Capítulo 1

Objeto e finalidade da Teoria Geral do Direito Civil

1. CONCEITO E DIVISÃO DO DIREITO

1.1. Conceito de direito

Muitas discussões existem sobre o conceito de direito, de forma que, até os dias de hoje, não há um consenso sobre o tema.

O que realmente importa é não esquecer a ideia de que o homem é um ser social, por natureza. Há uma necessidade natural do homem se relacionar com o próximo, criando os mais diversos agrupamentos sociais.

Foi assim desde os primórdios.

O relacionamento social, a soma de forças e de energia sempre estiveram associados com a sobrevivência e com a reprodução, de modo a garantir a perpetuação da espécie.

Dessa forma, mesmo nos agrupamentos sociais mais simples e primitivos, sempre houve a necessidade de se criar um número de regras mínimas que pudessem garantir o convívio entre os homens. Assim ocorreu na família primitiva, nos grupos tribais e assim ocorre, atualmente, no estado moderno.

O direito surge, então, como um instrumento de satisfação da necessidade humana, tendo como origem o convívio social.

A esse conjunto de normas que disciplina, de maneira indistinta e coercitiva, o convívio social dá-se o nome de direito, cuja finalidade é impor limites às ações humanas para viabilizar a vida em sociedade.

A palavra direito é originária do latim *directum*, que significa o que é reto.

Essa origem deu à palavra direito inúmeras aplicações na língua portuguesa, podendo significar, por exemplo, norma, justiça, ou aquilo que é correto.

Assim, após essas breves considerações, podemos dizer, de forma bem simples, que o direito é um conjunto de normas que regula a vida em sociedade.

1.2. Fontes jurídicas

A palavra fonte é usada metaforicamente para indicar o nascedouro, ou seja, aquilo que cria as normas jurídicas.

A doutrina tradicional divide as fontes do direito em diretas ou imediatas e indiretas ou mediatas.

As chamadas diretas ou imediatas são as que, por si só, são capazes de gerar normas jurídicas. São a lei e o costume, os quais abordaremos especificamente adiante em tópicos próprios.

As fontes indiretas ou mediatas são as que, apesar de não terem força para criar normas jurídicas, auxiliam e influenciam a criação das normas, tendo grande relevância para a interpretação e aplicação do direito. São a doutrina e a jurisprudência.

A doutrina representa o direito científico, consubstanciado nos ensinamentos e reflexões dos estudiosos do direito que visam dar sentido ao texto frio da lei.

A doutrina tem importante papel no debate acerca da melhor interpretação da lei, bem como de sugerir modificações e aprimoramentos no direito positivo.

A jurisprudência representa o direito aplicado concretamente, de forma reiterada, pelos tribunais, quando da solução dos conflitos.

O Poder Judiciário, quando instado a dirimir conflitos, sempre se posiciona sobre a lide, distribuindo o direito. A jurisprudência, então, se forma com o tempo, quando os tribunais fixam um entendimento sobre o assunto e passam a decidir de forma uniforme para a mesma situação fática.

Nesse aspecto, é evidente a importância da doutrina e da jurisprudência como fontes do direito, pois demonstram ao legislador como os estudiosos "pensam" o direito e como os tribunais aplicam o direito, expondo relevante orientação e influência no momento de elaborar as leis.

- **Fontes**
  - Diretas
    - Lei
    - Costume
  - Indiretas
    - Doutrina
    - Jurisprudência

1.3. Direito positivo e direito natural

Direito positivo é o "conjunto de princípios que pautam a vida social de determinado povo em determinada época"[1].

1. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

Não importa se esses princípios são escritos ou não, se possuem elaboração sistemática ou jurisprudencial, pois o conceito de direito positivo está relacionado ao conceito de vigência[2].

O direito natural, por sua vez, tem seu conceito ligado a um ideal de justiça. A fonte do direito natural evoluiu conforme o tempo, encontrando fundamento ora na natureza, ora em Deus e ora na razão humana.

Em outras palavras, o direito natural representa as "leis anteriores e inspiradoras do direito positivo, as quais, mesmo não escritas, encontram-se na consciência dos povos"[3].

Como é possível observar, não há qualquer antagonismo entre o direito positivo e o direito natural, pois este, como ideal de justiça superior, serve de inspiração àquele para que alcance a perfeição.

1.4. Direito objetivo e direito subjetivo

Direito objetivo é o conjunto de normas gerais, impostas pelo Estado, cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção.

Há, portanto, um conjunto de normas de observância obrigatória, a que garante uma proteção jurídica, como, por exemplo o direito de propriedade.

A existência dessas normas fornece ao indivíduo um campo de ação, no sentido de exigir que se cumpra a proteção conclamada. Assim, o indivíduo violado em sua propriedade pode utilizar-se da proteção legal e exigir que cesse a agressão ao seu direito.

A essa prerrogativa, ou direito de ação, damos o nome de direito subjetivo, que nada mais é do que o poder que alguém tem de, dentro do ordenamento jurídico, exigir de outrem um comportamento.

É importante observar que direito objetivo e subjetivo, na verdade, são faces de uma mesma realidade, que surgem dependendo do campo de visão que se admite. De fato, o direito objetivo revela o conjunto de normas gerais criadas para proteger o indivíduo, enquanto o direito subjetivo indica a vontade ou interesse do indivíduo de invocar tais normas para repelir uma ilegalidade.

1.5. Direito público e direito privado

O direito ainda pode ser dividido em público e privado.

O direito público é o que regula as relações em que o Estado é parte, seja em relação a si mesmo (direito constitucional), seja em relação a outros Estados (direito

2. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.
3. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

internacional), ou, ainda, em relação com os particulares, quando revestido de soberania (direito administrativo e tributário)[4].

O direito privado, por sua vez, é o que regula as relações entre particulares.

Dessa forma, pertencem ao direito público interno: o direito constitucional, que regula a disciplina jurídica, política e econômica do Estado; o direito administrativo, que regula a atividade estatal na busca da consecução dos fins sociais; o direito tributário, que visa disciplinar a receita e a despesa do Estado, com a consequente imposição de tributos fundamentada no poder de império; o direito processual, que estabelece as regras pelas quais a Justiça é distribuída; e o direito penal, que define crimes e penas, pelos quais o Estado mantém a ordem jurídica.

Ao direito público externo pertence o direito internacional.

O direito privado engloba o direito civil, que regula os direitos e deveres de todas as pessoas, disciplinando normas sobre a capacidade das pessoas, e sobre as relações atinentes à família, às obrigações, às coisas e à sucessão; o direito empresarial, que regulamenta as normas relativas à atividade dos empresários e das empresas; e o direito do trabalho, que regula as relações entre empregados e empregadores, além de normas relativas à segurança e medicina do trabalho, bem como das organizações sindicais.

Cabe esclarecer que, atualmente, muitos doutrinadores têm defendido a ideia de publicização do direito privado, sustentando que há interesse do Estado em interferir no direito privado, estabelecendo normas cogentes, como ocorre, por exemplo, nas normas de direito de família e de direito do trabalho.

1.6. A lei

1.6.1. Conceito e principais características

O Direito Brasileiro é derivado do *Civil Law*, de origem romano-germânica, cuja fonte principal é a lei.

Etimologicamente, a palavra lei deriva do verbo latino *legere*, que significa ler.

Há inúmeros conceitos de lei, trazidos pela doutrina ao longo do tempo.

No entanto, o que mais importa são as características da lei, pois, sabendo-se as características, fica simples formular o conceito.

A primeira característica deriva do próprio nome. Como dito, a palavra lei tem origem no verbo ler, de maneira que a lei, necessariamente, deve ser **escrita**, onde repousa uma das diferenças entre nosso sistema e o direito costumeiro.

A lei deve ser **geral**, pois não se dirige a um caso particular, mas a um número indeterminado de pessoas, abrangendo todos os casos que se enquadrem em sua tipicidade.

---

4. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

É, ainda, **imperativa**, vez que impõe um dever. Como ensina Carlos Roberto Gonçalves, a "lei é uma ordem, um comando", pois quando exige uma ação, cria uma imposição, e quando exige uma abstenção, cria uma proibição[5].

Possui efeito **permanente**, haja vista que produzirá efeitos até ser revogada ou perder eficácia, disciplinando todos os casos aplicáveis indefinidamente[6].

A lei deve emanar de um poder **competente**, pois, para valer contra todos, sua criação deve respeitar o processo legal de elaboração e ser originária do poder estatal competente para elaborá-la, que, no direito brasileiro, é, em regra, o Poder Legislativo. Emanando do poder competente, a lei ganha legitimidade para imperar.

Por fim, a lei é **autorizante**, pois sempre traz uma permissão ou uma proibição de conduta, ou como esclarece Flávio Tartuce, um *autorizamento*, na medida em que autoriza ou não autoriza determinada conduta[7].

Após a análise das características, utilizaremos o conceito de lei trazido por Silvio de Salvo Venosa, para quem a "lei é uma regra geral de direito, abstrata e permanente, dotada de sanção, expressa pela vontade de uma autoridade competente, de cunho obrigatório e de forma escrita"[8].

1.6.2. Vigência da lei

Segundo o insigne Carlos Roberto Gonçalves, "vigência designa a existência específica da norma em determinada época, podendo ser invocada para produzir, concretamente, efeitos"[9].

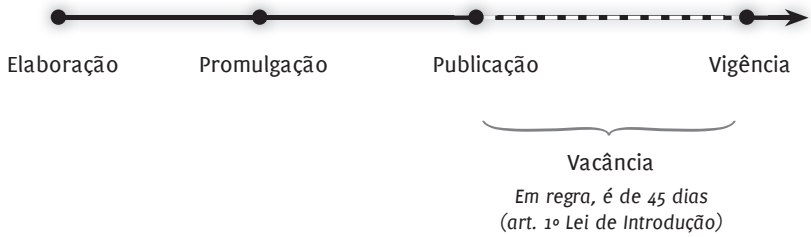
A lei passa por três momentos fundamentais para que tenha validade: da *elaboração*; da *promulgação* e da *publicação*. Após, há o período de *vacância*, usualmente definido na própria norma, que é o período compreendido entre a data da publicação e a data em que a lei entra em vigor.

Nos termos do art. 1º da Lei de Introdução, "salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada".

Isso significa que, caso a lei não especifique o período da vacância, ela entrará em vigor quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, segundo a norma geral trazida pela Lei de Introdução.

---

5. *Direito Civil I*. V. I. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 53.
6. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. V. I, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.
7. *Direito Civil I*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 7.
8. *Direito Civil*. Vol. I, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.
9. *Direito Civil I. V. I*. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 59.



Quando a lei brasileira for admitida no exterior, o período de vacância será de três meses, tendo em vista o quanto preconizado no art. 1º, §1º da Lei de Introdução.

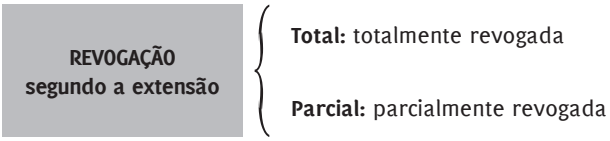
Em caso de existir, durante o período de vacância, nova publicação com o intuito de corrigir eventuais equívocos, o prazo da obrigatoriedade começará a correr da nova publicação, por força do art. 1º, §3º da Lei de Introdução.

Cumpre esclarecer, no entanto, que o novo prazo é aplicável apenas para os textos republicados, isto é, para a parte corrigida.

Vimos que a lei tem caráter permanente, ou seja, que se mantém em vigor até que seja revogada por outra lei. Isso é o que consagra o art. 2º da Lei de Introdução, que traz o princípio da continuidade da lei.

Dessa forma, revogar uma lei significa retirar sua obrigatoriedade, deixando-a sem eficácia. A ideia de revogação está associada à cessação de existência.

Segundo a extensão, a revogação pode ser classificada em: a) *revogação total (ab-rogação)*, que ocorre quando a lei anterior é totalmente suprimida, como se deu, por exemplo, com o Código Civil de 1916, revogado totalmente pelo Código Civil de 2002 (art. 2.045); ou b) *revogação parcial (derrogação)*, quando a revogação ocorre somente em parte da lei, permanecendo em vigor a parte inalterada, como tem acontecido, por exemplo, com o próprio Código Civil, que tem sido alvo de modificações, sobretudo relacionadas a incapacidade das pessoas naturais, promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.



Quanto à forma de sua execução, a revogação pode ser classificada em: a) *expressa*, quando a lei nova indica taxativamente que a lei anterior foi total ou parcialmente revogada; ou b) *tácita*, quando não há declaração expressa, mas sim uma incompatibilidade entre a lei antiga e a lei nova, eis que ambas passam a disciplinar mesma matéria de forma diferente. Nesse caso, diz-se que a revogação é indireta, prevalecendo a lei mais recente. Um exemplo de revogação tácita ocorreu com o

art. 1.211-A do CPC de 1973, revogado tacitamente pelo art. 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

REVOGAÇÃO quanto à forma
- Expressa
- Tácita

É importante lembrar, por derradeiro, que a Lei de Introdução traz a proibição da repristinação como regra, que está consagrada no art. 2, §3º.

O efeito repristinatório ocorre quando a lei revogada volta a viger com a revogação da lei revogadora. Como dito, tal efeito, em regra, não ocorre por vedação expressa do art. 2, §3º da Lei de Introdução.

A repristinação, excepcionalmente, ocorre em duas hipóteses: a) quando a lei revogadora for declarada inconstitucional; e b) quando houver previsão expressa na lei.

Exemplificando, imagine que está em vigor a lei X. Depois, é publicada a lei Y, revogando a lei X. Uma eventual nova lei Z, que revogar a lei Y, não restabelecerá a vigência da lei X. Esse é o efeito repristinatório vedado pelo art. 2º, §3º da Lei de Introdução.

A lei X somente voltará a viger se a lei Y for declarada inconstitucional, ou se a lei Z consignar, expressamente quando da revogação da lei Y, que a lei X terá sua vigência restabelecida.

Lei X → em vigor
Lei Y → revoga a Lei X
Lei Z → revoga a Lei Y

Lei X volta a vigorar?
Resposta: Não

1.6.3. A obrigatoriedade das leis

Como visto, a lei tem observância obrigatória, sendo descabida qualquer alegação de ignorância ou desconhecimento da lei.

A lei representa a vontade do povo e, uma vez em vigor, torna-se obrigatória para todos.

Nesse sentido, o art. 3º da Lei de Introdução consagra expressamente o princípio da obrigatoriedade, quando dispõe "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*".

A previsão expressa é corolário da segurança jurídica e visa garantir a eficácia total do ordenamento jurídico.

Não obstante, o princípio da obrigatoriedade não afasta, em certos casos, o erro de direito, que pode ser invocado, atendido os requisitos legais, como causa de anulação de negócio jurídico. Sobre o erro, falaremos mais adiante quando tratarmos dos defeitos do negócio jurídico.

2. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

2.1. O conteúdo e a função da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A Lei de Introdução ao Código Civil é uma legislação anexa ao Código Civil de 1916.

Entretanto, trata-se de uma legislação autônoma, ainda em vigor, destinada a servir de norte à totalidade do ordenamento jurídico nacional.

Como bem esclarece Carlos Roberto Gonçalves, a Lei de Introdução ao Código Civil é "um conjunto de normas sobre normas". Ela traz disposições preliminares, que orientam o modo de aplicação e entendimento do direito, no tempo e no espaço.

Seus preceitos aplicam-se a todos os ramos do direito, exceto no que for tratado de forma diferente pelas legislações específicas.

Por força da Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, a Lei de Introdução ao Código Civil teve o nome alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, motivo pelo qual utilizaremos essa designação.

2.2. A aplicação e interpretação das normas jurídicas

A norma jurídica é abstrata e geral, abrangendo todos os casos que se enquadrarem em sua tipicidade.

No entanto, para verificar qual a lei aplicável ao caso concreto, o juiz deve interpretá-la, extraindo o verdadeiro sentido da norma.

De se destacar que todas as normas são passíveis de interpretação, mesmo as normas claras e objetivas, pois para se afirmar que são claras é necessário um trabalho interpretativo.

Dessa forma, é possível dizer que a interpretação será mais simples ou complexa, conforme a norma for mais clara ou obscura.

Atualmente, as teorias de interpretação mais aceitas são a da *interpretação objetiva* e a da *livre pesquisa do direito*.

Para a primeira, o intérprete deve buscar o sentido da norma, que ganha vida própria após sua promulgação. Para a segunda, a norma deve ser analisada segundo

os preceitos morais e sociais de cada época. Isso, evidentemente, concede um poder criador ao juiz quando da interpretação da norma.

A hermenêutica é a ciência de interpretação das leis.

2.3. A integração das normas jurídicas

A sociedade está em constante transformação. A complexidade das relações sociais e o aprimoramento tecnológico são verdadeiros catalisadores da evolução humana.

Dessa forma, as transformações sociais ocorrem numa velocidade muito maior do que as alterações legislativas, de maneira que o legislador não consegue prever todos os acontecimentos e fatos sociais, sobretudo os futuros.

A lei, nesse contexto, pode apresentar lacunas, eis que, em algum momento, pode não trazer a disciplina jurídica para determinado fato social.

Ainda que haja a citada lacuna, o juiz não pode se eximir de sentenciar e distribuir a justiça, sob a alegação de que não existe lei aplicável à lide instaurada. Isso é o que dispõe expressamente o art. 140 do novo CPC.

Quando isso ocorrer, o juiz deverá buscar a integração das normas jurídicas, utilizando-se da analogia, do costume e dos princípios gerais de direito. Esse é o preceito contido no art. 4º da Lei de Introdução.

Observe que a lei pode apresentar lacunas, mas o direito, como um sistema amplo e complexo, apresenta formas de suprir eventuais omissões, havendo indicação expressa do legislador orientando o juiz a como proceder em caso de lacuna.

Passaremos a analisar os mecanismos de integração.

2.3.1. A analogia

Inicialmente, cabe esclarecer que há uma hierarquia entre os mecanismos de integração previstos no art. 4º da Lei de Introdução, de maneira que a analogia deve ser empregada em primeiro lugar.

A analogia deve ser utilizada quando não há uma lei que discipline o fato em análise. Nesse caso, o julgador deve solucionar a questão aplicando uma lei que discipline um caso semelhante.

O ilustre Flávio Tartuce exemplifica utilizando o art. 499 do CC, que possibilita a compra e venda de bens entre *cônjuges* quanto aos bens excluídos da comunhão. Nesse caso, a compra e venda também é possível quanto aos *companheiros*. Observe que, não obstante a lei faça a previsão apenas entre pessoas casadas, eis que se

referem a cônjuges, a analogia permite utilizar a mesma norma para as pessoas que vivem em união estável[10].

Outro caso em que a analogia pode ser aplicada é o constante do art. 244, §2º da CLT, que dispõe acerca das horas de sobreaviso. Observe o citado dispositivo:

> **Art. 244.** As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.
>
> (...)
>
> § 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Embora as horas de sobreaviso estejam disciplinadas no dispositivo que trata especificamente dos empregados ferroviários, fato é que sua disciplina jurídica pode ser aplicada, por analogia, a outras categorias de empregados.

Aliás, foi a aplicação analógica do art. 244, §2º da CLT que levou o C. TST a editar a Súmula nº. 428, abaixo transcrita:

> **Súmula nº 428 do TST**
>
> **SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.
>
> II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Pois bem. A doutrina dominante tem dividido a analogia em duas categorias: a) a *analogia legal*, como a citada no exemplo acima, que ocorre quando o julgador busca apenas uma norma que se aplique a casos semelhantes; b) a *analogia jurídica*, que ocorre quando o julgador busca um complexo de normas próximas, que possam ser capazes de revelar um pensamento aplicável ao caso particular.

Vale lembrar, porque oportuno, que a analogia não tem utilização indiscriminada. Sua aplicação é vedada no direito penal, salvo para beneficiar o réu, e no direito

10. *Manual de Direito Civil.* 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 14/15.