muitas outras matérias são mais locais. Os contratos são possivelmente internacionais. E mesmo assim é difícil codificar em nível europeu todo o direito dos contratos. E se isso já é difícil, melhor então tentar fazer isso bem e não pôr tudo lá dentro, pois assim não chegaremos a criar um novo direito contratual. Essa minha postura pode sugerir a idéia de que sou cético, mas é completamente o contrário. Eu sou muito otimista em relação a um Código Europeu, mas com limites justos. E por quê? Porque, para criar uma comunidade europeia também em pensamento, é muito importante termos esse ponto de referência para todos. E se há um código, há ainda as leis nacionais. Todos falam das mesmas coisas, dos mesmos problemas. Por isso tudo eu acho ainda que o Código Europeu deve ser opcional, quer dizer, as partes podem optar se verdadeiramente querem aplicá-lo. Isso apresentaria a grande vantagem de ajudar os legisladores nacionais a aceitar esse código, porque a França não vai abandonar o *Code Civil*, a Inglaterra não vai abandonar o *Common Law*. Mas todos podem aceitar, talvez, um bom Código Europeu dos Contratos sobre uma base opcional. E depois decidimos qual é o sucesso do projeto. Mas será, de todas as formas, uma codificação que dará o modelo. Se a codificação for boa, também dará peso e representatividade à Europa, mais peso e representatividade do que dão isoladamente o direito alemão, o italiano ou o grego.

RTDC: Quais as mais importantes inovações discutidas no processo de elaboração do Código Europeu?

SG: Há inovações metodológicas e de conteúdo. A inovação metodológica mais importante talvez seja a de criar um código opcional. Temos já um exemplo de código opcional no direito dos contratos, que é a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda, mas esta convenção só se aplica em casos internacionais. Agora, se criarmos um Código Europeu dos Contratos com chances de sucesso, sem dúvida que a condição de ele ser um instrumento opcional seria insuficiente. Teria de ser um código opcional que pudesse ser escolhido também por partes em casos puramente domésticos. E este código teria que abarcar não só os contratos comerciais, mas também os contratos com consumidores e toda a regulamentação da proteção das diferentes partes “fracas” e dos terceiros. Enfim, todo um conjunto de direito dos contratos. Se esse código for aplicável também no direito interno, possuindo uma variedade de regras muito maior, a modelagem de como serão as opções se tornará muito mais difícil. Não se pode dizer somente que as partes podem optar, pura e simplesmente, por aplicar o Código Europeu. Muitas vezes é o contrário: as partes *têm* de escolher e optar *dentro* deste código. Pode ser também que partes do Código tenham que ser aplicadas imperativamente. Então, todo esse dilema acerca de quando se aplica o Código e quando as partes podem optar deferentemente é um desafio novo, cuja solução ainda não encontramos. Agora, quanto ao conteúdo, há evidentemente muitas invenções ou desenvolvimentos novos. E cada um vai dizer: “*isso é mais importante*” ou “*aquilo é mais importante*”. No Quadro Comum de Referência, eu diria que as regras de informação são muito importantes, porque também são importantes na harmonização que já temos. Mas ao mesmo tempo eu diria que muitas inovações e muitas discussões modernas estão ausentes do Quadro Comum, no “projeto” de Código Civil Europeu, tal como está agora. Teriam que ser integrados ainda os contratos de longo prazo, as redes de contratos, a relação entre autonomia privada e regulamentação, ordens de regulamentação, etc. Esses são exemplos que no Quadro Comum não têm um papel muito importante, mas são inovações que devem ser feitas agora para o direito dos contratos moderno.

RTDC: Até que ponto o direito europeu tem sido influenciado pelo direito privado alemão?

SG: A resposta é mais ou menos aquela que dei quando falamos de *Common Law* e *Civil Law*. Também o direito alemão, quando convincente, tem um papel relevante. O alemão é somente a terceira língua, depois do inglês e do francês. Então, o pensamento alemão, em língua alemã, não tem um papel tão importante por causa da língua. Mas, ao mesmo tempo,

a Alemanha, sendo um país com grande poder econômico, tem uma influência importante, sim. Mas repito: o direito alemão tem esta influência só quando é também convincente quanto ao conteúdo.

RTDC: O direito alemão tem sido fortemente influenciado pelas diretrizes europeias, principalmente na área do direito do consumidor. Em quais outras áreas isso também ocorre?

SG: Eu diria que no direito do consumidor a Alemanha já tinha antes muitas das regras das atuais diretivas. A Alemanha exerceu muita influência sobre a harmonização europeia nessa matéria e não vice-versa. Eu diria que há outras matérias nas quais as diretivas europeias influenciaram muito a Alemanha. A matéria mais importante talvez seja o direito dos mercados de capitais. Nós não tínhamos antes um direito dos mercados de capitais desenvolvido. Tudo isso é europeu, e agora também alemão. Também no direito do trabalho há várias coisas que vieram da Europa. O direito do consumidor, no entanto, talvez não seja o melhor exemplo de uma matéria onde a Alemanha recebeu mais da Europa do que deu. Aqui, ela influenciou bem mais o direito europeu.

RTDC: Até que ponto a jurisprudência alemã tem se deixado influenciar pelas decisões do Tribunal Europeu? O método da interpretação conforme as diretivas tem sido realmente aplicado pelo Judiciário alemão?

SG: A interpretação conforme as diretivas é uma interpretação que busca conformar o direito nacional à interpretação que a Corte Europeia dá à diretiva. Muitos dos acórdãos da Corte Europeia, que estabeleceram esse instituto da interpretação em conformidade com a diretiva, são baseados em casos alemães, e muitos tribunais alemães fizeram a referência à Corte Europeia. Nem sempre, portanto, é a Corte Suprema, o BGH, que decide, mas também essa Corte freqüentemente faz referência à Corte Europeia, cada vez mais, principalmente na matéria dos contratos. Têm muitos casos importantes nos quais os BGH faz referência e depois, quando obtém a resposta da Corte Europeia, o BGH também a segue.

RTDC: O método de trabalho das cortes alemãs influenciou muito o Tribunal Europeu?

SG: A Corte Europeia, digamos, adota um estilo que muitas vezes caracteriza-se por estar baseado na jurisprudência francesa. O que quer dizer: tem um estilo que não explica muito, que decreta mais, mas os argumentos são expostos de modo bastante breve. Normalmente, em um acórdão, a fundamentação tem de três a cinco páginas. O último acórdão da Corte Constitucional alemã sobre o Tratado de Lisboa tinha 150 páginas, mais ou menos. É uma exceção, mas digamos que normalmente os acórdãos dos tribunais superiores alemães

apresentam umas 20, 25, 30, às vezes até 50 ou 100 páginas. Então, eles explicam muito mais. Por outro lado, a Corte Européia tem os pareceres dos advogados gerais, o *advocate general*, os quais são muito mais extensos, e a Corte quase sempre segue esses pareceres. E aí o estilo fica muito mais parecido com o de um acórdão alemão, com muito mais citações e discussões sobre as diferentes opiniões doutrinárias, inclusive em diferentes Estados. Se considerarmos tudo isso, levando em conta também que em cerca de 90% dos casos a Corte segue o parecer dos advogados gerais, a resposta é sim. No conjunto, sim. Não é tão diferente o modo de fundamentar um acórdão no nível europeu e no nível alemão.

RTDC: O senhor ressalta sempre a importância de as cláusulas gerais serem mais bem utilizadas no processo de interpretação e aplicação do direito. A jurisprudência, contudo, realizou uma profunda transformação no direito das obrigações alemão, através do chamado aperfeiçoamento judicial do direito, utilizando-se principalmente da cláusula geral da boa-fé objetiva. Quais os riscos existentes na aplicação desse mecanismo? Em sua opinião, quais são os limites da criação judicial do direito? Isso é de fato uma questão de separação de poderes, como defende o filósofo alemão Bernd Rüthers?

SG: A cláusula geral tem um papel muito mais importante no direito alemão do que no dos outros países da comunidade européia. Isso se deve ao fato de que a Alemanha sofreu muito com a crise econômica de 1929. Esse foi o momento do nascimento da cláusula geral, sobretudo do § 242, a boa-fé. Os tribunais usaram muito esse conceito para remediar as consequências mais duras daquela crise. Já nos anos 30, um professor alemão falou a respeito da “fuga para as cláusulas gerais”. Isto já era uma crítica, que tem vários aspectos. Um aspecto é o colocado pelo professor Justus Hedemann, que disse: “Isto não é dogmática adequada, é mais uma crítica de como deve agir um bom jurista”. A crítica do Bernd Rüthers é outra. Ele diz que as cláusulas gerais ajudaram a interpretar a lei durante o período do nacional-socialismo, de modo que, sem alterar a lei, se podia aplicar a filosofia dos nacional-socialistas também no direito positivo. E para ele, um grande pensador do direito alemão, o Karl Larenz, é o exemplo mais horrível, porque o Karl Larenz nessa época teve muito a ver com o regime... A questão é um pouco mais sutil, mas há claramente este problema com o Karl Larenz. Hoje, o que criticamos sobretudo é a questão da repartição ou da legitimidade entre diferentes poderes. Legislar somente com cláusulas gerais significa não decidir os pormenores, e muitas vezes nem as linhas gerais de uma solução, dando esta incumbência ao juiz. Mas há países onde os juízes também tomam decisões amplas e não se diz que esses países sejam menos democráticos. O Reino Unido certamente não é pouco democrático na sua história. Mas a

cláusula geral evidentemente produz o efeito de o juiz ter que decidir mais, e o legislador, menos. No nível europeu, eu diria que, como não temos uma comunhão de idéias assim tão coerente como no direito nacional, a cláusula geral é mais problemática, porque o juiz ou a Corte Européia não têm esta comunhão de idéias e opiniões comuns, como têm digamos o House of Lords e a Court de Cassation, em Paris. Então, em nível europeu, o recurso à cláusula geral instaura um problema de segurança jurídica.

RTDC: No Brasil discute-se intensamente sobre a boa-fé objetiva, que teve relevante papel na Alemanha no processo de aperfeiçoamento jurisprudencial do direito, por meio do qual a jurisprudência criou importantes institutos jurídicos, como a quebra da base do negócio, a responsabilidade pré-contratual, a categoria dos deveres laterais de conduta e da relação obrigacional sem dever da prestação, surgida com um simples contato negocial. Todas essas figuras encontram-se agora positivadas expressamente no BGB. Como o senhor vê a aplicação da boa-fé objetiva em outras áreas do direito privado, como, por exemplo, no direito das coisas ou no direito de família? A eficácia da boa-fé se processa de forma diferente nessas áreas?

SG: Na Alemanha, a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva é primordial. A boa-fé objetiva não requer qualquer elemento subjetivo. Então, só o fato de pôr em perigo a outra parte ou terceiro já justifica a aplicação da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva foi aplicada tipicamente no direito alemão em transações de massa, transações que se processam em grandes números no mercado. Mas há casos muito excepcionais. Por exemplo, a boa-fé objetiva foi a base do início do controle das cláusulas gerais abusivas. Agora, em relação ao direito das coisas, há um exemplo onde a boa-fé objetiva teve um papel importante: o direito das garantias, a ordem entre as diferentes garantias, sejam reais ou pessoais. Neste caso a boa-fé serviu de base para limitar o direito dos credores de se reservarem garantias demais, criando assim riscos para outros credores e limitando a liberdade do devedor. Ali tínhamos uma ordem objetiva do mercado, criada pela aplicação da boa-fé objetiva. No direito de família, eu diria que normalmente se aplica a boa-fé subjetiva. O direito das famílias é sempre composto de casos individuais e não de massa, e aqui o aspecto subjetivo é muito mais importante.

RTDC: O magistrado brasileiro vem abandonando paulatinamente o método interpretativo positivista, fundado sobretudo no pensamento kelseniano, em busca de uma interpretação sistêmica, calcada principalmente no diálogo entre o Código Civil e a Constituição, em cujo processo as cláusulas gerais adquirem grande relevância.

Qual a importância, atualmente, do pensamento de Hans Kelsen para a teoria jurídica alemã e européia?

SG: Hans Kelsen é ainda bem conhecido na Alemanha, sem dúvida. Na Áustria, ainda mais, mas não na Europa toda. Talvez na Itália, sim, mas os ingleses não o conhecem e os franceses pouco citam Kelsen. Para o direito europeu, a idéia de que tudo emana de *uma* norma de base e que existe *um* sistema de normas, de regras, é muito minoritária. Normalmente se diz que temos pelo menos dois sistemas. Sim, o direito europeu é superior ao direito nacional, mas ao mesmo tempo o sistema nacional convive a seu lado e isso se demonstra no modo como as cortes constitucionais julgam os casos, como o Tratado de Lisboa ou Tratado de Maastricht. Eles dizem que o tratado tem de respeitar também os limites constitucionais do nível nacional. Há, portanto, dois sistemas, um ao lado do outro. Temos ligações entre os dois sistemas, mas já não é a idéia de *uma* regra que seja a base de tudo e o resto que se adapte a esta norma ou regra fundamental. Entre a Constituição e o direito privado a relação também não é assim. Nós falamos sobretudo de eficácia indireta da Constituição no direito privado e neste caso também a Constituição não pode ser considerada regra de base, que tudo decide. Também o direito privado tem a sua lógica à parte, influenciada pela Constituição, mas não tão diretamente, como descreve Hans Kelsen.

288

RTDC: Uma das suas principais áreas de pesquisa é a relação entre economia e direito. Qual a sua opinião sobre a chamada análise econômica do direito? Como essa teoria tem sido recepcionada na Alemanha e na Europa?

SG: Esta teoria é evidentemente menos importante na Alemanha e menos ainda em outros países da Europa do que nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, eu diria que um bom artigo para uma revista de qualidade não pode ser feito sem uma análise econômica. Esse método tem hegemonia, ao menos em certas matérias. Isso não é evidentemente o caso na Alemanha e menos ainda em outros países. Talvez o Reino Unido dê também uma grande importância à análise econômica. O que eu pessoalmente acho interessante na análise econômica é conhecermos modelos de valorização de regras, modelos coerentes e com uma grande teoria. Ao mesmo tempo, esta teoria é abstrata demais. Os modelos têm de fazer presunções que não são a realidade. E por isso, eu diria que a análise econômica é interessante como inspiração para a valoração do jurista, que tem de conhecer quais são esses modelos, mas, ao mesmo tempo, a análise econômica não obriga o jurista a seguir esses resultados. Ele tem que levar isso em consideração, mas tem que ter sua opinião baseada na vida como verdadeiramente é e não em presunções que talvez restrinjam a verdade ou a realidade.

RTDC: Em sua opinião, qual o impacto da atual crise econômica na execução dos contratos? Como o direito privado pode se proteger dos efeitos catastróficos das crises econômicas?

SG: Isso é uma palestra toda, de duas horas pelo menos... Em resumo, eu diria que a crise mostrou que nós temos que discutir o direito dos contratos e o direito das sociedades mais conjuntamente. Os contratualistas têm de saber o que a ciência do direito societário discute, porque muitas idéias desta matéria entram também no direito dos contratos. Mas em ambas as matérias, que são as matérias onde a crise econômica teve a sua raiz, o que esta crise demonstra é que a discussão tem que ser internacional; tem que ser interdisciplinar; tem que falar do modo como se criam as regras e tem que levar em consideração os efeitos dos contratos, bem como das sociedades sobre terceiros. O modo como se cria uma regra pode ser, por exemplo, através de entidades privadas, como as empresas de *rating*. Em entidades privadas os conflitos de interesse são diferentes, são maiores tipicamente, e isso se revela muito bem no caso das empresas de *rating*, que fizeram essas regras, mas, ao mesmo tempo, eram também consultoras dos contratos ou dos títulos e que depois os avaliaram. Um claro conflito de interesses. E assim temos que ver quem faz qual regra, se isso pode ser ou não pode ser, etc. Então, a crise econômica, num certo sentido, demonstra que a ciência jurídica, nas matérias afetadas, tem que se tornar ainda mais aberta.

RTDC: No Brasil começa-se a questionar a efetiva utilidade de se adotar a teoria da violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, uma vez que estas figuras, associadas a uma releitura funcional do conceito de adimplemento, já abarcariam as hipóteses que se pretende disciplinar por meio da referida teoria, inclusive a violação de deveres laterais. A violação de deveres laterais, no curso da relação contratual, está submetida à mesma disciplina, por exemplo, quanto à possibilidade de execução específica e prescrição, do que a violação do dever de prestação?

SG: O núcleo dessa pergunta é se o sistema "individual", de diferentes tipos de violação, seria preferível ao sistema de se ter uma regra geral para a violação do contrato. Eu claramente sou a favor da nova regra. Aliás, organizei com um dos grandes juristas alemães, Dieter Medicus, a primeira conferência sobre a reforma, a única que foi positiva, pois as outras conferências depois foram muito, muito críticas. Mas esse é na verdade o modelo da diretiva sobre compra e venda, e a Lei de Reforma do Direito das Obrigações de 2002 teve de transpor esta diretiva para o direito nacional. Mas esse modelo, ao fim das contas, já tinha sido adotado na Convenção de Viena sobre Compra e Venda. Então, a Convenção de Viena criou este tipo,

uma direção, *uma* regra para a relação, só pequenos pormenores em que ainda temos um tratamento diferente. Depois a diretiva reproduziu este modelo, e o direito alemão agora o adota como um modelo geral, não só para a venda, mas para contratos em geral. E isso é o único passo em que o direito alemão vai além da diretiva, porque aplica este modelo a todos os contratos. Agora, por que este modelo é melhor? Era absurdo ter uma prescrição de seis meses a trinta anos. E isso dependendo da questão ser só mora ou defeito. Normalmente o cliente, o comprador, se pergunta: "recebi o que contratei ou não recebi?". E o interesse é tão coerente e uniforme, que eu diria que, em linha de princípio, é bom ter *uma* regra, *uma* sanção bastante uniforme à violação desta expectativa.

RTDC: Gostaríamos de lhe pedir uma mensagem para as novas gerações de juristas brasileiros, em termos do direito do porvir, do futuro.

SG: A mensagem é que vivemos num tempo extremamente interessante, porque as idéias no mundo inteiro circulam cada vez mais facilmente. É fácil para as pessoas, mas também para as idéias influenciarem ou serem formadas em outros países e com outros estilos. Isso, a meu ver, é muito importante para o direito, porque o que vejo no último século, com os grandes códigos, é que o jurista se limitava demais só à interpretação do seu código. E isso é uma coisa não completamente técnica, mas acaba por excluir muitos aspectos. O papel do jurista na sociedade tem de ser mais amplo. Tem de considerar as soluções de outros países, mas também teorias de outras ciências. E com a internacionalização e o crescimento da importância também da harmonização, por exemplo, na Europa, aumentam demais as chances de uma ciência jurídica que contenha estes outros ingredientes, outros aspectos. Portanto, a chance de alcançarmos essa ciência jurídica é muito maior hoje. É este o papel do jurista no nosso mundo: fazer com que este tempo de hoje constitua um passo realmente interessante.