

# Unificação do direito privado: modernidade ou anacronismo?

## *Unification of private law: modernity or anacronism?*

Ademar Pereira\*

### Resumo

*O Artigo analisa e critica a unificação do Direito Privado, concluindo pela necessidade de abordagem mais ampla para a superação da dicotomia Direito Civil / Direito Comercial.*

**Palavras-chave:** *Direito Privado. Unificação. Direito Empresarial.*

### Abstract

*This article criticize the unification of Private Law, and concludes that a broader approach is necessary in order to overcome the Civil / Commercial Law dichotomy.*

**Keywords:** *Private Law. Unification. Corporate Law.*

## INTRODUÇÃO: ANOTAÇÕES HISTÓRICAS

Remonta ao passado a classificação das normas jurídicas pelo critério da destinação do interesse nelas objetivado, dividindo-as em normas de direito público e de direito privado.

Por essa dicotomia, as normas destinadas ao interesse da comunidade, regulamentando o Estado com vistas ao bem-comum, são de direito público. Já aquelas focadas em interesses dos particulares, dos cidadãos em suas relações com efeitos jurídicos, são de direito privado. Ambas compõem o direito positivado.

Esse critério vem sofrendo, ao longo da história do direito, inúmeras críticas, quer sejam apologistas ou não.

Bastante polêmica a teoria monista de Kelsen, negando a existência do direito privado, ao colocar o Estado como origem de todo o comando jurídico.

Não menos complexas as teorias dualistas (principalmente as substancialistas e as formalistas), com predominância da teoria das relações jurídicas que, conforme anotado anteriormente, divide o direito segundo a classe de relações tuteladas, com subdivisões nos dois ramos – público e privado.

---

\* Decano Acadêmico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da qual foi seu Diretor. Membro e Secretário da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Juiz de Direito aposentado pelo Estado de Mato Grosso do Sul. (ademarpereira@mackenzie.com.br).

Quanto ao direito público, partindo do pressuposto de que seus ramos delineiam a estrutura e o funcionamento do Estado e as relações das pessoas jurídicas de direito público entre elas e com os particulares, as subdivisões foram se enfeixando com maior facilidade e aparente autonomia.

Para estampar tal assertiva, fácil é perceber que o interesse tutelado pelo Direito Tributário apresenta peculiaridades que permitem distingui-lo do Direito Penal, ainda que haja intimidade entre muitas de suas normas.

Quanto ao direito privado, além do dilema do Direito do Trabalho, ora considerado ramo do direito público, ora do direito privado, com predominância da tendência privatística, não é recente a questão da autonomia ou unificação do Direito Civil e o Comercial/ Empresarial.

A separação dos dois ramos, unificados no jus civile dos romanos, surgiu no final do período medieval pela efervescência do comércio e pelo aparecimento das cooperações dos mercadores, tendo o Direito Comercial o objetivo de regulamentar a profissão do comerciante, criando regras próprias para a vida mercantil, pretendendo, entre outros propósitos pragmáticos, afastar-se do formalismo do Direito Civil.

Aclamou-se, então, a autonomia do Direito Comercial, sem razões metodológicas científicas, portanto.

Não foi pacífica a aceitação dessa divisão do direito privado em dois principais ramos: Civil/ Comercial.

Vivante, no final do século XIX, questionou a autonomia do Direito Comercial, causando alvoroço acadêmico por ser professor comercialista.

Todavia, o próprio Vivante retratou-se, afastando-se de suas próprias idéias, ao enfrentar dificuldades na positivação de práticas comerciais segundo o formalismo dos cânones cíveis.

É leitura muito proveitosa o esforço histórico de Custódio Miranda (2003, p. 220-231) ao registrar a questão da unificação do direito privado e suas controvérsias. Entre os fatos ali expostos, merece destaque a luta de Teixeira de Freitas pela unificação do direito privado que, no entanto, dela desistiu ainda que lhe coubesse elaborar o Projeto do Código Civil.

Interessante o destaque dado às tentativas de elaboração do Código das Obrigações, na terceira década do século XX, ficando evidente a idéia de que o florescimento da atividade negocial inspirou a idéia de um código específico para as obrigações.

Persistiram as resistências para avançar na direção da unificação do Direito Civil/ Comercial,

mesmo diante da teoria da empresa adotada pelo Código Italiano, na década de 40.

Fabio Ulhoa Coelho (2003, p. 22) descreve essa tendência como direito que se ajustou às novas expectativas da modernidade, por uma “atividade econômica organizada em vista da produção e da troca de bens e serviços”.

Miguel Reale (2000, p. 22-30) argumenta que cumpriu ao Código Civil, no despontar do século XXI, a vocação de unificar formalmente o Direito Civil e o Direito Comercial, este último com roupagem de Empresa, rompendo a distinção e a autonomia, inserindo-se o Direito de Empresa no seu Livro II da Parte Especial, com enfoque no direito societário, além dos contornos gerais dos títulos de crédito presentes no Livro I das Obrigações e Contratos, embora regulados, cada qual, por leis especiais.

Todavia, essa providência legiferante não bastou para superar as controvérsias sobre o problema.

Ao contrário, reavivaram-se excertos doutrinários de épocas remotas e abriram-se novos horizontes polêmicos em face das novas perspectivas e necessidades do terceiro milênio.

## 1 PROBLEMATIZAÇÃO SEMÂNTICO - SISTÊMICA

Questão controvertida é a da substituição da expressão comerciante por empresário, embora haja consenso de que a expressão “empresário” tem conteúdo semântico mais elástico, ampliando o antigo conceito de produção (indústria) e circulação de bens (comércio) para alcançar o prestador de serviços, exceto quando classificado como de profissão intelectual (de natureza científica, literária e artística) ainda que tenha empregado, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Para muitos, a norma provoca dificuldade hermenêutica, por sua estrutura aberta, admitindo interpretações conflituosas como a de incluir médicos e dentistas com clínicas e hospitais, mas excluir sociedades de advogados cujos contratos não são registrados, na Junta Comercial, em cada Estado da Federação, e, sim, perante a corporação a que pertence, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Gera desconforto, para muitos doutrinadores, a massificação atual do conceito de empresário, comprometendo, não raro, seu status, por abrigar até mesmo atividades promíscuas, ainda que obrigatória a inscrição da empresa no Registro Público de Empresas Mercantis (Juntas Comerciais) e por não se conceber empresário sem empresa.

Por outro enfoque, o novo conceito de empresa permite superar a idéia de sociedade civil de fins

econômicos, pois a unificação do direito obrigacional considera civil tanto as associações quanto as sociedades, distinguindo-se, tão somente, sociedades simples de empresários.

Para muitos, o Direito de Empresa foi beneficiado pelos princípios de eticidade e de socialidade do Código Civil em vigor, pois a boa-fé deixou de ser mero atributo positivo da má-fé para tornar-se dever exigido por preceitos normativos expressos. Também, o sentido social substitui o de individualismo, conforme preleciona Reale (2000, p. 22-30).

Já o princípio da operabilidade, que foi aplaudido pelos civilistas por ampliar o campo da discricionariedade do juiz, superando o formalismo do Código Civil de 1916, foi considerado por renomados comercialistas como tímido para as exigências do perfil funcional do Direito Comercial, agora Direito de Empresa.

No entanto, muitos reconhecem que o Direito Civil foi favorecido pela unificação, principalmente no âmbito familiar, pela influência da celeridade exigida pelo Direito Comercial que não se envolve com a personalidade humana em sua integridade, mas com questões de natureza patrimonial para as quais a rapidez é indispensável.

Com a unificação, essa percepção defende a modernização e dinamização do Direito Civil com nova funcionalidade do direito patrimonial para atender ao Direito de Empresa e ao Direito Civil, em seu conjunto.

Todavia, o princípio da sistematização também perseguido na estrutura do Código Civil de 2002 tem merecido duras críticas no seu conceito de modernidade legislativa, sendo, para muitos, avanço aparente, pois que anacrônico.

Quando se justifica o campo obrigacional como espinha da unificação, olvida-se que o direito das obrigações tem vocação cosmopolita e principiologia com tendência globalizada, abrigando diferentes áreas jurídicas, até mesmo no ramo de direito público, que também está sob seu manto, como ocorre nas obrigações tributárias.

Fácil é perceber, também, que temas empresariais, cuidados por leis especiais, provocam ruptura sistêmica, como ocorre com a Sociedade Anônima, apartada das demais modalidades societárias. De igual modo, a Falência e a Recuperação de Empresas, bem como Contratos Mercantis, leis sobre as diferentes modalidades de Títulos de Crédito, mesmo que as editoras os contemplem na legislação complementar do Código Civil. Não se pode olvidar, ainda, que temas palpitantes como a regulamentação das Sociedades Limitadas, embora contemplados, neste momento, pelo Código Civil, tramitam na esfera

legislativa, pretendendo-se uma nova e provável modernização no estudo e normatização do tema.

Reale (2000, p. 22-30) justifica a timidez legiferante de não construir um Código de Empresa, como matéria autônoma, alegando que o direito econômico não pode ser autônomo, precisando dos princípios gerais do Direito inseridos no Código Civil.

Aparentemente, ele se encontrou diante de um dilema: a empresa devia alojar-se no direito privado ou no público. Todavia, o sentido de modernidade contempla uma terceira estrada: a empresa como conjunto de normas de diferentes fontes, obrigando a funcionalidade do direito das obrigações em diálogo com a legislação ambiental, com as regulações econômicas, com o direito penal econômico, e assim por diante.

Modernidade não é substituir a denominação Comercial por Empresa, com foco em obrigações e contratos individualistas, com eticidade e função social.

A empresa moderna exige normatização mais abrangente, resgatando o ideal de unificação do passado, mas ajustado aos novos tempos, sem o que não haverá traço de modernidade, mas de anacronismo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Superar barreiras impostas por teorias, princípios e métodos norteadores da ciência jurídica não é tarefa fácil; por isso mesmo os avanços engatinham e evitam rupturas mais radicais.

Quando se pensa no Direito com raciocínio direcionado pela dicotomia público/privado, este último segmento, tendo o Direito Civil e o Direito Comercial/ Empresa como núcleo, embora convivendo com a área trabalhista, prende-se à tradição do passado.

Essa separação não condiz, porém, com a complexidade da sociedade contemporânea, em que se discutem parcerias público/privadas e o terceiro setor.

Modernidade implica reconhecer os direitos metaindividuais, difusos, coletivos, individuais homogêneos e transindividuais.

Perdeu-se a oportunidade de aproveitar a experiência legiferante do Estatuto da Criança e do Adolescente, com normas de diversas áreas, para construir efetivamente um Direito de Empresa, com alcance mais abrangente.

Essa timidez repercute negativamente na esfera educacional.

O Direito de Empresa é livro do Código Civil, mas os currículos dos cursos jurídicos destacam o Direito

de Empresa como matéria autônoma, estudada por um conjunto de disciplinas rotuladas como Direito Empresarial, conservando a separação do Direito Civil, como exigência da Em uma primeira dimensão, ocorreu exame analítico-reflexivo da Resolução CES/CNE nº 9/2004, expedida pela Câmara de Educação Superior, do Conselho Nacional de Educação, oriunda do Parecer CES/CNE nº 211/2004, com edição das novas diretrizes curriculares para o ensino jurídico, tendo em vista não só as inovações propostas, mas, ainda, a força revogatória da Portaria Ministerial 1.886, de 30 de dezembro de 1994, então reguladora do assunto.

Só quando a codificação fixar temas com irradiação em múltiplas direções e dimensões da ciência jurídica, é que se poderá dizer que a legislação brasileira respira ares de verdadeira modernidade.

## REFERÊNCIAS

- CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Ática, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Dilvanir José da. *Sistema do direito civil à luz do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FIÚZA, Ricardo. *O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MALHEIROS, Antonio Carlos et al. *Inovações do código civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.
- MIRANDA, Custódio Piedade da. *Teoria geral do direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- REALE, Miguel. *Visão geral do projeto do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.752.