

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

# INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

VOLUME I

**INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL**  
**TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL**

24ª edição

Revista e atualizada por

**Maria Celina Bodin de Moraes**



**CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**  
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro  
e na Universidade Federal de Minas Gerais

---

# **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL**

---

**Volume I**

**INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL**  
**TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL**

**24ª edição**

**De acordo com o Código Civil de 2002**

**Revista e atualizada por:**  
**Maria Celina Bodin de Moraes**



**Rio de Janeiro**

# PARTE PRIMEIRA

# INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL

## CAPÍTULO I

## O DIREITO E SUA DIVISÃO

### Sumário

1. Noção de direito. Direito positivo. Direito natural. Direito e moral. 2. Direito objetivo e direito subjetivo. 3. Direito público e direito privado. Princípios de ordem pública. 4. Direito civil. Direito civil constitucional. 4-A. Unificação do direito privado.

### Bibliografia

Andreas von Tuhr, *Derecho Civil*, vol. I; Jean Dabin, *Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*, *passim*; Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 195 e ss.; Francesco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, cap. I; Henri Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, cap. I; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, cap. I; J. Haesaert, *Théorie Générale du Droit*, 1<sup>a</sup> parte; Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, vol. I, §§ 27 e ss.; Jean Dabin, *Théorie Générale du Droit*, cap. I; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, I, p. 1 a 47; Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, cap. III; Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, cap. III; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, cap. I; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, cap. I; Wolfgang Friedmann, *Law in a Changing Society*; Georges Cornil, *Droit Privé*; René Demogue, *Les Notions Fondamentales de Droit Privé*; G. Davy, *Le Droit l'Idéalisme et l'Expérience*; Paul Roubier, *Théorie Générale du Droit*; Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, vol. I; Edmund N. Cahn, *The Sense of Injustice*; Michele Giorgianni, "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras", *in Revista dos Tribunais*, vol. 747, p. 35 e ss.; Norberto Bobbio, *Dalla Struttura alla Funzione*, p. 13 e ss.; Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, *passim*;

Miguel Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Introdução; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, cap. I; San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, vol. I; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cap. I; Maria Celina Bodin de Moraes, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 21 e ss.; Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e Direito Civil: Tendências”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, p. 47 e ss.; Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, *passim*; Rodrigo Pelais Banhoz e L. E. Fachin, “Crítica ao Legalismo Jurídico e ao Historicismo Positivista”, in *Diálogos sobre Direito Civil*, p. 47 e ss.; Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 1 e ss.



## 1. NOÇÃO DE DIREITO. DIREITO POSITIVO. DIREITO NATURAL. DIREITO E MORAL

**E**m todo tempo, e tão longe quanto o investigador mergulhe no passado, onde quer que encontre um agrupamento social, onde quer que homens coexistam, seja na célula menor que é o organismo familiar, seja na unidade tribal, seja na entidade estatal, ainda que em estágio rudimentar, encontra sempre presente o fenômeno jurídico. Há e sempre houve um mínimo de condições existenciais da vida em sociedade, que se impõe ao homem através de forças que contenham sua tendência à expansão individual e egoísta. Estas forças ora se objetivam no aparelho intimidador do Estado, ora se impõem pela contenção mística da religião, ora se concentram na absorção autoritária de um chefe eventual. A forma, pois, de sua atuação varia. Na escala dos valores, sua afirmação ideal é insuscetível de padronização. Mas na apuração de sua incidência é uma constante. Há e sempre houve uma norma, uma regra de conduta, pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com os outros indivíduos.

A plurivalência semântica do vocábulo *direito* comporta numerosas manifestações conceituais. Quando o indivíduo sustenta as suas faculdades e repele a agressão aos seus poderes, diz que afirma ou defende o seu *direito*; quando o juiz dirime a controvérsia invocando a norma ditada pelo poder público, diz que aplica o *direito*; quando o professor se refere ao organismo jurídico nacional, denomina-o o *direito* de seu país; quando alguém alude aos princípios que compõem um ramo institucional menciona o *direito civil*, ou o *direito penal*, ou o *direito administrativo*; quando o homem de pensamento analisa uma fase de crise da ordem jurídica e critica os mandamentos legislados em nome do ideal de justiça, fala que eles se afastam do *direito*.

Em razão talvez desta generalização do vocábulo, ou porque falta à mente capacidade maior de abstração para formular um conceito abrangente de todo o fenômeno jurídico nas suas causas remotas, na sua expressão pura, na coercibilidade da norma e na sujeição, tanto do indivíduo quanto do Estado, ao seu imperativo, é difícil encontrar uma fórmula sucinta que dê a noção do *direito*, independentemente de qualquer restrição. As manifestações jurídicas ordinárias são facilmente perceptíveis. Qualquer indivíduo as identifica, mas a determinação da ideia abstrata do direito como conceito cultural, sua estremação, com os

conceitos afins, a fixação dos elementos essenciais, não encontram uma formulação imediata.<sup>1</sup>

O fenômeno jurídico é perceptível, e mais patentemente ainda a ideia de direito em contraposição à sua negação: diante da ofensa, da contrariedade ou da distorção, aparece viva a ideia de direito. Não seria, porém, de todo razoável que o jurista se julgasse habilitado a conceituar o direito apenas em face da ideia contrária, como se dissesse que a ideia de *ser* fosse tão somente a antinomia do *não ser*.

Existe uma *realidade jurídica*, que Haesart acentua ser reconhecível entre os fenômenos do comportamento humano, realidade tão perceptível que é quase visível, palpável e mensurável.<sup>2</sup> Mas a formulação do *direito* como conceito na origem do conhecimento tem sido deduzida com imperfeição pelos maiores espíritos, ninguém conseguindo oferecer uma definição satisfatória. Demasiadamente influenciados pelo espírito de escola, os positivistas o confundem com a lei. Mas pecam pelo excesso, podendo-se objetar-lhes o que Cícero há dois milênios já vislumbrava, quando tachava de mais que estulto admitir que o furto ou assassinio se tornassem justos em razão de o legislador, num gesto tresloucado, o permitir como norma de comportamento.<sup>3</sup> Mais felizes não foram os historicistas, os normativistas, os finalistas, os sociólogos do direito, eivando as suas concepções dos prejuízos decorrentes da visão unilateral em que se colocaram.

Diante de todas as tentativas dos grandes pensadores, Kant, ou Ihering, Regelsberger ou Levy-Ullman, Kelsen ou Del Vecchio, Savigny ou Radbruch, impotentes para darem noção que se consagrasse por uma receptividade pacífica, limitemo-nos a dizer que o *direito é o princípio de adequação do homem à vida social*. Está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está no anseio de justiça, como ideal eterno do homem; está imanente na necessidade de contenção para a coexistência. *Princípio* de inspiração divina para uns, *princípio* de submissão à regra moral para outros, *princípio* que o poder público reveste de sanção e possibilita a convivência grupal, para outros ainda. Sem ele, não seria possível estabelecer o comportamento na sociedade; sem esta, não haveria nem a necessidade nem a possibili-

---

1 Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 195.

2 Haesart, *Théorie Générale du Droit*, p. 69.

3 Cícero, *De Legibus*, I, 15.



dade do jurídico, já que para a vivência individual ninguém teria o poder de exigir uma limitação da atividade alheia, nem teria a necessidade de suportar uma restrição à própria conduta. Na afirmativa de um *princípio*, aceitamos o dado técnico que não é incompatível com aspiração do *dever ser*; com a *adequação* à vida social situamos a realidade jurídica dentro do único meio em que pode viger, já que *ubi societas, ibi ius*,<sup>4</sup> o que permite a dedução contrária, *nisi societas, nec ius*, somente no meio social haverá direito. Dizendo que o *Direito é o princípio de adequação à vida social*, não nos anima a pretensão de formular uma definição, tarefa em que tantos falharam, mas tão somente sintetizar uma noção comum que envolve a concepção do jurídico, sem ideia sectarista de escola ou corrente.

*Direito positivo.* Num sentido de verdadeira precisão geométrica, pode-se encarar a vida jurídica de um povo determinado, numa época precisa, e verificar que toda a normação da coexistência social, em dado momento histórico, se acha submetida a regras dirigidas à vontade de todos. Não importa seja o momento atual ou pretérito. A este complexo dá-se o nome de *direito positivo*, que se define como o *conjunto de princípios que pautam a vida social de determinado povo em determinada época*. É nesta acepção que nos referimos ao direito romano, ao direito inglês, ao direito alemão, ao direito brasileiro. Não importa seja escrito ou não escrito, de elaboração sistemática ou de formação jurisprudencial. O direito positivo, segundo a síntese de Capitant, é o que está em vigor num povo determinado,<sup>5</sup> e compreende toda a disciplina da conduta, abrangendo as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos, as disposições normativas de qualquer espécie. Ligado ao conceito de vigência, o direito positivo fixa nesta o fundamento de sua existência. Por isso é contingente e variável.

*Direito natural.* Numa contraposição de sentido, surge a ideia de *direito natural*, sobre o qual se manifestam as correntes filosóficas e as escolas em divergência, reduzindo-o, ou tentando fazê-lo, às suas proporções sectárias.

Alargando-lhe o conteúdo, além da noção precisa de direito, Ulpiano define-o: *“ius naturale, est quod natura omnia animalia docuit”*,<sup>6</sup> projetando desta forma a noção, de *ius*, que é própria da sociedade humana, às relações instintivas dos irracionais.

---

4 “Onde há sociedade, há direito”.

5 Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, p. 8.

6 *Digesto*, Livro I, tit. I, fr. 1º, § 3º: “Direito natural é o que a própria natureza ensina a todos os animais”.

Fixando-se, porém, o jurista na órbita do direito em si, é forçado a reconhecer que acima do direito positivo, e sobre este influenciando no propósito de realizar o ideal de justiça, ditado por uma concepção de superlegalidade, o direito natural sobrepõe à norma legislativa, e, com este sentido, é universal e é eterno, integrando a normação ética da vida humana, em todos os tempos e em todos os lugares. Se alguma vez, sob o império de forças antijurídicas, declina o sentimento do justo, a humanidade supera a crise e retoma o seu caminho, procurando sempre o ideal da justiça, que se radica indefectivelmente na consciência humana.

Costuma-se dizer que o *direito positivo* se opõe ao *direito natural*, aquele representando o regime de vida social corrente, este o conjunto de princípios ideais preexistentes e dominantes. Enquanto o direito positivo é nacional e contingente, o direito natural é universal e eterno. Não se poderá, entretanto e em verdade, falar em contraposição ou antinomia, pois que, se um é a fonte de inspiração do outro, não exprimem ideias antagônicas, mas, ao revés, tendem a uma convergência ideológica, ou, ao menos, devem procurá-la, o direito positivo amparando-se na sujeição ao direito natural para que a regra realize o ideal, e o direito natural inspirando o direito positivo para que este se aproxime da perfeição.

Desde a Antiguidade, ainda com os filósofos pré-socráticos, já se sustentava a existência de princípios eternos e imutáveis geradores da ideia de justiça, que seria por isso mesmo eterna e imutável. Embora os romanos fossem menos dados à especulação filosófica, nem por isso deixaram de admitir a sobrançeria e eternidade do *ius naturale*, não limitado a uma concepção abstrata, porém considerado como inspiração da tendência que sempre se verificou, no sentido da humanização crescente dos princípios jurídicos, dentro da evolução histórica do direito romano.

Com o advento do Cristianismo, os Doutores da Igreja retomaram a ideia do direito natural, de origem divina, e desenvolveram o tema da dualidade de princípios, uns constituindo a ordem eterna e outros a humana, que Santo Tomás de Aquino, na lógica de suas deduções, expõe na menção das três espécies de leis: *lex aeterna*, que governa o mundo e é inacessível ao comum dos mortais; a *lex naturalis*, perceptível pela razão do homem, porém ditada pela expressão divina; e a *lex humana* que tende à perfeição na medida em que se aproxima da *lex naturalis*.<sup>7</sup>

---

7 Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae, Prima Secundae*, Quaestio 91.



Hugo Grócio, no século XVI, sustentando que em oposição ao direito positivo, imperfeito e transitório, há um direito ideal e eterno, impregnado na consciência e gerado pela razão humana, criou a chamada *escola de direito natural*, que se estendeu por toda a Europa, conquistando a todos os filósofos e pensadores, para a qual o direito natural é o paradigma da lei mutável e humana e, por isto, as leis não têm base na vontade do legislador, que é apenas o intérprete ou o veículo da lei natural.<sup>8</sup>

Combatendo o jusnaturalismo, a *escola histórica* se opôs à ideia de um direito que seja universal e eterno, pois que o fenômeno jurídico como produto do meio social não tem origem sobrenatural nem emerge da razão humana. Ao revés, elaborado em consequência de fatores históricos e peculiares a cada nação, está em permanente processo de evolução e desenvolvimento. Adversária igualmente do direito natural é a *escola positivista*, que largamente se expandiu no século XIX, e que não enxerga senão a realidade concreta do direito positivo que seria suficiente então para explicar e preencher o jurídico, uma vez que o direito não é mais do que o legislado, ou complexo de normas elaboradas pelo Estado, sem qualquer sujeição a uma ordem superior ou imanente, e sem se cogitar de sua justiça, pois que o fundamento do direito é a força, e seu objeto a realização do anseio de segurança.

No século XX, retoma a ideia jusnaturalista seus foros de predominância, renascendo no movimento neotomista; na ideia neokantiana; na expressão contraditória de Stammler, que afirma a existência de um direito natural de conteúdo variável; na técnica de Gény, a que não é estranha a ideia paranaturalista do *donné* (dado), em contraposição ao *construit* (construído), resultante este da técnica; na submissão do direito positivo à regra moral de Ripert.<sup>9</sup>

Vê-se, então, que em mais de dois mil anos de civilização ocidental sempre se admitiu e ainda se afirma que nenhum sistema de direito positivo pode libertar-se das inspirações mais abstratas e mais elevadas. Não é possível situar o fenômeno *ius* no campo da pura elaboração legislativa, sendo forçoso reconhecer a existência de uma ordem superior e dominante, de uma justiça absoluta e ideal, que o direito positivo realiza dentro do contingente da norma legislada, e sem o qual esta dificilmente se distin-

---

8 Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, I, p. 31.

9 Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, 6, p. 38; Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, I, *passim*; Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Introdução.

guiria do capricho estatal. Se se indagar por que a formulação da regra de conduta segue um determinado rumo, e não outro; se se investigar a razão de os sistemas jurídicos de nações diferentes coincidirem na obtenção de finalidades análogas e às mais das vezes idênticas; se se pesquisar o motivo de não se apresentar o direito positivo como a expressão caprichosa e desenfreada do legislador eventual, encontrar-se-á como uma constante irrefugível a contenção nos limites da realização de padrões abstratos e não formulados. Cumpre, entretanto, assinalar, como faz Enneccerus, que no caso de insubordinação do direito positivo ao direito ideal ou à justiça absoluta, caberá ao legislador corrigir a falha pela derrogação da lei má, mas não ao juiz recusar-lhe a aplicação em nome da justiça ideal.<sup>10</sup> O anseio superior pela realização do justo abstrato deve sobrepair ao ordenamento positivo, pois que, no dizer de Del Vecchio, é uma exigência fundamental da consciência humana conceber a ideia do justo como absoluta e admitir um critério absoluto e ideal da justiça e do direito, independente do fato de sua sanção positiva.<sup>11</sup> O direito natural é a expressão destes critérios de justo absoluto e de direito ideal.

*Direito e moral.* A vida humana é submetida a uma grande variedade de normas. Para conservar a sua saúde, deve o indivíduo seguir os preceitos higiênicos. Para realizar um empreendimento, deve observar as regras técnicas. Para cultuar a divindade, deve obedecer aos princípios religiosos. Para viver em sociedade, tem de pautar a sua conduta pela ética, de zoneamento mais amplo do que o direito, porque compreende as normas jurídicas e as normas morais. As ações humanas interessam ao direito, mas nem sempre. Quando são impostas ou proibidas, encontram sanção no ordenamento jurídico. São as normas jurídicas, são os princípios de direito. Quando se cumprem ou se descumprem sem que este interfira, vão buscar sanção no foro íntimo, no foro da consciência, até onde não chega a força cogente do Estado. É, porém, certo que o *princípio moral* envolve a norma jurídica, podendo-se dizer que, geralmente, a ação juridicamente condenável o é também pela moral. Mas a coincidência não é absoluta. Quando o devedor invoca a prescrição para se furtar ao pagamento, vale-se de uma faculdade assegurada pela ordem jurídica, com a qual foge ao cumprimento da palavra empenhada, e deixa de restituir ao credor o que

---

10 Enneccerus, *Tratado de Derecho Civil*, I, § 30, p. 130.

11 Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 197.



lhe cabe.<sup>12</sup> O direito disciplina a alegação, mas a ação do devedor, juridicamente incensurável, não satisfaz às exigências da moral. Em razão da falta de justaposição dos campos de atuação, e pelo fato de não existir sempre a aprovação moral para a conduta juridicamente autorizada, distingue-se do conceito de liceidade o de moralidade, afirmando-se que a submissão à norma jurídica nem sempre implica a aprovação da regra moral, o que as fontes já assinalavam, dizendo Paulo: “*non omne quod licet honestum est*”.<sup>13</sup> Sem embargo disto, e muito frequentemente, o direito e a moral coincidem nos seus objetivos. Quando, no Livro I do Digesto, vem definido o conteúdo da norma jurídica, através das regras de Ulpiano: “*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*”<sup>14</sup> – enunciam-se ao mesmo tempo conceitos fundamentais de moral.<sup>15</sup> Esta dominação da ética estrita sobre o preceito jurídico, que vale como inspiração superior, umas tantas vezes é convocada especialmente para graduar a sanção legal. Quando fulmina o ato viciado de dolo ou fraude, quando impõe a responsabilidade do que voluntariamente torna impossível a prestação, quando agrava o dever de indenizar em quem aliena o que não lhe pertence, o direito dá satisfação à moral, imprimindo maior rigor ao preceito, em função da moralidade da ação.

Sendo ambos – moral e direito – normas de conduta, evidentemente têm um momento de incidência comum. Mas, analisados intrinsecamente, os respectivos princípios se diferenciam, quer em razão do campo de ação, quer no tocante à intensidade da sanção que acompanha a norma, quer no alcance ou nos efeitos desta. Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra a reprovção na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição. Encarada do ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto a obediência ao

---

12 Sobre o instituto da prescrição, v. n° 121, *infra*.

13 “Nem tudo aquilo que é lícito, é honesto”.

14 “Viver honestamente, não causar dano, atribuir a cada um o que é seu”.

15 Ruggiero, *Instituições*, vol. I, § 4º, p. 26; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, I, § 4º, p. 4.



preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico. Quanto ao efeito de uma e de outra, Ferrara acentua que da norma jurídica decorrem relações com um alcance *bilateral*, ao passo que da regra moral deriva consequência unilateral, isto é: a regra moral é ditada no sentido da realização do bem ou do aperfeiçoamento individual, sem atribuir um poder ou uma faculdade, ao passo que a norma jurídica, quando limita ou obriga, concede ao mesmo tempo e correlatamente a *exigibilidade* de um procedimento.<sup>16</sup> Quando a moral diz a um que ame a seu próximo, pronuncia-o *unilateralmente*, sem que ninguém possa reclamar aquele amor; quando o direito determina ao devedor que pague, proclama-o *bilateralmente*, assegurando ao credor a faculdade de receber. Por isso mesmo os irmãos Mazeaud observam que a moral procura fazer que reine mais do que a justiça, a *caridade* que tende ao aperfeiçoamento individual.<sup>17</sup>

## 2. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

Na sua plurivalência semântica, a palavra *direito* ora exprime o que o Estado ordena, impõe, proíbe ou estatui, ora significa o que o indivíduo postula, reclama e defende. Quando alguém se refere ao preceito emanado da autoridade, chama-o *direito*, porque aí enxerga a norma de conduta, revestida de autoridade. Quando alude à projeção individual da norma, ou ao seu efeito, igualmente lhe dá o nome de *direito*. Para distinguir um e outro sentido, qualifica-o, no primeiro caso, como *direito objetivo*, traduzindo o comando estatal, a norma de ação ditada pelo poder público, e é nesta acepção que se repete secularmente que *ius est norma agendi*. Com esta significação está certo dizer que o “direito impõe a todos o respeito à propriedade”. No segundo caso, acrescenta-lhe outro adjetivo para denominá-lo *direito subjetivo*, abrangendo o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado, definindo-se *ius est facultas agendi*. Neste sentido declara-se que “o proprietário tem o direito de repelir a agressão à coisa”.

Não há, porém, dois compartimentos estanques, nem estes conceitos são fenômenos diversos. Ao revés, simultaneamente constituem objeto da ciência jurídica, sem exprimirem ideias opostas. Não traduzem também uma seriação cronológica, que decorreria da indagação sempre tormento-

---

16 Ferrara, *Trattato*, I, p. 27.

17 Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, nº 14, p. 23.

sa, se a norma precede à definição do poder de vontade que se origina dela, ou se a faculdade individual antecede a expressão normativa, criada para assegurar o seu exercício. Direito *subjetivo* e direito *objetivo* são *aspectos* de um conceito único, compreendendo a *facultas* e a *norma* os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico. Um é o aspecto *individual*, outro o aspecto *social*. Qualquer direito, na ordem privada ou pública, pode ser apreciado pelo lado do indivíduo que dele extrai uma segurança jurídica ou uma função, como pelo lado do agrupamento social que institui uma regra de conduta. Às vezes esta, *diretamente*, cria o poder individual; outras vezes o impõe como consequência *indireta*. Quando a norma estabelece que o causador do dano deve indenizar a vítima, afirma diretamente que a vítima tem o direito de ser indenizada. Quando pronuncia a definição – *é crime furtar* – não cria imediatamente o poder de ação individual, mas indiretamente sem solução de continuidade faz nascer o direito de proteção à propriedade.

### 3. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA

Constitui o direito uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social. Não obstante a unidade fundamental, os princípios jurídicos se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira o *direito público* e a segunda o *direito privado*. Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, intercomunicam-se com frequência constante, tão assídua que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvem inequivocamente preceitos juspúblicos. A interpenetração dos conceitos não permite o traçado de uma linha lindeira de extrema nitidez entre umas e outras disposições. E, se é certo que normas existem que se identificam como *ius publicum* puramente, e outras que formam *ius privatum*, precisamente, uma zona de interferência recíproca se delineia, em que é difícil caracterizar com justeza a sua natureza privada ou pública.

Dos mais árduos e tormentosos é o problema da distinção entre o direito público e o direito privado.

O direito romano a fez, como expressão das ideias então dominantes, de forma singela e concisa, na sentença de Ulpiano, "*ius publicum*



*est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*".<sup>18</sup> O direito público era o direito do Estado romano; o direito privado, a disciplina dos cidadãos, critério utilitário que o *Digesto* e as *Institutas* assentaram como elemento diferenciador. Fez escola e sobreviveu. E mesmo depois do colapso por que passou na Idade Média, quando as influências germânicas abalaram os alicerces da distinção entre um e outro direito, ao ressurgir esta nos albores da Revolução Francesa, retoma prestígio e aparece como invocação obrigatória todas as vezes que se cogita de estremá-los. Não se pode, porém, com tal sentido, separar um do outro. É inidôneo dissociar o interesse público do interesse privado, e admitir que a utilidade dos cidadãos seja antagônica da utilidade pública. Daí recusar-se, modernamente, caráter científico à função da *utilitas* como fator exclusivo da diferenciação. Se no direito romano aqueles conceitos tinham conteúdo exato era porque o Estado sobrepairava a todos os indivíduos, conservando-se deles destacado e inconfundível, na sua qualidade de ente soberano. Nenhum direito se reconhecia ao súdito contra o Estado. As relações jurídicas de que participava este, mesmo quando tratava com o indivíduo, eram pautadas pelas normas públicas. O mesmo não ocorrendo no direito moderno, falta a este critério o prestígio antigo.

Eis por que escritores modernos vão buscar o elemento diferenciador no *sujeito* ou titular da relação jurídica, e então dizem *público* o direito que rege as relações dos Estados entre si, ou do Estado como tal e os seus membros, enquanto o direito *privado* regula as relações entre os indivíduos como tais.<sup>19</sup> O fator subjetivo, todavia, é insuficiente para operar a distinção. É que, se algumas das relações entre o indivíduo e o Estado são de ordem inequivocamente públicas, por traduzirem um senso hierárquico inconfundível, e conterem uma imposição de soberania e de império, outras há, e numerosas, em que falta o elemento de subordinação, portandose o ente coletivo nas condições das pessoas singulares. Não pode perder a natureza de norma de direito privado aquela que preside à situação jurídica do Estado e do indivíduo que com ele contratou um negócio, nem deixa de ser de direito público o preceito, apenas em razão de disciplinar uma relação entre indivíduos como tais. E, se nem toda norma reguladora das relações entre entes públicos ou entre estes e os indivíduos é pública, e

---

18 *Digesto*, Livro I, tít. I, § 2º: "Direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas".

19 Enneccerus, *Tratado*, I, § 31, p. 132.



se nem todo preceito disciplinador do comportamento dos indivíduos nas suas relações é de direito privado, falta rigor de exatidão ao fundamento diferenciador baseado na qualidade do titular da relação jurídica.

Outros critérios há, como o que baseia a diferença na maior extensão do interesse protegido: as normas de direito público visam à tutela dos interesses gerais, em contraposição às de direito privado, que concedem proteção aos interesses dos cidadãos. Tal teoria constitui uma revivescência da distinção romana. E, como há normas de tutela simultaneamente geral e particular, ameniza-se o rigor do critério com a menção da predominância: de direito público aquelas em que *predomina* o interesse geral; de direito privado as em que tem sentido primordial o interesse dos cidadãos.<sup>20</sup> Objetiva-se, porém, que toda norma tem um escopo geral, ainda quando posta a serviço dos interesses particulares, e, inversamente, normas de interesse geral evidente inserem-se no direito privado, como as atinentes ao direito de família.<sup>21</sup>

A dificuldade é, pois, patente. Se o critério finalístico é insuficiente, o fator subjetivo se mostra inadequado, como ainda inábil o da imutabilidade, extraído da parêmia: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*,<sup>22</sup> este ainda mais inconsistente, pois autoriza inverter com vantagem a proposição: a norma não é de direito público porque suscetível de modificação pelos particulares, mas é imutável porque de direito público. Acresce, ainda, que todo *ius cogens* é insuscetível de modificação por via de *pacta privata*, mesmo em matéria de direito nitidamente privado.

Em face destas dificuldades, nem é de se negar a distinção entre direito público e direito privado, como faz peremptoriamente Duguit,<sup>23</sup> nem de renunciar à sua formulação, nem concluir pela impossibilidade de se determinar a distinção entre o direito público e o privado.<sup>24</sup>

Parece conseguir resultado satisfatório Ruggiero, com a associação do fator objetivo ao elemento subjetivo: público é o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, *quando procede em razão do poder soberano, e atua*

---

20 Dernburg, *Pandette*, I, § 21, p. 52.

21 Ferrara, *Trattato*, p. 74.

22 “O direito público não pode ser modificado pelos pactos particulares.”

23 Duguit, *Droit Constitutionnel*, I, § 64, p. 685; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, nº 3, p. 14, salientando a deficiência e imprecisão dos critérios distintivos, considera-a, no entanto, aceitável, sob o aspecto técnico e didático.

24 Kelsen, *Teoria General del Estado*, § 17, p. 105.

*na tutela do bem coletivo*; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais *predomina imediatamente o interesse de ordem particular*.<sup>25</sup>

*Ordem pública.* Sem atentado à distinção das normas jurídicas nas duas categorias aqui mencionadas, uma classificação mais rigorosa não pode omitir os chamados *princípios de ordem pública*, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes profunda analogia com o direito público. Por isso se denominam *leis ou princípios de ordem pública*, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.

*Publicização.* A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem da pessoa, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços<sup>26</sup> e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. O direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico. O direito de propriedade sofre este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem. O contrato, antes expressão maior da autonomia da vontade, sofre interferências a benefício do economicamente inferior. O princípio da responsabilidade civil amplia-se

---

25 Ruggiero, *Instituições*, I, § 8º, p. 59. Defendendo a superação da dicotomia entre direito público e direito privado, v. Giorgianni, “O direito privado e suas atuais fronteiras”, *in Revista dos Tribunais*, vol. 747, p. 35 e ss.

26 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, n° 30, p. 12.



na medida em que avulta o risco criado pelo desenvolvimento dos meios de produção, do maior aparelhamento técnico das indústrias, e do aceleração das vias de transporte. Por toda parte se desenvolve a tendência à instituição de princípios de ordem pública, substituindo as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade humana, permitiam à atividade individual a faculdade de sacrificar ao seu exercício a órbita pessoal de outros indivíduos.<sup>27</sup>

Como as normas jurídicas se distribuem do ponto de vista didático por províncias, a classificação destas no direito público ou no direito privado constitui, por sua vez, outros tantos ramos de um e de outro, respectivamente. Sua atual divisão é a seguinte: pertencem ao *direito público* o *direito constitucional*, *direito administrativo*, *direito penal*, *direito processual civil*, *direito processual penal*, o *direito internacional público*, o *direito internacional privado*; compõem o *direito privado*, o *direito civil*, o *direito comercial*, o *direito agrário*, o *direito aeronáutico* e o *direito do trabalho*. Com relação ao direito do trabalho e ao direito aeronáutico, se é certo que o fato de disciplinarem relações de ordem privada os mantém nesta categoria, certo é também que a predominância dos princípios de ordem pública coloca-os em posição especial, que faz sobressair seu cunho institucional.

#### 4. DIREITO CIVIL. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A expressão *direito civil* tem variado de significação no tempo e no espaço. Para o direito romano, que considerava o direito em função de suas condições peculiares, *direito civil* era o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia ao direito quiritário, *ius quiritium*. Com este sentido, para o romano, qualquer povo tinha o seu direito civil, “*quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*”,<sup>28</sup> abrangente de todo o direito vigente, mesmo estranho ao direito privado, pois abraçava o direito penal, o administrativo, o judiciário etc. Acepção demasiado ampla, de um lado correspondia ao sistema dos

---

27 René Savatier, *Du Droit Civil au Droit Public*, *passim*.

28 Gaius, *Institutiones, Commentarius, primus*, 1: “O que cada povo elabora para si denomina-se direito civil, adequado à sua cidade”.



princípios tradicionais, em contraposição ao *ius honorarium*, de elaboração pretoriana; ao sistema nacional, e em antinomia ao *ius gentium* “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*”.<sup>29</sup>

Assentadas e sedimentadas estas noções pelos séculos da vida civil de Roma, penetraram na Idade Média conservando este sentido especializado. Direito civil era o direito romano, que pela vulgarização e dispersão era o “direito comum”, e civilista ou romanista. Em paralelo, ensinava-se e aplicava-se o direito canônico, a que se sujeitava o indivíduo na qualidade de membro da comunidade cristã. O direito leigo e o eclesiástico, se se coadjuvavam no terreno intelectual, quando o da Igreja invocava os princípios gerais do romano ou quando este secularizava instituições daquele, como, v.g., o “juramento”, disputavam a primazia no campo jurisdicional, procurando o canônico atrair, para sua órbita de incidência, matérias que eram disciplinadas no *Corpus Iuris Civilis*. Na Idade Moderna revivem estas concepções no direito anglo-americano, onde a expressão *civil law* corresponde ao direito romano, e as matérias que para nós constituem o direito civil enfeixam-se na denominação mais ampla e mais próxima de sua generalização medieval, apelidadas de *private law*.

Para os sistemas jurídicos de filiação romana, *direito civil* tomou uma acepção mais especializada, designando um dos ramos do direito privado, o mais extenso e o mais importante. Abrangente a princípio das instituições contrapostas ao direito público,<sup>30</sup> a partir do século XIX foi tomando um sentido mais estrito, para designar as instituições disciplinadas no Código Civil. Dele se destacaram outras disciplinas, que, embora de direito privado, encontraram em sistematização à parte a sua regulamentação, o que provocou a distinção dicotômica do direito comercial, depois que a França, em 1807, publicou o Código Comercial, consagrando-se quase universalmente no século XIX e no começo do século XX a tendência à separação da matéria civil da mercantil. Envolvido neste movimento, o Brasil elaborou o Código Comercial em 1850, ao tempo em que não tinha ainda realizado a codificação do direito civil, e, quando se operou esta em 1916, ficamos com os dois Códigos, oferecendo isto um contraste às vezes perturbador, em razão de se adotar em um deles um princípio e no outro um diverso, e em consequência serem aplicáveis às pessoas normas jurídicas de inspiração e orientação diferente, por uma razão toda artificial, em atenção à atividade do agente.

---

29 Gaius, *loc. cit.* “O que a razão natural elaborou entre todos os homens”.

30 Ferrara, *Trattato*, I, p. 155.

Devido à complexidade crescente de tais atividades, e ao desenvolvimento enorme das relações da vida civil que o legislador é chamado a disciplinar, não foi mais possível enfeixar o direito civil no Código respectivo. Muito embora pretendesse o de 1916 regular os direitos e obrigações de ordem privada, concernentes às pessoas, aos bens e suas relações, encontravam-se muitos outros direitos e obrigações da mesma ordem, relativas às mesmas matérias, de fora do seu corpo, e nem por isso deixavam de ser direito civil. A necessidade de atualização, em outros assuntos já sistematizados no Código, reclamou que o legislador deles cuidasse em leis extravagantes, que importaram derrogação do diploma de 1916, sem deixar, todavia, de se caracterizarem como direito civil.

Embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é mais do que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restritiva à matéria cível. É no direito civil que se aprende a técnica jurídica mais característica de um dado sistema. É consultando o direito civil que um jurista estrangeiro toma conhecimento da estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um país, e é dentro dele que o jurista nacional encontra aquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito. Nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico: o direito civil enuncia as regras de hermenêutica, os princípios relativos à prova, a noção dos defeitos dos negócios jurídicos, a organização sistemática da prescrição etc., institutos comuns a todos os ramos do direito, tão bem manipulados pelo civilista quanto pelo publicista. Mais longe vamos, quando anunciamos a presença do direito civil, através da técnica, da generalização de conceitos fundamentais, do enunciado de ideias básicas do sistema, em todas as províncias do ordenamento jurídico. Não se limita às relações de ordem privada, pois é com o jogo dos seus princípios e dos seus ensinamentos que lidam frequentemente os especialistas de direito público. No entanto, não se pode mais dizer, como antes, que assiste inteira razão a Planiol, Ripert e Boulanger, quando sustentam que o direito civil não é apenas uma das divisões do direito privado, mas continua sendo o *direito comum*, em razão de compreender todo um conjunto de regras relativas às instituições de direito privado, aos atos e às relações jurídicas.<sup>31</sup>

*O direito civil constitucional.* O Direito deve buscar, também em outras ciências, sobretudo, sociais e humanas, apoio e parceria para afirmar

---

31 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, nº 32, p. 13.



seus princípios, reorganizando metodologicamente, estudos e pesquisas. As relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema jurídico como se elas fossem apenas determinadas pelo mundo da objetividade. Outras ciências indicam novos rumos ao Direito.

Convivendo com um sistema normativo onde predomina a solução de conflitos, cabe o meu alerta no sentido de assumi-lo com a “função promocional do Direito” já apregoada por Bobbio na década de setenta,<sup>32</sup> e de que são expressões marcantes no Brasil o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Reservo-me trazer a vós o que tem sido objeto de minhas constantes reflexões em face das perspectivas do direito civil para o terceiro milênio. As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos. Assistimos, entre as duas grandes guerras, a um movimento de socialização do direito, seguido de novos ramos do direito privado e público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como “microsistemas”.

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de *direito comum*. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais.

Ressalto, especialmente, os estudos de Perlingieri, ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.<sup>33</sup>

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um *direito civil constitucional* reconhecido definitivamente nos meios acadêmicos e pelos Tribunais.

Na hermenêutica do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito privado.

Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de genera-

---

32 Bobbio, “La Funzione Promozionale del Diritto”, in *Dalla Struttura alla Funzione*, p. 13 e ss.

33 Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, p. 6.

lização, isto é, a princípios e valores dos quais não pode ou não deve mais ser dissociada.

Em toda a minha obra sempre salientei o papel exercido pelos “princípios gerais de direito”, a que se refere expressamente o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro como fonte subsidiária de direito. Embora de difícil utilização, os princípios impõem aos intérpretes o manuseio de instrumentos mais abstratos e complexos e requerem um trato com ideias de maior teor cultural do que os preceitos singelos de aplicação quotidiana. Cumpre reconhecer que, na atualidade, os princípios constitucionais se sobrepõem à posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito.

Sem adentrarmos nos debates doutrinários concernentes à diferença entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, neste momento de indefinição do que é público ou privado, é preeminente que o Estado e os demais operadores do direito assumam suas principais responsabilidades com base nos ditames constitucionais. Diante da primazia da Constituição Federal, os *direitos fundamentais* passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos por lei.

Na função de intérprete, é nossa atribuição visualizar os novos textos legais como dispositivos estabelecidos a serviço da criatividade. Acima do direito codificado pairam os conceitos criadores de uma superlegalidade a que tende irresistivelmente o desejo universal de uma convivência de harmonia e paz.<sup>34</sup>

#### 4-A. UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Aos olhos de todos resultaram cedo os inconvenientes da separação da disciplina da vida jurídica mercantil, através dos Códigos de Comércio. E eclodiu o movimento tendente à unificação do direito privado, que acendeu na sua esteira um luzeiro de nomes respeitáveis. Desfraldada a bandeira por Vivante, na Itália,<sup>35</sup> seguiram-se-lhe Cimbali, Ellero, Montanelli, vindo a concretizar-se a ideia unificadora no Código Civil italiano, aprovado em 1942.

---

34 Essas ideias foram expostas por ocasião de meu doutoramento honoris causa pela Universidade de Coimbra – título que me foi outorgado em 30 de julho de 1999 – e vêm desenvolvidas também no Prefácio a esta edição.

35 Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, Introd., p. 1.



No Brasil, Teixeira de Freitas pôs o poder de seu gênio na defesa desta ideia, que mais tarde Inglês de Souza, encarregado da redação de um novo Projeto de Código Comercial, consignou em trabalho apresentado em 1912, salientando o propósito de transformar o Código Comercial em Código de Direito Privado. Quando os juristas Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães formularam o seu Anteprojeto de Código de Obrigações, em 1941, fixaram os princípios gerais do direito obrigacional, comuns a todo o direito privado, abrangentes da matéria de natureza mercantil,<sup>36</sup> e, se não vingou a ideia de reforma, restou ao menos o valor doutrinário da obra. Pouco tempo depois, Francisco Campos, encarregado da redação de um projeto de Código Comercial, anunciou sua adesão à ideia unificadora.

Quando incumbido de elaborar um Projeto de Código de Obrigações, em 1961, perfilhamos a unificação que a Comissão de 1972<sup>37</sup> adotou inteiramente. De fato, o Código Civil de 2002 revoga toda a primeira parte do Código Comercial, de 1850, e passa a disciplinar em Livro próprio a disciplina da Empresa, em particular, quem pode ser empresário, os diversos tipos societários, as formas de constituição e extinção das sociedades, o que é estabelecimento, o nome empresarial etc.

Em prol da unificação, argumentou-se que a normação destacada atentava contra o princípio da igualdade, sendo inconveniente a dualidade de legislações sobre o mesmo fato. Onde existe a jurisdição comercial distinta da cível (Tribunais de Comércio), assinala-se a insegurança dos negócios e a protelação dos litígios, fomentando a desconfiança na justiça.

Os defensores da separação consideram necessária e científica a especialização, que aliás é inevitável, uma vez que outros ramos do direito se foram formando, como o do trabalho, o agrário, o marítimo, o espacial e o aeronáutico, e, destarte reunir o direito mercantil e o civil, seria retrogradar. Acrescentam que o desenvolvimento da concepção do direito comercial, desprendida do fundamento basilar objetivo, que é a teoria dos atos de comércio, e calcada no alicerce subjetivo, identificado pela *teoria da empresa*, como atividade organizada para a produção e/ou circulação de bens ou serviços, reforça a necessidade de não se abandonar a posição clássica dos institutos civis específicos, como também de não se sacrificar o dinamismo dos negócios mercantis.<sup>38</sup>

---

36 Exposição de Motivos, p. 6.

37 A “Comissão de 1972” foi a autora do Anteprojeto que acabou por se tornar o Código Civil de 2002.

38 Serpa Lopes, *Curso*, I, nº 8, p. 36.

A experiência dos sistemas legislativos que realizaram a unificação do direito privado (Suíça, Canadá, Itália e agora o Brasil) vem evidenciar a necessidade de pôr o problema em termos de maior precisão técnica. A redução dos princípios de direito privado a uma unidade orgânica obedece a um imperativo científico, e de conveniência prática, mormente enquanto se atém às regras de aplicação geral e comum. Não se compreende, na verdade, que um mesmo fenômeno jurídico, *e.g.*, a compra e venda, seja submetido a duas ordens de disciplinas, destacando-se conceitualmente a compra e venda mercantil e a compra e venda civil; que se sujeite a regras diferentes a prescrição em matéria civil e em matéria comercial.

Obtida a uniformização dos *princípios* de aplicação comum a toda a matéria de direito privado, há de continuar constituindo objeto de especialização, e autonomia,<sup>39</sup> parte da matéria específica relativa à atividade econômica organizada. Em consequência da moderna conceituação do direito empresarial, há necessidade de se regularem na legislação especializada relações que se ligam à atividade empresarial, o que significa que este setor não deve ser absorvido num Código de Direito Privado. Assim, por exemplo, permanecem reguladas em lei especial as sociedades anônimas, as cooperativas, a pequena empresa, a empresa rural, etc.

Mas a noção de obrigação, conceitualmente una, não se pode cindir no plano legislativo. Não importa o critério a seguir. Pode ser adotada a solução suíça, com a votação de um Código de Obrigações autônomo; ou mantida a solução tradicional de um Código Civil – como fez o Código de 2002 – do qual a parte referente às obrigações é apenas um de seus Livros. Bons exemplos alinham-se na aceitação de uma ou de outra tese. Qualquer que seja a solução preconizada, relevante é que o direito obrigacional abranja toda a matéria desta província privatista, sem se dicotomizar em dois complexos normativos, um civil e outro comercial. O que deve prevalecer, e neste ponto nenhuma transigência é possível no plano dogmático, é a unificação do direito obrigacional. Neste caso, um mesmo Código deve compreender, além da teoria do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), a disciplina das obrigações em geral, os contratos (teoria geral e suas várias espécies), a declaração unilateral de vontade, o enriquecimento sem causa, a responsabilidade civil, os títulos de crédito e as atividades empresariais.

---

39 Cf. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, vol. I, nº 52 e ss., em exposição detida do movimento unificador e conclusão de que as diferenças apontadas ou já estão eliminadas ou são facilmente elimináveis.