

# DA UNICIDADE DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

JOSÉ DA SILVA PACHECO

*SUMÁRIO: 1 — Introdução 1.1 — A diretriz unificadora do Direito das obrigações, no Brasil. 1.2 — Da referida unidade, nos povos do Ocidente. 2 — Da unicidade do Direito das Obrigações perante o novo Código Civil. 3 — Considerações finais.*

## 1 — Introdução

### *1.1 — A diretriz unificadora do Direito das obrigações no Brasil*

Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora e revisora do anteprojeto do Código Civil, em suas considerações de 1973, salientava seguir o texto revisto apresentado a diretriz unificadora do Direito das Obrigações, “com exclusão, apenas, de assuntos suscetíveis de mutações incessantes, ou subordinados a regras de natureza internacional, como é o caso da letra de câmbio, da nota promissória e do cheque”.

Essa diretriz de unidade do direito privado, ou, pelo menos, do Direito das Obrigações já encontrava inspiração no pensamento de Teixeira de Freitas, em sua carta de 20 de Setembro de 1867, em pleno Século XIX, quando proclama que suas idéias resistem, invencivelmente, à calamitosa duplicação de leis civis, não vendo necessidade de um código de comércio (Cf. carta de 20.09.1867, in Silvio Meira, Teixeira de Freitas, o juriconsulto do Império, 2ª ed, 1981, pag. 352 a 356).

Sobre essa diretriz unificadora, assinalou, com razão, Levi Carneiro que “desse alto ensinamento proveio numerosa corrente de opiniões no mesmo

sentido. Nela avultam Carvalho de Mendonça, Lacerda de Almeida, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho, Sá Viana, Brasílio Machado, Alfredo Valadão e Carvalho Mourão. Em 1900 na Comissão revisora do Código Civil de Clovis Bevilacqua, Bulhões de Carvalho aventa a mesma unificação, que foi, ainda uma vez, considerada prematura. Apoiou-a o voto quase unânime do I Congresso Jurídico brasileiro, de 1908. Em 1912, Inglês de Souza, incumbido de elaborar um projeto de código comercial, preparou, ao mesmo tempo, um projeto de emendas destinadas a transformar aquele código em Código de Direito Privado. Na Segunda Conferência Interamericana de Advogados, realizada no Rio de Janeiro, conjuntamente com o Congresso Jurídico Nacional, em 1943, o Sr. Benedito Costa Neto apresentou a tese unificadora. Em cada uma dessas ocasiões, é sob a autoridade tutelar de Teixeira de Freitas que se coloca a grande reforma legislativa” (in *Introito à republicação do Esboço de Teixeira de Freitas*, em 1952).

Em 1912, Inglês de Souza, apresenta o seu projeto de código comercial, mas o faz com emenda substitutiva para transformá-lo em Código de Direito Privado, salientando, em sua apresentação, que “é o direito civil que se funde, por assim dizer, no direito comercial, influenciado por sua vez pelo interesse social que prima ao individual”.

Em 1941, aparece o anteprojeto de Código das obrigações, de Hahne-mann Guimarães, Philadelpho de Azevedo e Orozimbo Nonato, com vista a reduzir a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis, em prol da unificação de preceitos que devem reger todas as relações de ordem privada. Inspirou-se tal projeto na diretriz de unidade do Direito Obrigacional, salientado por Philadelpho de Azevedo, segundo o qual “ não haverá mais códigos comerciais nos velhos moldes autônomos, senão como organismos retardatários, e sem condições de vitalidade” (in *Rev. Forense*, vol. 97, pag. 5).

Em 1965, surge o Projeto de Código das Obrigações, da Comissão presidida por Orozimbo Nonato e composta de Caio Mario da Silva Pereira, Teófilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros. De acordo com o relatório dessa comissão, “ presidiu à elaboração do projeto a concepção moderna de um Direito obrigacional unificado, em cuja preceituação abriga-se a disciplina social sem cogitações a propósito da profissão mercantil ou não mercantil de um ou de ambos os sujeitos da relação jurídica” (*Rep. Enc. Do Dir., Brasileiro*, vol. 41, pag. 13).

Posteriormente, em 1975, foi o projeto de Código Civil encaminhado ao Congresso, através de Exposição de Motivos, de que sobressai o seguinte: a) “a compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito

Privado, conservando-se, em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o anteprojeto do código de obrigações, de 1941, e reiterada no Projeto de 1965; b) considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como a falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam”.

Publicado o novo Código Civil, por Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor a partir de 11 de janeiro, de 2003, revogando o Código Civil, de 1916, e a Parte Primeira do Código Comercial, ficou determinado, no art. 2037 que, salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias, de que trata o Livro II da Parte Especial do novo Código, as disposições de leis não revogadas por este, referentes a comerciantes ou a sociedades empresárias, bem como a atividades mercantís.

## 1.2 — *Da referida unidade no direito do Ocidente*

De um modo geral, arguia-se, em favor da unidade, o êxito do direito anglo-americano, em que o Common Law engloba, sem distinção, preceitos de diversos ramos do Direito, sob o aspecto do direito dos povos latinos, e os doutrinadores focalizam sob a denominação de *Law of Tort*, quanto aos atos ilícitos civis, e sob o título de *Law of contract* em relação aos princípios gerais que presidem os contratos.

No Direito inglês, com a unificação das jurisdições de *Law Merchant* e *Common Law*, ao ser absorvida aquela por esta, de há muito, impera a unificação substancial do Direito Civil e do Direito Mercantil (Cf. Tullio Ascarelli, Corso de Diritto Commerciale, Milão, 1962, pag. 82).

Na Suíça, com o chamado Código das Obrigações, redigido em 1881, revisto em 1911 e 1936, introduzido como Livro V do Código Civil: “direito das Obrigações”, por lei federal de 30 de janeiro de 1911, em vigor desde 1º de janeiro de 1912, procurou-se fomentar a coesão entre os diversos cantões e evitar a existência de um direito especial para uma determinada classe de cidadãos, ou seja os comerciantes (Cf. Oftinger, Le Droit Commercial et le Droit Civil dans la legislation suisse, in L’unification interne, pag. 35).

O Código Civil, da Itália, de 1942, após tratar das obrigações em geral, em seu Livro IV, cuida no Livro V, título I, da disciplina da atividade profissional, e, no Título II, do trabalho na empresa, com capítulos sobre a empresa

em geral, empresa agrícola, empresa comercial e de outras sujeitas a registro; no Tít. IV, do trabalho subordinado especial, tal como o trabalho doméstico; no Tít. V, das sociedades, regulando todas, inclusive a por ações; no Tit. VI, da cooperativa e de mútua assistência; no VII, da associação; no VIII, do fundo de comércio, estabelecimento ou complexo de bens do empresário para o exercício da empresa; no Tit. IX, sobre o direito autoral e de invenção industrial; no Tit. X, da disciplina da concorrência e dos consórcios; no Tit. XI, das disposições penais em matéria de sociedade e de consórcio.

Por esse motivo, segundo Ascarelli (*L'unification du Droit Privé en Italie*, in *L'unification interne du Droit privé*, Paris, CNRS, 1950, pags. 47 a 70), caracteriza-se a unificação realizada pelo Código Civil, de 1942, pelo desaparecimento dos atos de comércio e dos critérios subjetivos ou objetivos para determinar sua natureza; pelo tratamento igualitário dos diversos contratos, independentemente da qualidade mercantil ou não-mercantil; e pela unidade das fontes.

Na União Européia, em comunicação de julho de 2003, cogitava-se de um código europeu dos contratos. Em 12 de fevereiro de 2003, estabeleceu-se um plano de ação, tendo em vista um direito coerente a respeito do direito europeu sobre contratos, provocando acentuada discussão doutrinária em todos os países europeus (Cf. Georges Roubnette e outros, *Principes du Droit Européen du contrat*, Paris, 2003);

Na Alemanha, a lei sobre a modernização das obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2002, alterando os dois primeiros livros do Código Civil alemão (BGB). Foram modificados, além do direito relativo à prescrição, o direito sobre a responsabilidade contratual, sobre a venda, sobre o contrato de empresa, e sobre o direito de crédito. Foram introduzidas no BGB as cláusulas gerais de venda, que constavam de leis especiais ( Cf. Claud Witz, *Le nouveau droit allemand des obligations*, Paris, 2004).

Em face desses textos e fatos acima apontados, a doutrina tem acentuado a constante tendência relativa à unificação do direito privado ou, pelo menos, da unificação da teoria geral das obrigações e supressão da dicotomia entre obrigação civil e comercial.

## **2 — Da unicidade do Direito das obrigações, perante o novo Código Civil**

O novo Código Civil brasileiro, como lei básica de Direito Privado, revogando a Primeira Parte do Código Comercial, editado pela Lei n. 556, de

25 de junho de 1850 (art. 2045), regulou: I — no Livro I da Parte Especial, o Direito das Obrigações, sem distinção entre as obrigações, anteriormente denominadas civis ou comerciais, e mercantis consoante a diretriz unificadora por nós já exposta no item 1.1 deste trabalho; II — no Livro II da Parte Especial, o Direito de Empresa, com disposições sobre: a) o empresário (arts. 966 a 980) e a sociedade (arts. 981 a 1.941), distinguindo esta em sociedade empresária (arts. 982, 983 e 1.150), sob qualquer dos tipos mencionados e regulados nos arts. 1.039 a 1.092, e sociedade simples (arts. 997 a 1.038, 982 e 983, *in fine*); b) o estabelecimento (arts. 1.142 a 1.149); c) os institutos complementares (registro, nome empresarial, prepostos e escrituração), como se vê nos arts. 1.150 a 1.195; III — nas disposições finais e transitórias do Livro complementar, estabelece, no art. 2.037, que se aplicam aos empresários e sociedades empresárias as disposições de leis não revogadas pelo novo Código, que se refiram a comerciantes, sociedades comerciais e atividades mercantis.

Vê--se, desse modo, que o Código Civil, de 2002, não só mirou a unificação do Direito das Obrigações, suprimindo a anacrônica dicotomia das obrigações, baseada na profissão mercantil ou não-mercantil dos sujeitos da relação jurídica, mas, também, a unificação do Direito Privado, com a revogação do velho código comercial e inserção, em seu lugar, do Direito de Empresa, como Livro Especial do Código Civil, sendo aplicáveis aos empresários e sociedades empresárias as eventuais referências das leis pretéritas não revogadas, a comerciantes, sociedades comerciais ou atividades mercantis.

Ao proceder dessa forma, adotou a tendência universal no sentido da unificação. Como já assentava Arnold Wald, em meados do Século passado, “as divergências existentes no campo obrigacional entre o direito civil e o direito comercial refletiam as épocas distintas em que ambos foram elaborados, não tendo outra justificação, e recomendando-se na matéria uma unificação, que responde aos interesses da justiça” (Direito das Obrigações, 1962, pag. 10).

Tal como já assinalava também, Waldemar Ferreira, em meados do século passado, “não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma”, motivo pelo qual o Direito das Obrigações pode ser comum aos comerciantes como aos não comerciantes. Por esse motivo, muitos comercialistas, com base no art. 121 do velho Código Comercial, que mandava aplicar as regras e disposições do Código Civil, aos contratos comerciais, entendiam que aí estava consagrada a unificação das obrigações civis e comerciais.

Rubens Requião, considerando que a dicotomia do direito privado se impôs, pelas necessidades sociais, como decorrência histórica, assinalava que “muitos autores, hoje, condenam a permanência do fracionamento do direito privado, como contrária à lógica e à ciência. Não tem a dicotomia, na verdade, suporte científico. A mercantilização que inspira todos os atos econômicos, mesmo os da vida civil, estimula o pensamento unificador” (Curso de Direito Comercial, pag. 14).

Pontes de Miranda, enfaticamente, asseverava: “para quem observa, isentamente, o que se passou com o direito comercial, nota a artificialidade com que se quis arrancar do direito privado o todo suficiente para aparecer, como autônomo, ramo do direito privado que apenas consistia em algumas leis especiais e algumas regras jurídicas concernentes aos comerciantes” (Tratado de Dir. Privado, vol. I, p. XXII), fazendo referência ao que propunha Teixeira de Freitas, em sua carta de 20 de setembro de 1867, no sentido de fundir-se o direito comercial ao direito civil, unificando-se o direito privado (ob. cit., p. XXIII).

Era também esse o pensamento de Orlando Gomes, segundo o qual “a concentração num só estatuto das obrigações civis e mercantis já se realizou em códigos elaborados com esse propósito, ou mais ambiciosos na aspiração unificadora. A Suíça deu o exemplo de unificação parcial com o Código Federal das Obrigações. Nos códigos da Rússia e da Itália, o direito das obrigações é um só O processo de unificação parcial mutila desnecessariamente o Código Civil, sendo preferível realizá-la no seu corpo, admitindo como parte comum as relações civis e mercantis, dado que, se mutilação deve haver, impõe-se que a sofra o código comercial, por ser direito especial, unificando-se pela codificação do direito privado das relações civis e mercantis”. (Obrigações, pag. 7). E, em nota, dizia esse autor que entre nós, predominava a corrente unificadora, sob a influência de Teixeira da Freitas, apontando sobre o assunto, além do que expôs em sua Introdução ao Código Civil, 5ª ed., p. 31, as monografias de Benedito Costa Neto e Philomeno Azevedo sobre a Unidade do Direito obrigacional no anteprojeto de Código das Obrigações e João Eunápio Borges, Curso de Direito Comercial terrestre, vol. I, pag. 77 a 115.

O grande comercialista J.X. Carvalho de Mendonça já dizia, no princípio do Século passado que “desde 1890 unificamos o processo civil e o comercial, cuja separação era um dos motivos justificativos da existência do direito comercial distinto do direito civil. As diferenças que subsistem entre esses dois

ramos do direito privado nada têm de essencial. Bem podíamos fundir hoje as matérias que lhes são comuns” (Tratado de Direito Comercial, vol. I, pag. 19).

Inglês de Souza, igualmente, sustentava que “se há uma doutrina triunfante entre os juristas que cogitam da formação sistemática das diversas disciplinas, é a que apregoa a necessidade inadiável da unificação do direito privado, fazendo desaparecer a dualidade dos códigos, essa separação entre o direito civil e o direito comercial, filha de um estado social que se sumiu na voragem da revolução econômica presidida por Turgot. A tendência da nossa legislação para sujeitar às mesmas regras todas as relações econômicas é incontestável” (in Revista brasileira, vol. 17, pag. 274).

Por fim, não podemos deixar de invocar, por sua oportunidade, o testemunho de Coelho Rodrigues, que na exposição de motivos do seu projeto de Código Civil, no final do Século XIX, já destacava: “ A matéria do código comercial é a mesma do código civil, salvo algumas exceções em favor de uma classe, cuja importância não se pode negar, mas cujos privilégios em número capaz de constituir uma legislação à parte, estou muito longe de reconhecer sob um regime democrático republicano; porque o maior benefício da verdadeira democracia é o direito comum, isto é a igualdade perante a lei” .

### 3 — Considerações finais

Em face do exposto, tem-se como acertada, justa e oportuna a unificação do Direito das Obrigações, instituído pelo novo Código Civil, embora tardiamente, visto que preconizada e defendida, há mais de 137 anos, por Teixeira de Freitas e, razoavelmente justificada, há 111 anos, por Coelho Rodrigues, por ser o direito comum o maior benefício da verdadeira Democracia.

Em pleno Século XXI, em nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º CF), em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º CF), não mais se justificava a duplicidade do Direito Obrigacional, em razão da profissão de comerciante dos sujeitos

Consistindo o Direito das Obrigações no complexo de normas que disciplinam as relações jurídicas de ordem patrimonial, tendo por objeto fatos ou prestações positivas ou negativas de uma pessoa natural (art. 1º CC) ou jurídica (art. 44 CC), empresária ou não-empresária, o que, comumente se exige é, além de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, o seguinte: a) que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 CC); b) que guardem os

contratantes os princípios de probidade e boa-fé (art. 422 CC); c) que se observe, nos contratos de adesão a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 CC), e se considere nula toda cláusula de renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424 CC): d) que seja respeitado o direito do consumidor (arts. 2º, 6º, 7º, 46 a 54 do CDC, e arts. 5º, XXXII, 170, inciso V da CF e art. 48 do ADCT).

--oOo--

*“O juiz não pode ter as suas mãos algemadas, ou carregar aos pés as correntes de escravo da lei (...) Tenha o juiz a coragem cívica e profissional de criticar, até mesmo com veemência, o teor da lei que não expressa o direito (...) Busque o juiz revelar o direito na sua sentença, sem importar-se se atendeu ou desatendeu à lei.”*

ELIEZER ROSA, *Voz da Toga*,  
2ª ed., pág. 48.