

ORLANDO GOMES

Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia
Doutor *honoris causa* da Universidade de Coimbra

INTRODUÇÃO
AO
DIREITO CIVIL

Obra premiada pelo Instituto dos Advogados da Bahia

7.^a edição

FORENSE
Rio de Janeiro
1983

CAPÍTULO 1

NOÇÕES PRELIMINARES

1. *Introdução.* 2. *A realidade jurídica.* 3. *A norma jurídica.* 4. *Formas gerais do Direito.* 5. *A técnica jurídica.* 6. *O sistema jurídico.* 7. *Direito Público e Direito Privado.*

1. *Introdução.*

A iniciação ao estudo da teoria geral do direito privado pretende ser a exposição concisa de noções elementares, conceitos básicos e construções técnicas devidamente articulados e enunciados com clareza, sem aprofundamento que antes complique e redunde do que esclareça e facilite.

O conhecimento inicial desses conceitos, noções e teorias é de exigir-se de quem quer que queira iniciar-se no estudo de Direito Privado. Convém que o estudante comece por se familiarizar com o vocabulário jurídico e aprenda o significado corrente dos seus termos. Na sua introdução, os estudos jurídicos reclamam, ademais, a aprendizagem das definições necessárias à compreensão da natureza, estrutura e fins do Direito. Necessita o aluno adentrar o universo jurídico espelhado no meio social onde se refletem suas instituições, para compreender a sua razão de ser. Precisa inteirar-se de que as técnicas e mecanismos jurídicos correspondem, ao longo do processo histórico, ao conjunto de crenças e idéias no qual se racionalizam os interesses fundamentais da sociedade que as regras jurídicas asseguram. Não lhe bastará informar-se a respeito do funcionamento desses mecanismos e dessas técnicas, instruindo-se quanto ao modo de aplicá-los, mas importa que procure entendê-los na sua função valorativa, inspirada em motivos ideológicos.

Num manual destinado a condensar o estritamente necessário a uma iniciação ao estudo da teoria geral do direito privado, é de se passar por alto o exame das divergências e dissensões entre auto-

res e escolas que animam a história do pensamento jurídico.¹ Nem se cuidar deve de inchá-lo com referências, citações e transcrições da obra de escritores que se ocupam dessa teoria geral, não só para se facilitar a leitura, mas, também, por ser muito difícil, nas definições e noções, identificar a verdadeira paternidade, evitando-se, de resto, a leviandade de personalizar o que todo escritor repete.

Conforme adverte SANTORO PASSARELLI, não pertencem ao direito civil, mas à teoria geral do direito, as doutrinas relativas à noção de Direito, às suas divisões, fontes e interpretação. Tendo em vista, porém, que as obras de direito civil começam tradicionalmente pela exposição desses temas, mal não há em referi-los esquematicamente.

Não é fácil definir o Direito, em razão dos aspectos diversos sob que pode ser encarado, e conduzem à confusão entre a idéia, o fundamento e o fim que se lhe atribuem.²

Sob o aspecto formal, o Direito é regra de conduta imposta coativamente aos homens.

Sob o aspecto material, é a norma nascida da necessidade de disciplinar a convivência social.

A característica do Direito está, à evidência, no seu caráter normativo obrigatório. Direito positivo é a norma que vige em determinada sociedade, impondo-se, pela força da autoridade, às pessoas que a constituem. As especulações sobre outros elementos integrantes do seu conceito pertencem a distinta esfera do conhecimento. Fora da lei — tomada essa expressão no seu sentido mais amplo — não há Direito. Especificamente, norma jurídica é a regra de conduta que dispõe de sanção.

A definição adotada limita o campo da juridicidade ao *direito positivo*. Mas, são estas as fronteiras do Direito. O chamado *direito natural* será, quando muito, um capítulo da Moral,³ e o *direito ideal*, uma aspiração.

Da qualificação do Direito como regra de conduta, não se segue que não possa ser estudado em outro plano, o da *intersubjetividade*, no qual se apresenta na sua função específica de instrumento regu-

¹ ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado. Para o direito privado, MOLITOR-SCHOLESSER, *Grundzüge der Neusen Privatrechtsgeschichte*, trad. de Angel Martinez Sarrion.

² DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*.

³ Consultar ORLANDO GOMES, *O drama de uma idéia*.

lador de relações bilaterais e recíprocas entre *sujeitos*. Tanto na ótica *normativista* como na visão *intersubjetiva*, é encarado como simples *modelo* de interpretação da experiência jurídica, que não nos diz o que realmente é o Direito.⁴ Interesse não há, porém, num curso de teoria geral do direito privado, em tentar responder a essa indagação, limitado, como deve ser, ao estudo da experiência jurídica em seu aspecto *formal*.

O enfoque *normativista*, conquanto esteja mais difundido atualmente entre as práticas do Direito, não proporciona ao iniciante no aprendizado do direito civil a indispensável *sistematização conceitual* que o facilita. Preferível, desse modo, o da *relação jurídica*.

2. A realidade jurídica.

A realidade jurídica compõe-se de dois elementos, o *material* e o *formal*. O primeiro é a matéria-prima do produto jurídico,⁵ constituindo-se de fatos sociais. O outro é formado por determinado conjunto de normas. São inseparáveis. O elemento material isolado toma cor neutra e o elemento formal, escoteiro, tem caráter abstrato.⁶

Os fenômenos econômicos e sociais não se inserem no mundo do Direito *sic et simpliciter*, senão por processo de *qualificação* operado pelas normas que os regulam.⁷

Uma vez que todo fenômeno jurídico resulta da síntese de dois elementos de ordem diversa, o *material*, que se individualiza na realidade extrajurídica e é o ponto de atração da norma, e o *formal*, de puro direito,⁸ o estudo do Direito concentra-se no fato juridicamente qualificado, em termos abstratos o elemento material é objeto de outras ciências, devendo o jurista ocupar-se com as normas que o qualificam. Mas, como abstraí-lo, se ele constitui o “momento hipotético da norma”?

A diversidade entre os vários direitos subjetivos tem na função econômica de cada qual o seu traço distintivo e por isso há que preocupar-se também com o elemento material.

⁴ G. LUMIA, *Principios de Teoria e Ideologia del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, pág. 25.

⁵ PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, pág. 7.

⁶ PUGLIATTI, *ob. cit.*, pág. 7.

⁷ A PINO, *Il patrimonio separato*, pág. 93.

⁸ PUGLIATTI, *Istituzioni*, I, pág. II.

O fenômeno jurídico pode ser encarado de distintos ângulos. A cada qual corresponde uma particular ciência do Direito.⁹ Como fato cultural, seu estudo, orientado para a investigação de problemas gerais, entra na teoria geral da sociedade, da qual constitui um capítulo: a sociedade do fenômeno jurídico.¹⁰ Pode ser também apreciado em perspectiva histórica, na dimensão do tempo, constituindo seu estudo o objeto de outra ciência jurídica particular, que é a *história do direito*,¹¹ assim como, na dimensão do espaço, para o conhecimento das semelhanças e diferenças dos diversos sistemas jurídicos coexistentes, sendo objeto, então, do *direito comparado*. Se o seu estudo é a exposição e crítica de conceitos gerais e abstratos, válidos para todos os ordenamentos jurídicos, delas se ocupa a *teoria geral do Direito*. Quando, porém, se pretende conhecê-lo como sistema de normas que emprestam determinada significação a certas relações sociais, qualificando-as como relações jurídicas, está-se no campo da *dogmática jurídica*.

O propósito desta obra é o estudo do ordenamento jurídico na parte concernente às relações particulares sistematizadas no ramo da árvore jurídica denominado Direito Civil.

Quem quiser ter uma visão abrangente da experiência jurídica no campo das relações privadas sem se preocupar com a exata determinação do elemento decisivo na *caracterização* do Direito, deve deter a atenção nas três *teorias gerais* que disputam a preferência dos estudiosos:

- 1 — a da *relação jurídica*;
- 2 — a *normativa*;
- 3 — a *institucional*.¹²

Cada qual enfatiza um aspecto particular do fenômeno jurídico:

- 1.^a — a *intersubjetividade*;
- 2.^a — a *coercibilidade*;
- 3.^a — a *ordenação*.

Na primeira, o direito é concebido como uma *relatio ad alterum*. Sua função específica é regular as relações intersubjetivas, isto é, o comportamento de uma pessoa em correspondência ao de outra.

⁹ TOMASO PERASSI, *Introduzione alle scienze Giuridiche*, 2.^a ed., pág. 23.

¹⁰ *Ob. cit.*, pág. 23.

¹¹ WIEACKER, *História del Derecho Privado de la Edad Moderna*.

¹² BOBBIO, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, pág. 53 e ss. G. LUMIA, *Principios de Teoria e Ideologia del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel.

Na segunda, o direito é qualificado como uma regra de conduta dotada de *sanção*, isto é, com a possibilidade de se impor pela *coação*.

Na terceira, o direito é modo de organização social, isto é, a ordenação funcional de uma estrutura com capacidade de auto-regulação.

Reunindo-se os três elementos — *relação, norma, instituição* — pode-se definir o direito como “*um ordenamento de normas que regulam relação intersubjetivas, — normas cuja violação provoca uma reação institucionalizada*”.

O estudo do Direito divide-se em três partes: a) heurística; b) morfologia; c) técnica.¹³

A heurística é o estudo das causas, fatores e função do Direito na sociedade, meio de formação natural do fenômeno jurídico.

A morfologia, o estudo das formas gerais e particulares do Direito.

A técnica, o estudo dos processos necessários à aplicação das regras jurídicas.

Numa introdução ao estudo do direito civil, somente as formas gerais do Direito e os meios de sua realização comportam breve exposição, de caráter propedêutico.

3. A norma jurídica.

Considerada sob o aspecto meramente *formal* a norma jurídica é uma frase preceptiva. Seu enunciado traduz principalmente um *comando*, mas algumas têm função *constitutiva*, ou *operativa*.

Compõe-se de dois elementos: a) um *preceito* e uma *sanção*. O primeiro encerra a regra de conduta a ser observada por seus destinatários; o segundo, a pena a ser imposta a quem a desobedeça correspondente, segundo ENGISCH, a um *pressuposto de fato* e a uma *conseqüência jurídica*.

O *preceito* estabelece *obrigações* ou *proibições*. Para além das funções de obrigar e de proibir, *permite* e *define*, *prescreve* as condições para a consecução de certos fins, *supre* a vontade típica dos sujeitos da *relação*, e *programam* o comportamento do destinatário a fim de que alcance os objetivos que prevê. Aos *preceitos imperativos*

¹³ Conf. EDGAR SANCHES, *Prolegômenos à ciência do Direito*, tese de concurso à cátedra de Filosofia do Direito, na Faculdade de Direito da Bahia.

e proibitivos agregam-se, portanto, os *permissivos*, os *declaratórios*, os *instrumentais*, os *supletivos* ou *dispositivos* e os *programáticos*.¹⁴

A *sanção* exerce a função tradicional da *pena*. A seu lado empregam-se *técnicas dissuasórias*. As *sanções* são *pessoais* ou *patrimoniais*, conforme recaiam no infrator ou em seus bens. Em *direito privado*, não existem, senão excepcionalmente, *sanções pessoais*. As *sanções patrimoniais* têm caráter *ressarcitório*, isto é, a reparar o dano causado pelo *ato ilícito* do infrator.

Não há um só tipo de *normas*. HART¹⁵ assinalou a existência de normas que não têm como objeto — ao menos *imediato* — a conduta dos indivíduos na sociedade. Denominam-se *normas de organização*.

Quanto aos *destinatários*, distinguem-se as normas em *primárias* e *secundárias*, conforme se dirigem aos indivíduos ou às autoridades encarregadas de aplicá-las. As primeiras seriam as que estabelecem a *sanção*; as segundas, o *preceito* infringível, enquanto, para outros, é o inverso.

A partir de ZITELMANN prosperou a idéia, levada às últimas conseqüências por KELSEN, de que a norma jurídica tem o caráter de *juízo hipotético* e não de um *comando*, contrariamente à concepção *imperativista* do Direito. Expressaria tal *juízo* uma relação “entre um fato condicionante e uma conseqüência condicionada”, não de *causalidade*, mas de *imputação* que implica *dever ser*. Na verdade, não perdem a natureza *imperativa* nem mesmo nesse contexto, pouco importando que sejam hipotéticos ou condicionados. A norma jurídica, que obriga e proíbe, é um imperativo destinado a influir no comportamento do homem na sua convivência social. Sua *validade* depende de ser *justa*, segundo os *jusnaturalistas*, ou ser *eficaz*, conforme sustentam os pregoeiros do *realismo jurídico*.¹⁶

4. Formas gerais do Direito.

São formas gerais do Direito: a) *direito subjetivo* e *direito objetivo*; b) *direito público* e *direito privado*. Estas classificações têm sido contestadas, mas são úteis sob o aspecto didático.

¹⁴ G. LUMIA, *Op. cit.*, pág. 35, que os qualifica como *imperativos condicionados*.

¹⁵ *The Concept of Law*, trad. de Genaro Carrio, pág. 99 e ss.

¹⁶ G. LUMIA, *Op. cit.*, pág. 50.

Direito subjetivo é a faculdade de agir (*facultas agendi*).¹⁷ Uma vez que os homens travam relações, na sua vida social, importa definir e delinear o poder de cada qual em face de seu semelhante. Os poderes, faculdades ou prerrogativas reconhecidos são os direitos subjetivos, *lato sensu*.

Direito objetivo é a norma de agir (*norma agendi*).¹⁸ Através de regras obrigatórias, contém-se e regula-se o poder de ação individual. O direito objetivo é a norma, seja a lei, ou o costume.

A divisão do Direito em público e privado remonta aos romanos. Difundido em todos os compêndios o ensinamento de ULPIANO: "*Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum; publicum jus est quoad statum rei romanae spectat; privatum quod utilitatem singulorum pertinet*". Com apoio neste ensinamento, manifestou-se a preferência pelo critério distintivo que classifica as normas conforme sua finalidade, qualificando-as como públicas, se têm por objetivo o Estado (SAVIGNY) ou o bem da coletividade (DERNBURG), ou, preponderantemente, o interesse público (COGLIOLO), e como de direito privado, as que visam ao indivíduo, ou ao interesse particular, ou à ordem privada. Outros preferiram diferenciá-los pela diversidade do modo de sanção do Direito. No direito público, a sanção é indireta; no privado, direta (DUGUIT). Também se procurou distingui-los formalmente através do modo por que o direito é protegido (THON). Salientam todos que é extremamente difícil, senão impossível, traçar rigidamente a linha divisória entre as duas formas gerais.

A divisão do Direito em público e privado tem sido objeto de críticas. A reação inspira-se, principalmente, no movimento de renovação do Direito, impregnado de essência antiindividualista. Na distinção clássica do Direito, nota-se a influência decisiva do *individualismo jurídico*. A idéia, hoje dominante, de que o fim do Direito é satisfazer a interesses gerais, ainda quando assegura poderes indi-

¹⁷ Consultar WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. 1.º, § 27; IHERING, *O espírito do Direito Romano*, 35, 70 e 71; THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, págs. 5 e segs.; DABIN, *Le droit subjetif*; SALLEILLES, *De la personnalité juridique*; GROPALLI, *Filosofia do Direito*.

¹⁸ KELSEN, *Teoria pura del Derecho*; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*; CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*; THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*; DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*; COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*; HART, *The Concept of Law*.

viduais, elimina, logicamente, qualquer classificação do Direito baseada na qualidade do preceito. Ademais, a formação de novos ramos do Direito, nos quais o espírito de socialização se faz sentir mais intensamente, mostra que a bifurcação tradicional não sobrevive à nova orientação de cunho eminentemente social. A crítica demora-se, por outro lado, na comprovação de que todos os critérios propostos são deficientes ou imprecisos.¹⁹

Conquanto procedentes, em grande parte, as objeções a essa divisão morfológica do Direito, ela é aceitável sob os aspectos *técnico* e *didático*. Inegável a persistência de particularidades no processo de atuação das pessoas quando a desenvolvem, como autoridade, para a realização de interesses gerais, ou como particulares, promovendo a defesa de interesses privados (SCELLE). Indiscutível, doutra parte, o interesse da especialização do Direito para a iniciação do seu estudo, uma vez que “às finalidades sociais particulares de cada disciplina jurídica correspondem particularidades técnicas”.

A insegurança da doutrina não impede que se reconheça a diferenciação na prática.

5. *A técnica jurídica.*

O direito realiza-se mediante processos técnicos. Os mais importantes são: a) *os conceitos*; b) *as categorias*; c) *as construções*; d) *as ficções*; e) *as presunções*.²⁰

O *conceito* é uma abstração, esquematizada para simplificar, que permite, pelo processo da generalização, as *construções* ou *teorias*.

As *categorias* são os quadros em que se agrupam, por afinidade, os elementos da vida jurídica. Os principais elementos são: o sujeito, o objeto e o fato jurídico. Correspondem-lhes categorias particulares, que possibilitam as *classificações*.

A *ficção* é o processo pelo qual a ordem jurídica, para atingir resultado conveniente, admite como verdadeiro o que é suposto. Recurso técnico condenável, está desaparecendo das legislações modernas.²¹

¹⁹ V. G. SCELLE, *Le droit publique et la théorie de l'État*, in *Introduction à l'étude du droit* de JULLIOT DE LA MORANDIÈRE e outros. No mesmo livro, o estudo de JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Introduction à l'étude du Droit Civil Français*.

²⁰ BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE LACOSTE, ob. cit.

²¹ ROUBIER, *Théorie générale du droit*, pág. 116.

A *presunção*, uma consequência que a lei tira de um fato conhecido, para admitir um desconhecido,²² como "*pater is est quem nuptiae demonstrant*".

A necessidade de conhecer a técnica do Direito não precisa ser encarecida. Inviável seria a adaptação das regras jurídicas aos casos concretos ou especiais sem o emprego desses meios e processos. Sem eles, o Direito não pode ser realizado. As operações intelectuais em que se informam são, com efeito, indispensáveis à compreensão e aplicação do Direito.

A aplicação do Direito se faz passando do geral para o particular. O *silogismo* é o instrumento do jurista prático.

A operação pela qual se põe a *espécie* sob o império da regra abstrata, denominada *subsunção*, não é simples, porque, freqüentemente, se tornam necessários, para completá-la, sucessivos silogismos.

O raciocínio pode ser ainda dificultado se houver dúvida quanto à premissa maior, como nos casos concernentes à eficácia da lei no tempo, os quais devem ser resolvidos pelos critérios ministrados pelo *direito intertemporal*, e relativos à eficácia da lei no espaço, que se resolvem conforme as regras do *direito internacional privado*.

6. O sistema jurídico.

As normas de direito positivo são agrupadas sistematicamente, formando os *institutos jurídicos*.

A coordenação dos diversos institutos jurídicos em um todo harmônico forma, por sua vez, o *sistema jurídico*.²³

Todo instituto jurídico tem no *sistema* seu lugar próprio. Encontrá-lo, é determinar-lhe a *natureza*. A localização (*sedes materiae*) ajuda a compreensão e a aplicação das regras agrupadas.

A locução *instituto jurídico* usa-se em dois sentidos: ora para designar a matéria que constitui o objeto de disciplina jurídica por

²² JEAN DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, págs. 105 e segs.

²³ Segundo CASTAN TOBEÑAS, um sistema jurídico é um conjunto de regras e instituições de Direito positivo pelas quais se rege determinada coletividade (*Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, pág. 5). Para ARMINJON, NOLDE e WOLFF são elementos essenciais de um sistema jurídico: 1.º, uma legislação que serve de vínculo à coletividade que rege; 2.º, uma certa autonomia, quando menos legislativa (*Traité de Droit Comparé*, t. 1.º, pág. 10).

normas agrupadas e coordenadas, ora para qualificá-las. A coordenação processa-se pela afinidade do conteúdo. Os institutos jurídicos desdobram-se mediante particularizações, que decorrem da sistematização das leis, ganhando autonomia, embora se conservem unidos aos que têm maior cunho de generalidade. Assim, o *matrimônio* é instituto jurídico autônomo, porque constitui matéria disciplinada por um complexo de normas coordenadas, mas, nem por isso, deixa de estar integrado no instituto mais amplo da *família*.

Para a caracterização dos institutos jurídicos concorrem dois elementos: o *teleológico* e o *estrutural*.²⁴ O elemento teleológico é o fim que a ordem jurídica visa a obter por seu intermédio. O elemento estrutural, o modo por que se formulam, articulam e aplicam os seus preceitos.

Todo instituto jurídico destina-se a exercer uma função social. O Direito proporciona ao homem os meios de atingirem determinados resultados práticos, considerados dignos de proteção, em certo momento histórico. O elemento teleológico ou *funcional* é fortemente influenciado pelas ideologias políticas dominantes em dada sociedade.

Por dimensão ideológica do direito não se quer significar a sua explicação pelo conceito marxista de ideologia como o sistema de idéias, opiniões e crenças tendentes a justificar as posições de classe, mas que o direito positivo, a dogmática jurídica e o conteúdo da justiça se condicionam à concepção do mundo dominante em determinado momento da História e que por detrás de conceitos, princípios e normas aparentemente neutras se escondem ou se disfarçam interesses e objetivos que não podem ser ignorados nem menosprezados pelo jurista se não quer ser apenas um prático do Direito.

A função ideológica das instituições jurídicas não se alterou essencialmente nesta metade derradeira do século, mas a avaliação do jurista teve de ser deslocada para elevações das quais se descortinam paisagens diferentes, porque as mudanças se verificaram em sentido contrário à lógica da marcha evolutiva, dos fatos econômicos e políticos. Tais mudanças caracterizam o advento da sociedade industrial, que estamos a construir e o modelo social do Código Civil e a sociedade agrária.

Para descrever, em termos esquemáticos, a inversão, alguns traços são suficientemente significativos, tais sendo:

²⁴ MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I.

1.º — a revanche da sociedade contra o Estado, freando o movimento para a estatização econômica, tanto pela realização tecnológica como pelo autofortalecimento dos grupos de interesses constituídos em forças sociais autônomas;

2.º — a consolidação do Estado como fornecedor de serviços de primeira necessidade e orientador da economia no interesse do bem comum, mas sem transformar o plano num manifesto socialista ou numa ideologia política autoritária;

3.º — o deslocamento do peso específico da ordem política global em direção a uma sociedade dominada por grandes estruturas e guiada por um novo sistema de valores recolhido na Constituição, na qual acusam significação reformista:

a) a alteração da missão histórica das liberdades individuais e do postulado da igualdade;

b) a consagração da redistribuição social através do reconhecimento superlegal de direitos e garantias aos trabalhadores.²⁵

É neste contexto que se explicam as transformações gerais das grandes instituições do direito privado, na sociedade industrial.

O domínio da interpretação e aplicação das leis contém-se no elemento estrutural. Condiciona-se, entretanto, ao elemento finalístico, já que, em essência, o Direito tem caráter instrumental. Não seria possível interpretar e aplicar uma lei com desconhecimento ou desprezo de sua finalidade social.

Ao complexo de normas que organizam a vida social de um povo denomina-se *ordenamento jurídico*. A expressão comporta, todavia, significados diversos, primando o que lhe atribui a corrente institucionalista,²⁶ constituída pelos que firmam a atenção sobre o aspecto particular da experiência jurídica constituído pela *organização social*.²⁷ Particulariza-se, segundo a doutrina institucional, para significar os corpos sociais, estáveis ou permanentes, que têm estrutura e organização próprias. Emprega-se, entretanto, em sentido geral, sem conotações de escola.

²⁵ Condensados da obra de FORSTHOFF "Der Stast der Industriegesellschaft", na tradução de Luis Lopez Guerra y Jayme Nicolás Muniz, I.E.P., Madri, 1975. HAURIOU, *La Teoria de la Institucion y de la fundacion*, trad. de A. R. Sampay.

²⁶ SANTI ROMANO, *L'ordenamento giuridico*; CASARINI SFORZA, *Ordenamento giuridico*, in N. Digesto Italiano; DOMENICO BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, pág. 47.

²⁷ BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del Diritto*, pág. 55.

7. *Direito Público e Direito Privado.*

Não constitui matéria específica de *Direito Civil* o estudo das formas gerais do Direito. Devem, entretanto, ser recordadas sumariamente em obra propedêutica ao estudo desse ramo particular do Direito, por uma razão principal: é que exerceu, por muitos séculos, sob a influência do gênio jurídico dos romanos, incontestável proeminência na elaboração científica do Direito, impondo aos outros ramos, ou lhes emprestando, conceitos e categorias construídos em função das necessidades e dos problemas que deveria resolver como "direito privado".²⁸ O desenvolvimento do Direito Público revelou não possuírem alguns conceitos e categorias o presumido cunho de generalidade inferido do prestígio muitas vezes secular da ciência do direito civil. Prosperou, em conseqüência, a tendência oposta. Novas construções técnicas se levantaram para proporcionar ao Direito Público instrumentos de trabalho mais adequados a seu espírito e finalidade. O propósito, na sua justa medida, era conter, no quadro do Direito Privado, o que não devia ser generalizado. Excedeu-se, como toda reação, na tentativa de tudo reduzir ao Direito Público, pretendendo impor seus critérios próprios ao Direito Privado e incidindo, assim, no mesmo erro de generalização. Mas, inegavelmente, se estabeleceu uma corrente de recíprocos influxos e derivações entre os cultores de um e de outro, que tem sido útil à ciência jurídica.²⁹

A oposição entre as duas formas não deve ser radicalizada. Em verdade, a questão não consiste em estabelecer o primado de um sobre o outro. Importa, sim, selecionar os conceitos e categorias gerais, válidas para qualquer ramo do Direito, e os que interessam apenas ao Direito Civil. A necessidade de conhecer aquelas é para facilitar a compreensão dos institutos do Direito Civil, e, não, como fazem numerosos civilistas, na convicção de que estão em seara própria, ou na suposição de que todo o direito é privado.

A relação jurídica é a categoria básica do Direito.

Decompõe-se em elementos, que, por sua vez, formam categorias, cujo estudo, nas suas particularidades, tem suma importância na iniciação dos conhecimentos indispensáveis das instituições de Direito Civil.

²⁸ BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. I, 4.^a ed., pág. 48.

²⁹ SANTI ROMANO, *Scritti giuridici minori*, pág. 347.

São elementos da relação jurídica: o *sujeito*, o *objeto* e o *fato jurídico*. Cada qual se apresenta no exame dos institutos em que se coordenam e nas construções doutrinárias que os explicam e justificam em condições de ser isolado e, pelo cunho de generalidade, permitem toda a divisão do estudo do Direito Civil em três partes perfeitamente definidas.

Ocupa-se a primeira do *sujeito*. Sua análise compreende as regras atinentes às pessoas físicas e jurídicas. A segunda, do *objeto*, abrangendo as diversas espécies de bens e prestações. A terceira, do *fato jurídico*, em cujo estudo sobrepõe o *negócio jurídico*.

Importa conhecer as generalidades, em primeiro lugar, na ótica da relação jurídica.