

APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DO DIREITO CIVIL

Nelson Saldanha

Professor Titular da Faculdade
Damas da Instrução Cristã e
Professor Titular Aposentado da
UFPE.

Resumo. A construção ou o desenvolvimento de uma Teoria do Direito Civil deve ser feita à luz do Código. Deve-se ter em menção o Código francês se estruturou em torno de três conceitos centrais, a idéia de pessoa jurídica, a do ato jurídico e a da relação, desdobradas em noções complementares, como a de princípios, a de interpretação, a de fato jurídico. Tais eixos estão na base do estudo da Teoria Geral do Direito Civil.

Palavras-chave: Sistema. Direito Civil. Eixos.

Abstract. The construction or development of a Theory of Civil Law should be taken in light of the Code. One should take into words the French Code was structured around three central concepts, the idea of a legal person, the legal act and the relationship, split into complementary notions as principles, the interpretation, the fact of legal . Such axes are based on the study of the General Theory of Civil Law.

Keywords. System. Civil Law. Axes.

Durante muito tempo o “Direito” foi basicamente o Direito Civil. No caso romano, do qual não temos tempo aqui para um exame mais detido, o *jus civile* era simplesmente o Direito vigente, distinguindo-se do *jus gentium*, que veio depois, e do *naturale*, concebido posteriormente. *Civile* de *cives*, ligado a *civitas*: a cidade, o cidadão, o Direito. O desenvolvimento histórico das “codificações”, nas culturas antigas, não dispunha de um conceito teórico-verbal de Direito, que nem na Grécia surgiu: veio com o *jus* romano e dentro do trânsito de uma noção originária, algo como uma pretensão¹, para a idéia de uma ordem objetiva. A ciência jurídica romana, entretanto, foi principalmente (não exclusiva) ciência do *jus privatum*, e isto ocorreu também na Idade Média. Adiante retomaremos este item.

¹ Georges DUMÉZIL, Idées Romaines, Ed. Gallinard, NRF, Paris 1980 (2ª edição), págs. 31 e segs.

Há autores que definem o Direito Civil como direito privado geral². Do direito Civil, como gênero, destaca-se habitualmente o Direito Comercial, como se destacam a seguir outros ramos mais específicos.

A alusão a um Direito privado geral substitui a tradicional e didática imagem de uma duplicidade de “ramos” a constituírem o Direito privado, no caso o civil e o comercial³. Ela valoriza a amplitude *civil* do Direito privado e o protege

² Cf. Juan M. Pascual QUINTANA, En torno al concepto de derecho civil (Acta Salmanticensia, Salamanca 1959), V, pág. 51. Adverte porém o professor Sílvio Neves BAPTISTA, que “não se pode conceituar o Direito Civil através de uma definição válida para toda a sua história”: cf. O Conceito do Direito Civil, Recife, 1993, pag. 3.

³ Entre tantos e tantos outros, Francesco MESSINEO, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, 9ª edição, Milão, Giuffè, 1957, Seccão I, § 3, págs. 54 e segs.

daquilo que muitos têm visto como ampliação do direito público em detrimento do privado⁴.

A identificação do Direito civil com o Direito *tout court*, correlata da insuficiência (ou tardia) estruturação de um “direito público” no Ocidente, continuou a existir, mesmo após a Revolução Francesa, com a qual, como é sabido, se retomou a distinção clássica entre direito público e direito privado. Continuou a existir por conta de dois ponderáveis fatores: a formação de uma prestigiosa escola de civilistas na França, a Escola de Exegese, e o surgimento – mais ou menos paralelo àquela – da *Historische Schule* na Alemanha, a Escola Histórica liderada por Savigny e formada basicamente por privatistas. Como de

⁴ Para A. HERNÁNDEZ – GIL, o Direito Civil seria antes de tudo o estatuto jurídico da pessoa: cf. “Prólogo”, em J. Pascual QUINTANA, op. Cit., pág. 9. O mesmo pensaria BEVILAQUA (adiante citado), a propósito da noção de direito civil.

privatistas foi composto, ainda no século XIX, o movimento chamado pandectista⁵.

Parece, contudo, que a enorme relevância histórica do Código Francês de 1804 (elaborado sob a influência de um específico lastro cultural), não deu lugar a uma “Teoria Geral” do Código, no sentido em que surgiu a Teoria Geral do Direito Civil. O lastro sobre o qual se fundava o Código (iluminismo, secularização, legalismo) veio reformular várias noções seculares, mas no geral a idéia de um “Direito Civil” permaneceu contínua desde as expressões iniciais, desde as medievais pelo menos. Apesar do famoso dito de Bugnet (*jê n’enseigne pás le droit civil, j’enseigne le code civil*), a formação de uma teoria geral do direito civil não se reduziu a uma teoria do código⁶. Nem

⁵ Paolo CAPPELLINI, Systema iuris, Ed. do Centro per la storia del pensiero giuridico moderno de Florença, Giuffrè, Milão, 1984 (vol. I: Genesi Del sistema e nascita della scienza delle pandette; vol. II, Del sistema Allá teoria generale).

⁶ Vale lembrar que também na sociologia jurídica ocorreria, como um desdobramento – entre fins do oitocentos e

mesmo a problemática da “parte geral”, a *Allegemeiner Teil* consagrada ao tempo de Savigny e questionada depois, arrastou para a imagem do Código a reflexão doutrinária “genérica”.

Evidentemente a construção ou o desenvolvimento de uma Teoria do Direito Civil incluiu o que estava no Código. Como geralmente se diz, o Código francês se estruturou em torno de três conceitos centrais, a idéia de pessoa jurídica, a do ato jurídico e a da relação, desdobradas em noções complementares, como a de princípios, a de interpretação, a de fato jurídico⁷. Mas a teoria do Direito Civil, como teoria de um *ramo* da ordem jurídica (e do saber respectivo), absorveu este temário em termos mais amplos, redimensionados dentro da idéia de *sistema* e

primeiros anos do novecentos –, a sociologia do direito civil, inclusive com a obra de Raoul de la GRASSERIE, Les principes Sociologiques Du Droit Civil (Paris, Giard ET Brière, 1906).

⁷ É o que se encontra, em esquema análogo, em Clovis BEVILAQUA, *Theoria geral do Direito Civil*, 2ª Ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro 1929, pág. 77.

conduzidos pelo racionalismo clássico com seu *logos* específico⁸.

Andre-Jean Arnaud registrou, a propósito de duradouro legado de DOMAT, a permanência, no século XIX e mesmo no XX, da presença de determinados “pares de oposição”, que incluem a alusão ao direito natural e ao positivo, ao direito e à equidade, ao direito objetivo e ao subjetivo; estes pares (*couples*) se apresentam inclusive nos exegetistas e entre eles aparece, também, a referência ao direito público e ao privado⁹.

⁸ A noção de sistema, vinda de Leibniz e de outros clássicos e reformulada por Kant, foi mais um pressuposto do código civil do que uma derivação dele. Por outro lado parece que aquela noção teve mais eco sobre os privatistas do que sobre os publicistas. Daí talvez o tropismo do direito civil em direção a uma teoria geral, sistemicamente concebida. – Para Pascual QUINTANA, o advento do código trouxe para o Direito Civil um sentido nacional, não necessariamente encontrado antes (op. Cit. Pág. 45).

⁹ A. J. ARNAUD, “La tradition française dans la théorie Du droit des civilistes”, em Archives de Philosophie Du droit (Sirey, Paris), tomo 33, 1988: para a referência, p. 265.

Enquanto isto – anotemo-lo como uma espécie de contraprova – criou-se no pensamento contemporâneo uma *teoria da constituição*, muito mais visível e mais consistente do que uma “teoria geral do Direito Constitucional”. Certo que a chamada “parte geral do Direito Constitucional” (identifiquemo-la ou não com a chamada Teoria do Estado) pode ser entendida como uma “visão doutrinária” da constituição, mas é como teoria-da-constituição que os conteúdos dessa visão vem sendo desenvolvidos, sobretudo no século XX e em especial desde Schmidt. A teoria da constituição vem abrindo, desde o início deste século, temas que são (ou passam a ser) de *Teoria do Direito*, e aí se inserem os próprios problemas epistemológico e metodológicos desta teoria. O legalismo, formulado desde Rousseau e vertendo para os dois lados (o privado com o código e o público com a constituição), pareceu corresponder (como se tornou perceptível após Hegel) às necessidades

formais da “sociedade civil” e do novo Estado, gerado pelo liberalismo e pela dessacralização.

Teria sido talvez o conteúdo político das constituições pós-rousseaunianas, que fez girar em torno delas uma série de formulações *novas*, aptas a formarem uma teoria geral. O direito constitucional foi elaborado tardiamente, pressupondo debates travados a propósitos da própria constituição¹⁰. Aliás, não constava das constituições algo como uma “parte geral”, embora obviamente os títulos fundamentais constituíssem em cada carta algo análogo.

Mencionamos pouco acima o problema do privatismo. A caracterização do saber jurídico como um saber referido principalmente aos temas do hoje chamado direito civil é constatável na Idade Média, sem embargo da fundamental cisão dos juristas civilistas e canonistas. A gradativa

¹⁰ Cf. nosso Formação da Teoria Constitucional, Ed Forense, Rio de Janeiro 1983, cap. VI.

perda de importância do Direito Canônico, no mundo moderno (um resultado óbvio da secularização cultural), concentrou nos civilistas o papel do jurista, como configuração profissional e intelectual.

Esta relação entre a noção geral de *Direito*, com suas diversas implicações conceituais, e o *direito civil*, veio das próprias origens romanas e foi confirmada durante a Idade Média. Diz John Merryman que “diretamente do direito civil ou por analogia com ele” se organizaram as principais instituições ditas jurídicas¹¹. Na realidade, a falta

¹¹ “La estructura de la erudición jurídica debe SUS Orígenes a los jurisconsultos del derecho civil, y la estructura conceptual sistemática desarrollada para esta área en un momento dado, fue adaptada a todas las demás”, acrescenta este autor: John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica* (trad. C. Sierra, FCE, México 1971), cap. XI, pág. 121. – Cf. também Gabriel LE BRAS, C. LEFEBVRE e J. RAMBAUD, *L’ Age Classique, 1140–1378* (tomo VII da Hist. Do Direito e das Instituições no Ocidente), Sirey 1965, parte III; e ainda Nuno J. Espinosa Gomes da SILVA, *História do*

de um plano racional e sistemático (como o que surgiria no ocidente após os séculos XVII e XVIII), deixou que reinasse certa dispersão no estudo dos textos durante o medievo¹²; consequência, ainda, do *modo* como foi recebido o legado romano, entendido sobretudo no sentido da estruturação da vida privada¹³.

O advento do racionalismo moderno, reformulando os esquemas do conhecimento através de determinados princípios unificadores, preparou a restauração do conceito de direito público e, com isso, por contrapartida, tornou mais

Direito Português. Fontes do Direito (Gulbenkia, Lisboa, 2ª edição 1991), principalmente parte II, págs. 167 e segs.

¹² Cf. Juan Alejandro GARCIA, *Temas de Historia Del Derecho. El Derecho Del Constitucionalismo y de la Codificación I* (Univ. de Servilha, 1978), págs. 67 e 68.

¹³ Sempre citáveis estas expressões de San Tiago DANTAS: “O maior legado do mundo antigo Pa técnica da vida social foi, sem dúvida possível, o Direito Privado. Chameo-lo Direito Romano (...)” (Palavras de um professor, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1975, pág. 127).

definida a própria noção de direito privado¹⁴, apesar do constante movimento de fronteiras em torno de certas noções, e das dúvidas quanto ao lugar, dentro do ordenamento positivo, para certas normas de fundo.

Ainda na segunda metade do século XIX, Cogliolo, em sua “Filosofia do Direito Privado”, expunha sob mira principal privatística as próprias noções fundamentais em função das quais colocava os conceitos mais genéricos. Observações análogas poderiam fazer-se sobre certas obras de “Enciclopédia Jurídica”, como a de Merkel (1885), cuja parte introdutória não deixa de revelar em certa medida a presença de uma ótica privatista na sequenciação mesma das matérias¹⁵.

¹⁴ Ver Bernard GROET HUYSEN, Philosophie de la Revolution Française, Gallimard, Paris 1956, cap. VII.

¹⁵ Pietro COGLIOLO, Filosofia Del Diritto Privato, Ed. Barbera, Florença 1891; Adolfo MERKEL, Enciclopédia Jurídica, trad. W. Roces, 5ª Ed., Reus, Madrid 1924.

Dentre os itens, que vêm permanecendo como centrais dentro da teoria do Direito, e que trazem desde a origem a marca privatística, vale mencionar destacadamente a teoria das *fontes* e a da *interpretação*. A noção de fonte foi elaborada dentro dos lindes do direito civil¹⁶, e os ramos “públicos” da ciência jurídica tiveram, ao constituir-se, de amoldar para seu uso as linhas da noção. De fato a teoria das fontes, centrada desde o começo do oitocentos sobre a problemática da lei e de suas relações com o costume (e, complementamente, com a doutrina e a jurisprudência), foi uma necessidade teórico-positiva do direito civil racional, posto entre a estrutura racional do código e os resíduos consuetudinários e doutrinários presentes na prática¹⁷. A teoria da interpretação, também

¹⁶ Cf. LE BRAS-LEFEBVRE-RAMBAUD, op. cit., págs. 397 e segs,

¹⁷ Sobre os “códigos jusracionalistas”, v. Franz WHEACKER, História do Direito privado moderno, trad. A. M. Hespenha, Ed. Gulbenkian, Lisboa 1980, § 19, págs. 365 e segs.

correspondente a uma necessidade conceitual e prática dos direitos nacionais a partir do advento do século XIX, foi construída dentro da civilística, com os restos da literatura jurídico-filosófica dos séculos XVII e XVIII e a partir da reflexão sistematizante de Savigny¹⁸.

Um tema ainda hoje difícil dentro da teoria jurídica (inclusive pela ambigüidade que carrega), o dos princípios gerais, proveito também do mundo de conceitos do direito privado. Nesta expressão, que aliás consideramos redundante, acha-se a alusão a valores e a tendências éticas, mas também conotações técnicas, relacionadas às necessidades legislativas: de estruturação e de linguagem. Como se sabe, certos “princípios” modernamente aceitos são reformulações de

¹⁸ Cf. nosso Legalismoe Ciência do Direito, Ed. Atlas, São Paulo 1977, passim. – Registremos contudo a prudência de BEVILAQUA, quando lembrava que não cabe ao direito civil, “simples ramo da árvore jurídica, fornecer o conceito geral do direito” Theoria Geral do Direito Civil, cit., Introdução, pag. 9.

assertivas doutrinárias clássicas, vindas do direito romano ou do medieval, senão mesmo da erudição humanística; e, como no caso das fontes, o Direito *público* teve de adaptar às suas linhas e ao seu espírito o elenco de princípios passados pelos debates posteriormente a 1804.

Um dos problemas concernentes ao conceito de princípio, que em si mesmo pode ser definido com referências ao Direito em geral, mas que veio (como dissemos) do âmbito do Direito privado, corresponde à necessidade, sentida pelos publicistas, de tratar como princípios certa alegações políticas ocorridas dentro dos movimentos contemporâneos – tanto por inclinações ideológicas quanto por motivações técnicas. Os princípios, por outro lado, são situados por vezes *dentro* do direito positivo, e neste caso podem ser tidos como “base” dos dispositivos legais ou como algo que se “desentranha destes; outras vezes se situam fora do ordenamento positivo, e neste caso são tratados

como algo semelhante a um direito natural, ou ao menos suprapositivo. Os impasses aumentam, ademais, quando à noção de princípios, vinda da ciência jurídica de séculos anteriores, aproxima-se a noção de *norma*, que corresponde à clássica “regra” (regula), mas que entrou em vigência no século XX em compromisso com a linguagem dos formalismos.

Recordamos, acima, que o Direito Civil se define para certos autores recentes como “Direito Privado Geral”. Talvez por isso haja uma *Teoria Geral do Direito Civil* e não do respectivo código, enquanto há uma *Teoria da Constituição*, e não do Direito Constitucionalista: este não se entende como “Direito Público Geral” (uma expressão ambígua e de difícil recorte conceitual).

Entretanto será válido anotar que em nosso século o desenvolvimento da epistemologia produziu algumas “teorias geris”, com sentido diverso do que teriam tido no século XIX. O

próprio termo “Teoria Geral do Direito” adquiriu conotações diversas das que teve ao tempo de Bergbohm e de Korkounov, assumindo, por mão dos normativistas (e do seu rigoroso reducionismo), um perfil em grande medida questionável. De qualquer sorte a Teoria Geral do Direito Civil convive, hoje, com uma teoria geral do processo (não tanto do direito processual), uma teoria geral da constituição, uma teoria geral do direito penal e *cosi via*.

A revisão das relações entre Direito público e Direito privado, feita em nosso século inclusive por Duguit e por Kelsen, não recolocou o problema da conexão entre a Teoria Geral do Direito Civil e a Teoria Geral do Direito. Entretanto, o desenvolvimento de alguns temas do Direito Público, em especial na própria “Teoria da Constituição”, trouxe para dentro da teoria geral do direito certos conceitos novos, que se integraram no debate geral sobre a “estrutura” do ordenamento (a própria noção de ordenamento

tendo surgido com os publicistas, a partir da obra de Santi Romano). E, contudo, em nosso tempo de desconstruções, reconstruções, decodificações e hermenêutica, a revisão do sentido da teoria jurídica precisa incluir o reexame da posição da privatística como *mater* do pensamento jurídico ocidental.