

Universidade de Brasília – UnB - Faculdade de Direito

Disciplina: Teoria Geral do Direito Privado

Professora: Ana Frazão

ROTEIRO 1

A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO E DA SUA “TEORIA GERAL”

Objeto do direito privado

- Relações entre particulares? Relações de coordenação? Autonomia privada?

Antecedentes históricos

- Início da teoria jurídica
- Nascimento da ciência europeia do direito em Bolonha no século XI → introdução da dogmaticidade no pensamento jurídico pelos glosadores (a partir dos textos romanos).
- Renascimento → o direito vai perdendo progressivamente o seu caráter sagrado e ético → tecnização e racionalização do saber jurídico.
- Situação específica de Portugal e as “Ordenações”.
- Jusnaturalismo, racionalismo e tendência à formalização do direito → o pensamento jurídico estrutura-se a partir da idéia de sistema e da perfeição formal da dedução → teoria jurídica passa a ser vista como resultado da razão, como um sistema fechado de leis naturais e universalmente válidas.

O individualismo e o reconhecimento dos direitos subjetivos

- Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII como o divisor de águas entre as sociedades holísticas e as individualistas.
- Jusnaturalismo, individualismo e contratualismo.
- Surgimento da idéia de direito subjetivo como potencialidade moral do indivíduo → até o Antigo Regime, os direitos eram fortemente atrelados aos vínculos familiares e comunitários. Não existiam propriamente no direito romano.

- Locke → propriedade representando mais do que uma categoria econômica, mas sim a própria personalidade, um âmbito de vida privada que não poderia ser violado nem pelo Estado e nem pela sociedade.
- Kant → o homem como um fim em si mesmo → a liberdade a partir da noção de autonomia e o direito como forma de assegurar a coexistência entre as diversas liberdades.
- Garcia de Enterría → o mais importante instrumento da renovação geral do sistema jurídico decorrente da Revolução Francesa foi o próprio conceito de direito subjetivo, fundado exclusivamente no indivíduo.
- Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa e o reconhecimento do Estado de Direito.
- Direito privado → visto sob a perspectiva da liberdade e da autonomia do indivíduo, sob os pilares da propriedade e do contrato → direito privado como o Direito do Cidadão (liberdade dos antigos x liberdade dos modernos).

O Estado liberal

Aspectos introdutórios

- Problemas decorrentes da excessiva racionalização → a isonomia em sentido formal e as enormes distorções.
- Perda progressiva da base moral do jusnaturalismo → direitos e liberdades vistos como imunidades em relação ao Estado e desigualdades vistas como resultado natural da vida em sociedade.
- Resultado prático das revoluções liberais: liberdade e igualdade do homem branco proprietário e exclusão de todos os demais? Desconsideração dos direitos dos indígenas, inclusive de propriedade, nas colônias?
- Distorções do voto censitário e da exclusão das mulheres do processo político durante o século XIX e boa parte do século XX.
- O Estado é liberal mas interfere na orientação sexual e na identidade de gênero das pessoas? Criminalização do afeto e do sexo consensual? Biopoder e controle sobre o corpo e o desejo? Realidade que se projeta formalmente até o século XX (ver exemplo de Alan Turing) e se projeta de diversas formas até hoje.
- Como conciliar os ideais de liberdade com a escravidão e o colonialismo? A liberdade é branca? (White Freedom: The Racial History of an Idea, Tyler Stovall)
- Reflexões sobre o caso brasileiro, com um passado e um presente marcados por racismo estrutural, sexismo, autoritarismo, elitismo.

As codificações e o formalismo do direito

- Codificações vistas como a etapa final do projeto jusnaturalista de racionalização do direito → a legitimidade do direito passa a ser resultado da própria positivação, havendo a separação total entre o direito e a moral.
- Tramitação do Código Napoleônico e a questão das lacunas.
- Códigos vistos como sistemas perfeitos e acabados, sem lacunas, até para superar os excessos da jurisprudência no Antigo Regime.
- Napoleão: “*O que nada destruirá e viverá eternamente é o meu Código Civil*”.
- Individualismo exacerbado e predominância do aspecto patrimonial nas codificações → direito privado burguês centrado na propriedade e no contrato → múltiplas distorções, como escravidão, voto censitário, dentre outros.
- Separação absoluta entre o direito público e o privado: no âmbito privado, o Código Civil predomina.
- Escola da Exegese e fetichismo da lei → a interpretação é uma tarefa mecânica realizada por meio da dedução lógica → o juiz como “boca da lei” → grande importância da vontade do legislador → estudo do direito passa a ser o estudo dos códigos → declínio do estudo das teorias gerais e das concepções jusnaturalistas → lei escrita como única fonte do direito nos países vinculados ao *civil law*.

Laissez faire?

- Mito do *laissez-faire* → enorme importância do direito para criação, organização e conformação dos mercados → como disse Ripert, o capitalismo pediu a criação do seu próprio direito (o direito comercial) – ver texto de Ana Frazão “Em que medida a economia depende do direito?”
- Pistor: The Code of Capital.
- Cass Sunstein: “*Laissez faire is a grotesque misdescription of what free markets actually require and entail*”
- Luigi Zingales: o chamado *laissez-faire* não é a ausência de intervenção do Estado na economia, mas sim a intervenção do Estado em favor do status quo.
- Laissez-faire x regulação estatal para excluir parcela substancial da sociedade.

A Escola Histórica e a Pandectística na Alemanha

- Escola Histórica como reação ao racionalismo → direito como produto da história.
- Savigny → do espírito do povo (*Volksgeist*) ao “direito dos professores”.

- Da abstração da Escola Histórica à Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos.
- Puchta → sistema jurídico como um sistema lógico (pirâmide de conceitos).
- Pandectística → o direito como um sistema fechado e acabado, sem lacunas → a dogmática apenas explicita a unidade imanente, perfeita e acabada do sistema jurídico.
- Rigidez da estrutura conceitual da Pandectística → segundo Bobbio, cumpriu na Alemanha o papel de um Código durante o século XIX.
- Windscheid → a codificação na Alemanha e o primeiro passo para uma interpretação objetiva das leis.
- Jhering em sua primeira fase → o jurista como um químico, que decompõe e recompõe conceitos.
- Construção de uma teoria geral do direito, com pretensões de universalidade.

A evolução do conceito de direito subjetivo: do jusnaturalismo até a Pandectística

- Jusnaturalismo → direito subjetivo tendo como inspiração o reconhecimento do valor moral do indivíduo, a liberdade e a emancipação.
- Idêntico raciocínio se aplica à propriedade → para Kant e o idealismo alemão, o igual direito à liberdade estava relacionado ao igual direito à propriedade.
- Savigny → direito subjetivo como **poder da vontade** ou, como define Roubier, como um âmbito de ação em que o querer individual era soberano e independente → ainda não há a ruptura total com o jusnaturalismo, segundo Habermas.
- Puchta → o fundamento do direito subjetivo é a liberdade moral.
- Windscheid e Pandectística → o direito subjetivo passa a ser o poder jurídico de querer → o fundamento do direito subjetivo passa a ser o direito objetivo. Segundo Larenz, a vontade que passa a caracterizar o direito subjetivo é a do ordenamento jurídico e não mais a da pessoa. Daí a afirmação de Enterria de que os direitos subjetivos foram “soldados à lei”.
- Principais conseqüências da definição de direitos subjetivos formulada pela Pandectística: (a) vinculação exclusiva ao direito positivo; (b) individualismo e atomismo (os direitos passam a ser vistos como imunidades asseguradas pela ordem jurídica, esferas isoladas de proteção estatal); (c) perda de qualquer sentido ético dos direitos e distanciamento da emancipação e valorização do indivíduo; (d) ênfase na relação do indivíduo com o Estado e esquecimento das relações intersubjetivas; (e) grande formalismo (direitos subjetivos como categorias abstratas e conceituais); (f) perda da noção de finalidade dos direitos subjetivos e (g) possibilidade de serem utilizados de forma absoluta e irrestrita, até mesmo maliciosamente.

- Relações entre formalismo e individualismo → a proximidade entre o Código Napoleônico de 1804 e o Código Alemão de 1896.
- Abuso de direito como contradição em termos. Algumas exceções: (a) direitos de vizinhança; (b) aumento gradativo de limitações legais à propriedade e a livre iniciativa em nome do interesse público e (c) reconhecimento gradual da proibição da *aemulatio* e de outras formas de abuso de direito.

Panorama geral do direito no Estado liberal

- Racionalismo, logicismo, formalismo e individualismo.
- Busca de uma (pseudo) segurança jurídica ao preço da simplificação.
- Suposta neutralidade política e ideológica.
- Total separação entre o direito público e o privado → critérios para distinção.
- Total compartimentalização do direito privado e das demais especialidades = e como fazer nos casos complexos?
- Centralidade do Código Civil no direito privado e até mesmo no direito como um todo.
- Lei como a única fonte do direito.
- Direito deixa de ser visto como prudência e passa a ser visto como técnica → a ideia era a de que, dominando-se a lógica da subsunção e o edifício conceitual da Pandectística, ter-se-ia a solução para todos os problemas.

Classical Legal Thought

- Segundo Dunkan Kennedy, corresponde à primeira fase da globalização do direito e do pensamento jurídico → 1850-1914
- Consolida as ideias liberais do século XIX sobre direito em uma sociedade de mercado → ênfase na autonomia individual e no papel primário do direito para a proteção da propriedade e das transações livres.
- Individualismo + distinção entre direito público e privado + formalismo da interpretação jurídica.
- Comprometimento com a "will theory" e a proteção dos direitos individuais.

As principais repercussões da Pandectística no BGB alemão e no Código Civil Brasileiro de 1916: a Parte Geral

- O direito privado no Brasil colonial e no Império: das ordenações portuguesas ao Código Comercial de 1850.
- A positivação da Teoria Geral do Direito Privado → Parte Geral do Código vista como construção abstrata, conceitual e sistemática da Pandectística,

fortemente influenciada pelo individualismo e autonomia da vontade → solução do BGB alemão não contida no Código Napoleônico e nos que seguiram este último.

- O conceito principal e fundamental da Teoria Geral do Direito Privado tradicional e da Parte Geral é o de relação jurídica, vista como a relação intersubjetiva que une uma ou mais pessoas em dois pólos, atribuindo a cada um direitos, deveres ou ambos.
- A partir do conceito de relação jurídica, buscou a Parte Geral disciplinar cada um dos seus principais aspectos: (a) as pessoas que poderiam figurar como sujeitos ativos e passivos da relação jurídica; (b) o objeto das relações jurídicas (disciplina dos bens); (c) o vínculo jurídico que une as pessoas ao objeto ou que, nas palavras de Beviláqua, submete o objeto ao sujeito; (d) a causa do vínculo, ou seja, a causa do nascimento, modificação e extinção das relações jurídicas (disciplina dos fatos jurídicos, dentre os quais se destacam os negócios jurídicos) e (e) outros institutos importantes (representação, prescrição, decadência e prova).
- Razões das críticas à Parte Geral: (a) dispensabilidade, (b) possibilidade de conflitos entre a parte geral e a especial e (c) alta abstração.
- Orlando Gomes → a relação jurídica permite que o direito deixe de ser tratado em função do sujeito para girar em torno da própria relação jurídica, da qual o sujeito é um mero elemento → TOTAL ABSTRAÇÃO.

Outras características relevantes do Código Civil Brasileiro de 1916

- Bem posterior ao Código Comercial (1850) → problemas da dicotomia entre o Direito Civil e o Comercial
- Acolhimento de individualismo não igualitário.
- Embora fortemente influenciado pelo BGB alemão, deixou de adotar várias soluções deste último que já flexibilizavam o individualismo exagerado.
- Problema da comercialização das relações civis.

PERGUNTAS

- A dicotomia entre o direito público e o direito privado já existe desde o direito romano. Quais são os critérios para tal distinção?
- Que contribuições o jusnaturalismo traz para a compreensão do direito? Qual é a relação entre jusnaturalismo, racionalismo e a introdução do pensamento sistemático no direito?
- Por que se diz que os direitos subjetivos, tal como os compreendemos atualmente, são um produto do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII? Por que os romanos e as civilizações ocidentais até o Antigo Regime não conheciam propriamente os direitos subjetivos?

- Para o jusnaturalismo, qual é o fundamento moral que justifica os direitos subjetivos?
- Como as Revoluções Liberais incorporam os ideais jusnaturalistas no que se refere aos direitos subjetivos? Por que se diz que os direitos subjetivos perdem o seu fundamento moral e passam a ser meras imunidades ou âmbitos de proteção contra o Estado?
- Qual é o papel das codificações no direito privado no século XIX?
- Como se caracteriza o direito civil burguês do século XIX? Por que houve a necessidade de separar o direito civil e o direito comercial?
- Por que o *laissez-faire* do século XIX é um mito?
- Por que a Teoria Geral do Direito Privado é desenvolvida pela Pandectística alemã e não pela Escola da Exegese francesa?
- Como a Pandectística e o BGB alemão influenciaram o primeiro Código Civil brasileiro? Quais as principais características do primeiro Código Civil brasileiro?
- Qual é o panorama geral do direito privado no Estado liberal?