

Christian Baldus e a autonomia epistemológica do direito privado



Otavio Luiz Rodrigues
Professor da USP

Não é possível extrair do Direito Romano um conceito uniforme de

autonomia privada. Muito menos é adequado afirmar que a chamada “autonomia privada” fosse exercida de modo ilimitado; eram conhecidas diversas restrições a seu exercício. A doutrina dos defeitos negociais é um exemplo dessa orientação, à qual se somam mecanismos de correção, como a *restitutio in integrum*, fonte originária da pretensão à anulação de negócios por defeito de vontade e a restituição integral em favor dos menores. Essas são algumas das ideias de Christian Baldus, catedrático de Direito Civil e Direito Romano da Universidade de Heidelberg, que estará no Brasil nos dias 14 e 15 de junho para ministrar aulas na disciplina de pós-graduação *Direito Privado e Direitos Fundamentais*, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da qual é corregente, ao lado deste colunista.

Baldus, em seus escritos, tem combatido a “lenda negra” formada contra o Direito Romano e, indiretamente, o Direito Civil, apresentados caricatamente como disciplinas favorecedoras da opressão aos vulneráveis. É necessário distinguir o estudo e a contemplação do Direito produzido por uma elite romana culta e os pressupostos sociais de seu tempo. Refletir e estudar o primeiro não implica adotar uma postura regressista, orientada à restauração daqueles pressupostos sociais de outros tempos.^[1]

Outra preocupação de Christian Baldus recai sobre o conceito de interpretação da norma jurídica. Para ele, a interpretação é a busca pelo sentido da norma. Tradicionalmente, a atividade interpretativa se utiliza dos cânones hermenêuticos clássicos, atribuídos total ou parcialmente a Savigny: a) interpretação literal ou gramatical; b) interpretação histórica; c) interpretação sistêmica; d) interpretação finalística.

A interpretação histórica, sob as luzes do século XIX, voltava-se para a seguinte questão: quais os motivos do legislador? A *mens legislatoris* corresponderia aos elementos subjetivos que conduziram o legislador no processo de elaboração da norma jurídica.

Mas não existiria apenas essa acepção da interpretação histórica. Haveria de ser considerada a “*interpretação histórica negativa*”: se o legislador cogitou (no anteprojeto, no projeto ou nas emendas ou substitutivos durante o processo legislativo) de determinado comando normativo e, posteriormente,

descartou-o, isso implica *rejeitar* uma interpretação da norma aprovada que conduza a um sentido rejeitado pelo próprio legislador. Esse “argumento de rejeição”^[2] utiliza-se do legislador como um escudo para refutar interpretações em sentido contrário aos que caíram por rejeição nas fases do processo de construção da norma. Um desdobramento dessa *interpretação histórica negativa* está no exame do que o legislador não cogitou: determinado comando ou certa hipótese de incidência não são aceitáveis ou compreensíveis porque o legislador, se os desejasse, tê-los-ia incluído no texto de lei.

A interpretação histórica, por si só, é insuficiente. Deve-se levar em conta também os *fins* (objetivos) e a *finalidade* da norma: mudanças econômicas, sociais, comportamentais, culturais e políticas, contemporâneas ao nascimento da lei, podem não mais subsistir passados 10, 20 ou 50 anos de vigência daquela. Comparar os *objetivos* e a *finalidade* da norma com a *mens legislatoris* (quase sempre capturável por exposições de motivos, anais parlamentares ou matérias de jornais da época) é necessário, até pela debilidade desses meios, seja por serem insuficientes, seja por serem inconfiáveis. Não considerar esse cotejo só seria possível se, na interpretação da norma, fosse adotado um método originalista, a saber: a vontade do legislador primitivo sempre haverá de prevalecer, em respeito ao querer original de quem a elaborou.

Como o Direito Privado conecta-se de modo muito próximo com a História e essa relação é muito mais complexa do que um simples estudo da exposição de motivos (ou dos anais parlamentares) de uma lei, é necessário rediscutir a função e o método de interpretação histórica das normas. Aqui se encontra outra proposta metodológica de Christian Baldus, especialmente nos tempos difíceis (para o Direito interno de qualidade) das diretivas europeias.

A conexão entre interpretação histórica e Direito Privado é a chave para se compreender, embora não isoladamente, sua autonomia estrutural. Para Baldus, é difícil encontrar-se um sistema de maior complexidade e estabilidade do que o Direito Civil de tradição romano-germânica.

Uma terceira linha de investigações de Christian Baldus está no conceito contemporâneo de legislador. A esse respeito, com expressa referência aos questionamentos de Baldus, assim escrevi em minha tese de livre-docência: “Não é possível idealizar o papel do legislador na sociedade contemporânea: grupos de pressão, burocratas (assessores legislativos, membros das procuraturas dos entes federativos), cientistas, advogados, lobistas, grandes grupos econômicos e até parlamentares podem ser identificados com a figura do legislador”.^[3] Afinal, quem é o legislador? A dificuldade em se reconduzir o legislador a uma figura arquetípica de um parlamento do século XIX é praticamente impossível nos dias de hoje.

Baldus é um privatista contemporâneo que se preocupa com a “autonomia estrutural” do Direito Privado e que consegue trabalhar com três ferramentas essenciais dessa disciplina: uma dogmática sólida, uma História do Direito bem feita e o conhecimento do Direito Romano. Essas três fontes de uma metodologia e de uma metódica privatísticas fortes devem ser recuperadas e revalorizadas, especialmente no Brasil.

A oportunidade de ouvir Christian Baldus é um privilégio a ser compartilhado. Daí a iniciativa de transformar suas aulas aos alunos da disciplina *Direito Privado e Direitos Fundamentais* em duas conferências abertas ao público. Com isso, maximizar-se-á a eficiência dos recursos públicos e será franqueado o acesso, sem inscrições prévias, ao público em geral. Ressalte-se que a estrutura das conferências seguirá o modelo de aulas de pós-graduação, afinal é esse o sentido da atividade. Baldus é



também um lusófono e um grande apreciador da língua e da cultura luso-brasileiras. Essa circunstância facilitará ainda mais o acesso a suas lições, que serão proferidas em português, sem necessidade de tradução simultânea.

As ligações com a cultura jurídica luso-brasileira também se fazem exteriorizar pela circunstância de Christian Baldus haver orientado Benjamin Herzog, autor da tese sobre a interpretação e aplicação do Direito Privado em Portugal e no Brasil, com uma sólida crítica aos desvios metodológicos gerados pela má recepção de obras alemãs, e de Vivianne Ferreira Mese, assistente de Baldus em Heidelberg e professora da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, autora de uma bela tese de doutorado sobre a função social do contrato, que teve o privilégio de relatar em seu processo de revalidação na Universidade de São Paulo. Ela também estará presente nas conferências, que terão os seguintes títulos: *Interpretação, analogia e vinculação do juiz à lei: bases romanas e significado no século XX* e *Da boa intenção, uma boa compreensão? Maneiras de lidar com intenções históricas*.

A comunidade jurídica é convidada especial para esses dois dias de intenso aprendizado de Direito e História.

Deixam-se os agradecimentos ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na pessoa do presidente de sua Comissão de Pós-Graduação, Fernando Facury Scaff, e o reconhecimento ao Departamento de Direito Civil, chefiado pela professora titular Silmara Chinellato, além dos membros da Rede de Direito Civil Contemporâneo, de diversos Estados brasileiros, que comparecerão a essas conferências.

Serviço: Conferências de Direito Civil Contemporâneo

Data: 14 e 15 de junho de 2018, de 9h30 às 12h

Local: Auditório Rui Barbosa Nogueira, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, prédio histórico, segundo andar.

Informações: direitocivilcontemporaneo@gmail.com.

Não é necessária prévia inscrição. Conferências proferidas em português. Não serão concedidos certificados.

1 BALDUS, Christian. *Römische Privatautonomie*. *Archiv für civilistische Praxis*, v.210, fascículo 1, p. 2-31, feb. 2010.

2 *Verwerfungsargument*.

3 RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo), 2017. p.578. A referência foi extraída deste livro: BALDUS, Christian; THEISEN, Frank; VOGEL, Friederike. „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung – *Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.