

O DIREITO CIVIL – NOÇÕES PRELIMINARES

O termo "Direito" configura-se em diversas acepções:

- a) disciplina social que se impõe à sociedade humana;
- b) conjunto de regras e de instituições jurídicas;
- c) conjunto de formas pelas quais as regras e instituições se exteriorizam;
- d) ciência que estuda essas regras e instituições;
- e) ideal de justiça; meta colimada pelas normas jurídicas;
- f) equidade, expressão essa igualmente genérica;
- g) conjunto dos *direitos* de que as pessoas desfrutam.

Segundo Miguel Reale, pode-se conceituar o Direito como sendo a **"ordenação atributiva das relações sociais, na medida do bem comum"**.

- Direito e Moral: *Teoria do Mínimo Ético* (Bentham): "O Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre".

- Miguel Reale não concorda com esta afirmação. Distingue ele o termo "amoral" do "imoral", sendo amoral o que é indiferente à Moral. Como exemplos, refere-se às regras de trânsito, de prazos processuais e decadenciais, que são todas regras jurídicas, técnicas, mas não vinculadas a aspectos morais, ou mesmo fundadas especificamente na Moral.

- Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral. Como exemplo, o caso dos sócios que, embora se dedicando com intensidade diversa a uma sociedade, recebem os mesmos proventos, em função do que é disposto no contrato social.

Há, pois, que se distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é, pelo menos, amoral, o que induz a representar o direito e a moral como círculos secantes.

- Moral: mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra.

- A moral é incompatível com a coação.

- **O que distingue o Direito da Moral é a coercibilidade.**

- Kelsen: o direito como a ordenação coercitiva da conduta humana. Mais tarde, para ele, trata-se da ordenação coercível da conduta humana, não efetiva, mas potencial.

- Heteronomia: é a validade objetiva e transpessoal das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irredutível ao querer dos destinatários.

- Para Kant, a Moral é autônoma, o Direito, heterônomo.

- **O Direito visa, basicamente, realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão *bem comum*. Bem comum, portanto, é a ordenação daquilo que cada pessoa pode realizar sem prejuízo do bem alheio.**

- *Direito* significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traçam para as pessoas determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir, como também o tipo de ciência que o estuda, a Ciência do Direito ou Jurisprudência.

- Estrutura tridimensional do Direito:

3 aspectos básicos e coexistentes: o normativo, o Direito como ordenamento e a sua respectiva ciência; o fático, o Direito como fato ou em sua efetividade social e histórica, e o seu aspecto axiológico, como o Direito como valor de Justiça.

- Definição (Miguel Reale): "Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva"; ou, de uma forma analítica, "Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores".

- **Direito objetivo**: conjunto de normas e modelos jurídicos. Segundo Gofredo da Silva Telles (Direito Quântico), o direito objetivo é o conjunto de normas que a todos se dirige e a todos vincula. Ele é, assim, o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação. Por ele é feito o exame da norma jurídica enquanto dado exterior ao sujeito, cuja conduta é por ela regulada. É o Direito enquanto norma de conduta.

- **Direito subjetivo**: é a possibilidade de se exigir, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Segundo Gofredo, é a faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor, ou seja, a faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*. É a permissão, dada por meio da norma jurídica, para usar a faculdade de agir.

Interesse: são as exigências da vida. Assim, são interesses não só os interesses materiais, econômicos e sociais, mas também os interesses ideais: há interesses culturais, morais e religiosos. O Direito tem por função apreender os interesses materiais e ideais das pessoas e tutelá-los, na medida em que eles se apresentem dignos de proteção ou tutela (Karl Engisch - Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian).

A verdade é que os interesses das pessoas não se situam isoladamente, uns ao lado dos outros, antes se encontram uns com os outros, podendo se conduzir na mesma direção, mas podendo também colidir entre si.

Importa, sobretudo, ao Direito a colisão de interesses, o "conflito de interesses". Muito frequentemente, a proteção de um interesse pelo Direito significa a postergação de outro interesse.

- Em toda parte o Direito antepõe certos interesses a outros interesses. Ele dirime efetivos ou possíveis conflitos de interesses através da ponderação dos interesses em conflito e do estabelecimento de um equilíbrio entre eles (pág. 368 e 369).

- Mas, justamente neste ponto, na aplicação do Direito legislado à vida, na interpretação, no preenchimento de lacunas e na correção da lei, hão de ser aqueles interesses investigados, ser tomados em conta e ser efetivados de acordo com a vontade do legislador. Com efeito, o juiz, no estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador.

- **Vale o princípio da fidelidade à lei. O juiz apenas concretiza, de caso a caso, as soluções gerais dadas aos conflitos pela lei, ao verificar, por confronto, que o conflito concreto configura-se da mesma forma que o conflito *intuído* pelo legislador para criar a norma.**

- **Escola da *jurisprudência dos interesses*: também no preenchimento das lacunas deve-se respeitar o mais possível a vontade do legislador. Somente quando o Direito autoriza excepcionalmente o juiz a assentar a decisão na sua própria apreciação dos interesses, e especialmente nas delegações discricionárias, é que o juiz assume, por analogia e de modo circunstancial e momentâneo, o papel que caberia ao legislador.**

- Assim como somente poderá o juiz corrigir uma lei mal formulada quando por esta maneira contribua para dar efetividade à verdadeira vontade do legislador, ou seja, do legislador que pondera e coordena os interesses.

- Escola da *jurisprudência dos conceitos*: baseia-se na utilização de conceitos e instruções da lei assentes sobre si mesmos.

- **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.**

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

- A norma jurídica: compõem-se de dois elementos, sendo um deles o *preceito* e o outro uma *sanção*.

- FORMAS GERAIS DE DIREITO:

a) direito subjetivo: é a faculdade de agir;

b) direito objetivo: é a norma de agir.

- A TÉCNICA JURÍDICA:

a) conceitos: são abstrações, esquematizadas para fins de simplificação.

b) categorias: são quadros que agrupam, por afinidade, os elementos da vida jurídica. Os principais elementos são o sujeito, o objeto e o fato jurídico.

c) ficção: o processo pelo qual a ordem jurídica, para atingir resultado conveniente, admite como verdadeiro fato suposto.

d) presunção é uma consequência que a lei tira de um fato conhecido para admitir um desconhecido.

- SISTEMA JURÍDICO:

- institutos: conjunto de normas de direito positivo agrupadas sistematicamente. A coordenação dos institutos em um todo harmônico forma o *sistema jurídico*.

- O complexo de normas que organizam a vida social de um povo se denomina ordenamento jurídico.

- DIREITO PRIVADO

Congrega as relações jurídicas travadas para a ordenação de interesses particulares. Pode envolver relações entre particulares, mas também entre particulares e entes públicos, desde que esses mesmos entes públicos estejam agindo como particulares, ou seja, despidos do poder soberano.

- Direito público: disciplina a organização do Estado e dos outros entes públicos, regula a ação deles, interna e frente aos particulares, e impõe a estes últimos o comportamento que devem ter para respeitar a vida em sociedade e a localização dos meios de financiamento necessários para a consecução das finalidades a cada momento consideradas públicas. O Direito Público se articula, pois, nos vários ramos do direito constitucional, administrativo, penal, tributário, etc.

- Direito privado: limita-se a disciplinar as relações interindividuais, seja dos particulares ou dos entes privados.

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

- A linha de demarcação entre direito público e direito privado é, porém, sobretudo variável: o Estado pode avocar para si a realização de funções que em um determinado tempo foram deixadas aos particulares, e vice-versa; pode sancionar penalmente comportamentos que em determinado momento foram considerados de mero interesse privado e vice-versa; ou então pode renunciar a organizar de forma pública determinados tipos de atividade, restituindo-lhes à iniciativa privada.

- DIREITO CIVIL

- Seria o conjunto das regras reguladoras das relações jurídicas dos particulares, ou então, o complexo de preceitos que disciplinam os interesses privados.

-SISTEMAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS MATÉRIAS:

a) Romano

Baseado nas *Institutas*, divide-se em ***pessoas, coisas e ações***.

b) Francês

Pessoas, bens e modos de aquisição da propriedade, sendo que, nesse último, aglutinam-se matérias sem conexão lógica, tais como sucessões, obrigações, regimes matrimoniais, privilégios, prescrição.

c) Germânico

Baseia-se na classificação dos direitos conforme as diversas relações jurídicas. Nesse sistema, divide-se o direito civil em duas partes, uma *geral* e outra *especial*. Na *parte geral* reúnem-se os princípios comuns às diferentes relações jurídicas. Na *parte especial*, a matéria distribui-se na seguinte ordem: direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões.

- **Ordenamento jurídico:** é constituído pelo complexo de normas e instituições, mediante as quais vem regulado e dirigido o desenvolvimento da vida social e das relações entre os particulares. A denominação indica a finalidade do fenômeno jurídico que é a de ordenar a realidade social.

- É característica de cada ordenamento não ser um dado objetivo, fixo e imutável, mas sim representa o resultado, em contínua evolução sob a influência de forças e interesses contrastantes, dos comportamentos dos membros da coletividade, das alianças, da ideologia prevalente, das interpretações da classe dominante, bem como de diversas valorações, positivas ou negativas, sob o plano moral, político, histórico, etc.

- Importância e necessidade da cooperação entre as pessoas para a satisfação dos interesses individuais.

- Coletividade: ideia de grupo organizado. Há a necessidade de que ocorram, pelo menos, três condições para que exista tal *grupo organizado*:

a) que a coordenação das contribuições individuais não seja deixada ao acaso ou à boa vontade de quem quer que seja, mas venha disciplinada por regras de conduta, pelas quais seja preordenado o comportamento que cada membro do grupo deve observar (ou do qual deve se abster) para facilitar a pretendida colaboração em vista dos objetivos que, a cada momento, se pretende perseguir;

b) que estas regras não sejam postas e aplicadas em via transitória ou para uma só ocasião, mas sejam decididas por determinados órgãos, aos quais tal função seja confiada com base em precisas regras de estrutura, ou de competência, ou de organização.

c) que pelo chamado *princípio da efetividade*, tanto as regras de conduta quanto aquelas de estrutura sejam efetivamente observadas. Isso não significa que todas as regras de conduta que compõem o sistema organizativo do grupo devam encontrar constante e idêntica aplicação: ao contrário, é certamente inevitável que em cada coletividade algumas regras sejam esquecidas, outras não sejam sempre respeitadas, outras ainda venham a ser diversamente interpretadas ou modificadas com o passar do tempo.

- **A norma jurídica:** o ordenamento de uma coletividade é constituído por um sistema de regras. Cada uma dessas regras, mesmo porque concorre a disciplinar a vida organizada da comunidade, chama-se *norma* e assim o sistema de regras pelo qual é assegurado a ordem de uma sociedade representa o “direito” daquela sociedade, cada uma de tais normas se diz “jurídica”.

A juridicidade de uma norma, portanto, não é a consequência de qualquer caractere peculiar inerente ao seu conteúdo, mas depende do fato em que seja considerada, com base em critérios fixados por cada ordenamento, dotada de “autoridade”, enquanto inserida no sistema jurídico que contribui ela própria a formar.

- A norma jurídica não é mais confundida com a norma moral, nem mesmo quando uma e outra tenham idêntico conteúdo. Com efeito, enquanto cada regra moral é *absoluta*, no sentido que encontra apenas no seu conteúdo a própria validade, e assim obriga somente o indivíduo que, reconhecendo o valor, decide adequar-se, e é por isso também *autônoma*, no sentido que atua como imperativo somente quando a consciência do indivíduo espontaneamente aceite o comando, a regra jurídica deriva sua própria força vinculante do fato de ser prevista por um ato dotado de autoridade no âmbito da organização de uma coletividade, de modo que mesmo quando disciplina a ação do indivíduo apresenta-se como *heterônoma*, isto é, imposta por outrem, pelo ordenamento no seu complexo.

- Os fatos produtivos das normas jurídicas se chamam *fontes*. Em geral – com exceção da hipótese dos costumes – a norma jurídica vem consagrada em um documento normativo (assim ocorre para uma carta constitucional, para uma lei, um regulamento, uma sentença, etc.). Em tal caso, porém, não se deve confundir a *fórmula* (o texto) da disposição, com o *preceito* (o significado) que àquele texto é atribuído pelo intérprete.

Se cada *fórmula* consentisse *uma só* interpretação *verdadeira*, haveria a identidade entre as duas noções. Sendo que de qualquer texto podem se dar mais *leituras* e, assim é inevitável que em um mesmo documento normativo possa ser lido de modo diferente ou mesmo com contrastantes preceitos, dentre os quais, ao momento da aplicação da norma, um deverá ser eleito como aplicável.

- Não se deve confundir o conceito de *norma jurídica* com aquele de *lei*. Por um lado, de fato, a lei – pelo menos no sentido técnico de determinação que tenha “força de lei” é um “ato” (ou documento) normativo que contém normas jurídicas, e que assim está com estas em relação de continente e conteúdo; por outro lado, ademais das normas que tem “força de lei”, isto é, hierarquicamente superiores – cada ordenamento conhece muitas outras normas jurídicas fruto de outros atos normativos (regulamentos, ordenações, sentenças, contratos, etc.); por outro lado ainda, uma mesma lei pode conter muitíssimas normas (basta pensar no Código Civil), mas uma norma pode ainda resultar somente do “combinado disposto” de mais disposições legislativas, cada uma das quais pode regular ainda um só aspecto de um problema complexo.

DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

O complexo das normas pelas quais é constituído cada ordenamento jurídico representa o “direito positivo” (*ius in civitate positum*) daquela sociedade.

- Em todo o curso da história do Homem, porém, sempre esteve presente, ainda que em medida e de maneiras diversas, a ideia de que existe mesmo outro direito, o assim denominado *direito natural*, entendido como:

- a) uma matriz dos direitos positivos singulares;
 - b) um critério de valoração crítica dos ordenamentos em concreto;
 - c) um complexo de princípios eternos e universais, ou mesmo historicamente condicionados e, assim, mutáveis;
 - d) ligado a concepções religiosas acerca da natureza do Homem;
- A exigência que o recurso ao direito natural busca satisfazer parece em qualquer caso a aspiração a ancorar o direito positivo a um fundamento objetivo que elimine o risco de arbitrariedade ínsito na possibilidade de elevar o alcance da norma jurídica a qualquer conteúdo aprovado por quem detenha o poder. Não é por outra razão que as concepções de direito natural tendem a adquirir maior relevo nos momentos históricos em que a organização da sociedade

vem a se encontrar em conflito com os sentimentos difundidos na coletividade, de modo que o direito positivo vem a surgir como uma imposição, realizada por meio da força, mas sem uma íntima justificação: e justificada assim se torna a oposição ao regime, a resistência à opressão, a objeção de consciência.

A SANÇÃO

- Segundo uma antiga concepção, as normas jurídicas se caracterizariam pelo fato de serem suscetíveis de atuação forçada (coerção), ou seriam então garantidas pela predisposição, nas hipóteses de transgressão, de uma consequência *in danno* do transgressor, chamada **sanção**, a qual intimida a favorecer a observância espontânea da norma, mediante uma forma de coação psicológica voltada a dissuadir que se tenha um comportamento antijurídico que fosse intencionado a violar as regras do ordenamento.

- Não há dúvida que frequentemente, ao lado das normas “de conduta” (ditas primárias), o legislador prevê uma “resposta” ou “reação” do ordenamento (assim chamadas normas sancionatórias ou *secundárias*), a ser utilizada no caso de observância do comportamento prescrito.

- Deve ser destacado, por outro lado, que a defesa do ordenamento não é perseguida somente através de medidas repressivas ou restauradoras de uma situação preexistente ilegítimamente violada, mas também mediante medidas preventivas, de vigilância, de dissuasão, e também com o auxílio de normas que se limitam a afirmações de princípios, que desenvolvem uma importante função exemplar (psicológico-pedagógica), independentemente da previsão de qualquer sanção.

- Mais recentemente, tornaram-se muito frequentes também normas que, longe de disporem sobre “reações” do ordenamento, estabelecem “incentivos” e prêmios em favor dos sujeitos que se encontrem em determinadas situações (por exemplo, ao favorecer as empresas que empreendem novas atividades em zonas consideradas deprimidas ou subdesenvolvidas).

Se a sanção não pode se considerar momento essencial de todas as normas jurídicas, deve ser por outro lado reconhecido que o ordenamento de uma sociedade política prevê sempre a organização de um aparato coercitivo, tendente a assegurar, ocorrendo também com o uso da força, de um lado a salvaguarda, contra ameaças internas ou externas, da assim denominada “ordem constituída”, e de outro a aplicação em concreto das consequências sancionatórias previstas em abstrato por cada norma em caso das suas violações.

Assim, o Estado moderno reivindica per se o monopólio do uso da força, proibindo um tal uso por parte quem quer que seja que não tenha previamente obtido do próprio Estado o poder – ou a autorização – de adotar medidas coercitivas.

A sanção pode operar de modo direto, visando a própria realização da ação ou da omissão, ou de modo indireto, quanto o ordenamento se vale de outros meios para obter a observância da norma ou para reagir à sua violação.

CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- Tradicionalmente se ensina que os caracteres essenciais da norma jurídica que tenha força de lei são a *generalidade* e a *abstração* dos respectivos preceitos.
- Com a característica da *generalidade* se pretende sublinhar que a lei não deve ser ditada para indivíduos *particulares*, mas sim ou para todos os associados ou para classes genéricas de sujeitos (os comerciantes, os proprietários de bens imóveis, os estudantes universitários, etc.).
- Com a característica da *abstração* pretende-se sublinhar que a lei não deve ser ditada para específicas situações concretas, mas sim para *fattispecie* (do latim *species facti*, em grego *hypothesis*, em alemão *Talbestand*, literalmente: estado de coisas) *abstratas*, mas a situações individualizadas hipoteticamente.
- Por outro lado, hoje se reconhece também a admissibilidade de leis formais que não detenham normas gerais e abstratas (ex.: constituição de um determinado ente público, assunção a cargo do Estado das despesas para o funeral de uma pessoa famosa, etc.).
- Já pelo *princípio da igualdade* entende-se aquele pelo qual os órgãos públicos devem respeitar o critério da imparcialidade, ou seja, a obrigação de aplicar as leis de modo igual, sem arbitrárias diferenciações de tratamento em favor ou em prejuízo de particulares interessados.

- A EQUIDADE

Em determinados casos pode ocorrer que a aplicação do comando ao caso concreto dê lugar a consequências que ajam contra o sentimento de justiça. Isso porque no caso concreto se verificou qualquer circunstância que o legislador não tenha previsto ou de que não tenha podido ou querido ter em conta ao momento no qual a norma foi elaborada.

- A *equidade* pode ser definida, portanto, como a *justiça do caso concreto*.
- Não é de se crer que o recurso à equidade seja sempre permitido. O ordenamento jurídico sacrifica frequentemente a justiça do caso concreto à exigência da certeza do direito, de modo que é perigoso confiar na valoração subjetiva do juiz e se prefere que os particulares possam prever exatamente quais serão as consequências de seus comportamentos. Isso pressupõe a compreensibilidade das leis, estabilidade da jurisprudência, irretroatividade das normas.

Por isso, no Direito Privado, o recurso à equidade é admitido somente quando em casos excepcionais e precisamente naqueles em que a própria norma jurídica envia realmente à equidade.

Contudo, mesmo nas hipóteses excepcionais nas quais é admitido o recurso à equidade, o juiz não pode fazer prevalecer as suas concepções pessoais (a denominada equidade *cerebrina*), mas deve se inspirar naquela acolhida pelo ordenamento vigente e pesquisar, portanto, como se comportaria o legislador se tivesse podido prever o caso.

DISTINÇÃO ENTRE NORMAS COGENTES E NORMAS DERROGÁVEIS

Nem todas as normas de direito privado devem sempre, obrigatoriamente, ser observadas pelos particulares. As normas de direito privado distinguem-se em *derrogáveis* (ou *dispositivas*) e *inderrogáveis* (ou *cogentes*). Dizem-se inderrogáveis ou cogentes aquelas normas cuja aplicação é imposta pelo ordenamento prescindindo da vontade dos particulares; derogáveis ou dispositivas as normas cuja aplicação pode ser evitada mediante um acordo dos interessados.