

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

22^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Parte Geral e LINDB

1

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

Introdução ao Direito Civil

Sumário • 1. Noções conceituais sobre o direito e a ciência do direito – 2. Acepções da palavra direito: 2.1 Noções gerais; 2.2 Direito objetivo e direito subjetivo; 2.3 Direito potestativo; 2.4 Direito positivo (e pós-positivismo jurídico) e o direito consuetudinário: as duas grandes tradições jurídicas mundiais; 2.5 Direito natural – 3. Instrumentos de Controle Social – 4. Divisão do Direito (A clivagem entre o direito público e o direito privado) – 5. O Problema da Unificação do Direito Privado e a Evolução da Codificação no Direito Civil Brasileiro – 6. O Código Civil de 2002 e os seus Paradigmas (os valores da codificação brasileira): 6.1 Os paradigmas (ou diretrizes) do Código Civil de 2002; 6.2 A nova técnica normativa do Direito Civil brasileiro: as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados no Código Civil de 2002; 6.3 A socialidade; 6.4 A eticidade; 6.5 A operabilidade ou concretude – 7. Conceito (Constitucionalizado) de Direito Civil e a sua Sistematização – 8. Procurando Um Significado para A Constitucionalização do Direito Civil e a Civilização do Direito Constitucional – 9. A Aplicação dos Direitos Fundamentais (Constitucionais) nas Relações Privadas (A Chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais) – 10. A Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais no Âmbito das Relações de Direito Civil (eficácia supralegal das convenções internacionais ou convencionalização do direito civil) – 11. A Eficácia (horizontal) dos Direitos Sociais nas Relações Privadas e a tese do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI – 12. O Diálogo das Fontes como Mecanismo de Aplicação das Normas de Direito Privado – 13. OS Princípios do Direito Civil e as suas Tendências Contemporâneas: 13.1 A propalada bipartição das normas jurídicas: a dicotomia estrutural das regras e dos princípios; 13.2 A distinção entre texto, norma, interpretação e aplicação; 13.3 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras; 13.4 O que são os *princípios normativos*?; 13.5. Um estranho no ninho: os princípios fundamentais, os princípios gerais e os *postulados*; 13.6 Os princípios e a técnica de ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no Direito Civil; 13.7 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos) – 14. A aplicação do Direito Civil e os desacordos morais razoáveis.

“Explica... e com o carimbo positivo da ciência que aprova e classifica. O que é que a ciência tem?”

*Tem lápis de calcular. Que mais que a ciência tem?
Borracha pra depois apagar. Você já foi ao espelho? Não? Então vá!”*

**(Raul Seixas, Todo mundo explica,
de Raul Seixas)**

1. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O DIREITO E A CIÊNCIA DO DIREITO

A conceituação do *direito*, embora pareça despicienda, é informação útil ao civilista para que possa compreender o pressuposto elementar da própria existência do Direito Civil.

Aliás, já se disse, com acerto: “Quem sabe o que é o Direito sabe o que tem que resolver em cada questão jurídica”.¹ De fato, a ideia geral que se absorve sobre o Direito influenciará a solução de questões concretas, como o dever fundamental de respeito à pessoa humana. Daí a relevância da conceituação.

Sob o prisma da Filosofia do Direito, é certo, não existe uma teoria definitiva, pronta e acabada sobre o Direito. É natural que seja assim. As incontáveis influências externas (relacionadas ao lugar onde se está discutindo a ciência jurídica) e internas (relacionadas aos próprios sujeitos envolvidos) são variáveis relevantes. Nesse sentido, inclusive, Joseph Raz propõe não existir “uma teoria definitiva, que a tarefa de explicar a natureza do Direito é uma tarefa sem fim, e que, entretanto, todos os passos no caminho para a explicação são objetivos, sujeitos à avaliação como verdadeiros ou falsos, com ou sem êxito”.²

Dessa maneira, palmilhando as trilhas da impossibilidade de conceitos prontos e acabados, fechados hermeticamente, toma-se, aqui, nos limites específicos de um manual, a preocupação de apresentar uma ideia genérica sobre o Direito, com vistas, tão somente, a posicionar o Direito Civil nessa macroestrutura, sem qualquer pretensão de avançar nos relevantes debates filosóficos.

Com essa preleção, é possível afirmar que exprime o Direito, em uma perspectiva integrada às ciências sociais, a ideia de adaptação social. De interação e pacificação das relações do homem consigo próprio e com o meio em que vive (criação de um mundo cultural ao lado do físico).³

Assim, enfeixa o Direito, enquanto fenômeno integrado na sociedade, um duplo aspecto: o homem adapta-se ao direito, que organiza e disciplina a sua vida em sociedade, enquanto o direito retrata as necessidades humanas dentro da sociedade. Não há, pois, como entender o fenômeno jurídico dissociado da sociedade. Rudolf von Ihering, em oportuna passagem, chegou mesmo a disparar que “*não lhe basta (ao direito) uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social*”.

Ora, o homem é ser gregário, existindo o Direito pela necessidade da paz coletiva, ordem e bem comum. Vale dizer, para disciplinar a vida em sociedade. Se se admitisse, *ad argumentandum*, a possibilidade de o homem viver em isolamento,

1. A observação é de Castro y Bravo. *Apud* J. M. Leoni Lopes de Oliveira. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 14.

2. FAZ, Joseph, *Uma discussão sobre a teoria do Direito*, op. cit., p. 122.

3. Para o chileno Carlos Ducci Claro, o Direito constitui o conjunto de imperativos vigentes em uma comunidade, pelo qual se transformam simples relações humanas em relações jurídicas. Cf. *Derecho Civil*, op. cit., p. 9.

dissociado de seus semelhantes (como no literário exemplo de Robinson Crusoe, isolado em sua ilha, antes da chegada do seu companheiro, o índio Sexta-feira, ou dos monges budistas no Alto do Tibet⁴), desnecessário seria o Direito e o sistema jurídico como um todo.

Há, pois, íntima interação entre o fenômeno jurídico e fenômeno social, estando de tal modo atrelados, que é impossível assimilar um sem o outro.

Por mais simples e rudimentar que seja uma sociedade, o Direito (entenda-se, o sistema jurídico) se apresenta como mecanismo de garantia das relações sociais e humanas. Conta-se, nos estudos sobre a história das sociedades, que na Islândia medieval, logo após a sua independência (930-1262 d.C.), a sociedade era absolutamente simplista: agrária, sem hipertrofia de formas sociais, sem rei, sem nobreza, sem igrejas, sem cavalaria, sem exércitos, sem cidades ou vilarejos, sem guerras, sem torneios e, até, sem amor cortês. Não havia um Estado constituído, porém, mesmo assim, o Direito existia, ainda que sem leis complexas ou engenhosas, para resolver as contendas (rixas). Njal, o herói da saga islandesa, era um dos responsáveis pelas investigações e resolução de conflitos.⁵ O Direito se apresentava como mecanismo para viabilizar a vida em sociedade.

É nessa ambientação que se há de pensar na conceituação do Direito.

De saída, vale invocar a cátedra de Tércio Sampaio Ferraz Júnior para lembrar que “o direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte, consiste em um grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro dos seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe uma certa angústia que desorganiza a sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem”.⁶

Daí a conclusão: *o direito existe para pacificar e disciplinar a vida em sociedade e, por outro lado, tem de espelhar as necessidades dessa sociedade. É normatização da conduta humana,*⁷ com vistas à garantia da vida em sociedade. Os valores do Direito não são criados abstratamente, representam a expressão da vontade social. Logo, o

4 O Tibet, situado na Ásia, é considerada a mais alta região do mundo, com uma altitude média de 4.900 metros, merecendo, por isso, o apelido de “teto do mundo”. Por conta de sua geografia e histórica cultura budista sempre foi marcado por certa sacralidade como local de meditações. Até os dias atuais, todavia, a área é objeto de intensos conflitos com a China.

5 A história é contada, com mais verticalidade, na obra de MILLER, William Ian, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law and Society in Saga Iceland*, Chicago: University of Chicago Press, 1990, 415 páginas, abordando o derramamento de sangue e pacificação na saga da Islândia.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação, op. cit., p. 33-34.

7 Não caberia, nesse momento, ingressar no âmbito da célebre discussão científica travada entre Carlos Cossio e Hans Kelsen no que respeita à caracterização desse fenômeno jurídico como objeto da Ciência do Direito.

Direito não está à disposição de conceitos eternos, imutáveis. Ao revés, tem de se adaptar aos avanços da sociedade.

Sílvio Rodrigues, forte em Ruggiero e Maroi, conceitua o Direito, almejando demonstrar o seu sentido social:⁸ “O direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos.”

Na mesma trilha de raciocínio, encontra-se a lição do Professor Rubens Limongi França afirmando que se trata do “conjunto das regras sociais que disciplinam as obrigações e poderes referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários”.⁹ A transgressão dessas regras, traçadas para a pacificação social através do Direito, acarreta reprovação social e sanção jurídica.

É, assim, a ciência da busca da pacificação social, do viver entre as pessoas, traçando regras mínimas para a convivência em sociedade, mantendo condições de equilíbrio para o exercício recíproco de direitos.

É bem verdade que muitas pessoas terminam atrelando o Direito à ideia de *justiça*. Muitos reputam que o Direito almeja estabelecer justiça entre as pessoas. Malgrado o conceito de justiça seja aberto, plurívoco, multifacetado e de alta carga subjetivista, não se pode negar que através do Direito se pretende estabelecer uma *justiça distributiva* entre as pessoas, assegurando igualdade de condições e oportunidades. Por isso, toda injustiça manifesta, violando a isonomia de possibilidades para as pessoas, há de ser rechaçada pelo sistema jurídico.

Nessa direção, o filósofo do Direito germânico Gustav Radbruch¹⁰, captando essa compreensão, conceitua o Direito como “conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social”, exprimindo verdadeira síntese dos argumentos aqui expendidos. Em seguida, chama a atenção para o fato de que *injustiças manifestas* não podem ser toleradas pelo Direito (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*). Consagrou, assim, a conhecida *Fórmula de Radbruch*, pela qual os conteúdos *extremamente injustos* não podem ser veiculados pelo direito positivo (normas legais, por exemplo), sob pena de afronta à própria essência do Direito.¹¹

8. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 6.

9. FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 6-7.

10. A história pessoal do filósofo e jurista alemão é interessante. Em 1945, após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, Radbruch (1878-1949), que havia sido afastado do magistério na Universidade de Heidelberg desde 1933, em razão de sua oposição ao regime nazista, mudou de posicionamento jurídico-filosófico. Até então filiado de modo quase atávico ao positivismo, após assistir às barbáries e atrocidades implantadas pelas leis nazistas serem mantidas pelos tribunais da Alemanha, sob o argumento de que emanavam de autoridade competente, publicou *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, como um discurso humanista e democrático, se opondo a qualquer norma arbitrária. Colhe-se de seu texto uma contundente passagem: “esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”, RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 415.

11. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 415-418.

Daí ser lícito, e fundamental, concluir que *o direito – e particularmente o Direito Civil – forma-se a partir da influência sociocultural das civilizações, com os reflexos de cada momento histórico.*

De qualquer maneira, não se pode olvidar que, considerada a natureza ambígua, vaga, do vocábulo *direito*, haverá uma inexorável carga emotiva¹² na sua compreensão. Nessa linha de ideias, variados são os contextos em que pode ser compreendida a expressão *direito*, não sendo possível aprisioná-la, meramente, no sentido da linguagem, reclamando uma compreensão mais ampla, considerados os fatos históricos, antropológicos, culturais etc.

Em arremate, é propício refletir sobre as palavras de Francisco Amaral, tão oportunas nesse momento: “O direito surge ao longo de um processo histórico, dialético e cultural, como uma técnica, um procedimento de solução de conflitos de interesses e, simultaneamente, como um conjunto sistematizado de normas de aplicação mais ou menos contínua aos problemas da vida social, fundamentado e legitimado por determinados valores sociais”.¹³

2. ACEPÇÕES DA PALAVRA DIREITO

2.1 Noções gerais

Etimologicamente, originou-se a palavra *direito* do latim *directum*, originado do verbo *dirigere* (composição de *di* e *regere*, significando reger, governar), dando ideia daquilo que é reto (século IV), trazendo consigo a metáfora de que o direito deve ser uma *linha reta, direta*, consoante as *regras traçadas para a convivência*.¹⁴

Na antiga Roma, contudo, o vocábulo utilizado para indicar essa ciência era *jus-juris*.

Como palavra polissêmica, plurívoca (não unívoca), enfeixando uma multiplicidade de correspondências, pode ser compreendida em diversos sentidos: literal, teleológico, finalista etc.

Sílvio Rodrigues observa que, como fenômeno, o direito pode ser percebido através de mais de um ângulo.¹⁵ Sem dúvida. É possível fazer referência ao Direito como a lei (conjunto de normas jurídicas). De outra banda, também é possível falar em Direito para afirmar a prerrogativa conferida a alguém para se comportar de determinado modo.

Dos vários sentidos, importa apresentar algumas distinções fundamentais, não esquecendo que todos eles fazem parte de uma mesma realidade, formando um todo essencialmente unitário.¹⁶

12. A ideia é defendida por Adrian Sgarbi. “O significado de ‘Direito’: observações a respeito de uma pergunta embaraçosa”, op. cit., p. 297.

13. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 4.

14. Nesse diapasão, Limongi França. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 6.

15. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 6.

16. A lembrança é do Professor chileno Carlos Ducci Claro. *Derecho Civil*, op. cit., p. 210.

2.2 Direito objetivo e direito subjetivo

De logo, há de se diferenciar o direito *objetivo* do *subjetivo*.

A distinção afigura-se-nos extremamente relevante, uma vez que as figuras correspondem a aspectos inseparáveis:¹⁷ o direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo.¹⁸ Aquele é a norma de agir, a conduta social-padrão regulamentada (*norma agendi*). Enfim, é o complexo de normas (regras e princípios) impostas a todos por terem sido valoradas juridicamente como relevantes. Este é a faculdade de titularizar uma determinada relação jurídica (*facultas agendi*), sendo inerente à pessoa, que pode exercitá-lo a qualquer tempo, a depender de sua vontade. É o *poder de direito*, que pode ser exemplificado com as prerrogativas do réu, no Direito Penal, em obter concessão de *sursis* (suspensão da pena aplicada por sentença), não lhe podendo ser negado, se preenchidos os requisitos exigidos na lei penal, ou com a proteção do direito à imagem, no campo do Direito Civil.

Em suma-síntese: o direito objetivo refere-se ao ordenamento jurídico vigente, enquanto o direito subjetivo diz respeito ao poder que o titular tem de fazer valerem os seus direitos individuais.

Exemplo elucidativo é apresentado pelo civilista lusitano José de Oliveira Ascensão: “Confrontemos as expressões *Direito das Sucessões* e *direito de suceder*. É nítido que se utiliza a palavra *direito* em sentidos diversos, se bem que relacionados. O Direito das Sucessões é uma realidade objetiva: está-se mais perto da ideia de uma ordenação da vida social. Pelo contrário, o direito de suceder é uma realidade subjetiva; refere-se necessariamente a um sujeito dado para significar que ele goza de uma certa posição favorável. A distinção torna-se muito clara se perguntarmos qual o ponto de vista de um sujeito perante aquelas realidades. Pode-se dizer que Joaquim tem direito de suceder a Jerônimo, mas não que Joaquim tem o Direito das Sucessões [...] O Direito das Sucessões é uma realidade que não se encerra na titularidade de ninguém; não é subjetiva”.¹⁹

Outros exemplos podem ser mencionados, fazendo algumas referências à Codificação Civil. O art. 1.228 do Código Civil, ao estabelecer que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, assim como de reavê-los de quem injustamente os possua ou detenha, cria para o dono de uma casa na Praia do Forte, no vasto litoral baiano, o direito *subjetivo* de vendê-la ou alugá-la, como bem entender. É verdadeiro *direito subjetivo*. Por outro lado, o art. 186 da Lei Civil, estabelecendo que o dano causado a outrem por ato voluntário, negligente ou imprudente deve

17. O mestre das Alterosas, Caio Mário da Silva Pereira, com percuciência, dispara não haver “dois compartimentos estanques, nem estes conceitos são fenômenos diversos. Ao revés, simultaneamente constituem objeto da ciência jurídica, sem exprimirem ideias opostas [...] Direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único, compreendendo a *facultas* e a norma os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 14).

18. Nesse sentido: Jean Carbonnier. *Derecho Civil*, op. cit., p. 105.

19. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, op. cit., p. 36.

ser reparado, prevê uma *norma de coexistência social*, ou seja, evidencia o *direito objetivo*. Nessa mesma hipótese, ainda, observando que alguém foi vítima de prejuízo causado por terceiro, detecta-se o *direito subjetivo* que é reconhecido ao ofendido de ser indenizado pelo dano sofrido.

Assim, enquanto a expressão *direito objetivo* exprime o conjunto das regras normativas que disciplinam um determinado ordenamento, o *direito subjetivo*, por seu turno, diz respeito ao poder de exigir ou de pretender de alguém um comportamento específico.

Nessa linha de ideias, observa-se que o *direito subjetivo* encontra-se envolto por algumas características evidentes: (i) corresponde a uma pretensão conferida ao titular,²⁰ paralelamente a um dever jurídico imposto a outrem; (ii) admite violação, pois o terceiro pode não se comportar de acordo com a pretensão do titular (gerando o direito à indenização pelo prejuízo causado); (iii) é coercível, podendo o sujeito ativo coagir o passivo a cumprir o seu dever; (iv) o seu exercício depende, fundamentalmente, da vontade do titular.²¹

Ora, singrando esses mares, avulta a conclusão de que, violado um direito subjetivo, surge para o titular uma *pretensão* a uma reparação civil do dano produzido.

No direito subjetivo há uma ideia de direito-dever. Ao dever do sujeito passivo corresponde um direito do sujeito ativo. Observe-se, ainda, que, na dogmática atual, todo direito deve atender a uma finalidade social, sob pena de abuso de direito (CC, art. 187).²² É o que ocorre, por exemplo, nos contratos, onde a liberdade de contratar se condiciona em razão e nos limites da função social do contrato, como determina o Código Civil, art. 421.

É preciso cuidado, todavia, para não confundir o *direito subjetivo* com algumas figuras afins, como a *simples faculdade* e o *poder jurídico*. Veja-se.

Pode parecer contraditório dizer que o direito subjetivo não se confunde com o vocábulo *faculdade*, porém, como bem adverte J. M. Leoni Lopes de Oliveira,²³ este último pode ser entendido de duas maneiras diferentes. Na *primeira*, configuraria a possibilidade de adquirir direitos. Ou seja, na *simples faculdade* torna-se possível a realização (ou não) de determinados atos sem qualquer dever jurídico correspondente

20. Não há, efetivamente, direito subjetivo sem titular. O que pode ocorrer é uma indeterminação temporária do sujeito do direito subjetivo, como no exemplo do título de crédito ao portador ou da instituição de herança em favor da prole eventual, o chamado *concepturo* (CC, art. 1.804, parágrafo único). Jamais haverá, entretanto, um direito subjetivo sem titular. Assim, mencionando tais exemplos, Leoni Lopes de Oliveira. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 402.

21. O raciocínio também é desenvolvido por Flávio Pimentel de Lemos Filho. *Direito potestativo*, op. cit., p. 16.

22. Art. 187, Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". O saudoso Professor Alvinho Lima destaca, com proficiência, que no ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa (*Culpa e Risco*, op. cit., p. 252).

23. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 406 ss.

de terceiros. Na *segunda*, a faculdade configura o próprio conteúdo do direito subjetivo, o que significa dizer que não tem existência própria, estando sempre vinculada ao direito subjetivo. É o exemplo da faculdade do direito subjetivo de propriedade, que é igual a usar, gozar e dispor etc.

Na realidade, o que se tem, no plano concreto, é que há uma relação de *complementaridade* entre o direito subjetivo e a faculdade jurídica, na medida em que um contém o outro: o direito subjetivo contém a faculdade. Exercitado um direito subjetivo, tem-se um *poder de exigir* de outrem determinado comportamento. Na faculdade jurídica, por seu turno, há *poder de exercer* um determinado direito subjetivo.

Já o poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, *v. g.*, o poder familiar (CC, art. 1.630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular.

Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos.

Convém destacar que os direitos subjetivos podem ser *absolutos* ou *relativos*. São *absolutos* os direitos subjetivos quando traduzem uma pretensão oponível à generalidade das pessoas, à coletividade. É o exemplo dos direitos reais, como o direito de propriedade. De outro lado, serão *relativos* os direitos subjetivos quando o dever jurídico é imposto a pessoas determinadas ou determináveis, fazendo com que a pretensão nele contida seja dirigida contra uma pessoa (ou grupo de pessoas). Ilustrando, lembre-se o direito ao crédito, que é exercido relativamente a uma pessoa certa e determinada ou determinável.

A outro giro, também podem os direitos subjetivos ter conteúdo *patrimonial* ou *extrapatrimonial*, a depender da presença do elemento econômico em sua estrutura interna. Admitem apreciação em dinheiro, *e. g.*, o direito ao crédito e à propriedade. Por outro lado, são desprovidos de conteúdo econômico os direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a privacidade.

Por derradeiro, não se pode deixar de observar a existência de *limitações ao exercício de direitos subjetivos*, consistentes na boa-fé e na função social do direito. Isto é, o exercício irregular de um direito caracteriza *abuso de direito*, cujos efeitos equiparam-se aos de um ato ilícito, gerando obrigação de reparar os danos causados (CC, art. 187).

2.3 Direito potestativo

Merecem referência, outrossim, os *direitos potestativos*, que não se confundem nem com os poderes jurídicos e tampouco com os direitos subjetivos.

Caracterizam-se os direitos potestativos por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em determinadas situações mediante um ato próprio de

vontade, inclusive atingindo terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.²⁴

Precisamente, observa Leoni Lopes de Oliveira serem direitos potestativos “aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade, a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do titular do direito potestativo”.²⁵

Veja-se, pois, que o exercício de direito potestativo dispensa comportamento do sujeito passivo. O titular de tal direito o exerce sozinho ou através de medida judicial, se preciso, mas sem qualquer necessidade de atuação da parte contrária. É que os direitos potestativos são *poderes* do titular de *formar situações jurídicas* pela sua própria vontade, impondo a terceiros determinados comportamentos.

Nesse passo, como o seu exercício depende tão somente do próprio titular, o direito potestativo não pode sofrer lesão.

Exemplos concretos de direitos potestativos podem ser mencionados: (i) a possibilidade de o mandante, a qualquer tempo, revogar o mandato concedido; (ii) o poder de o empregador (patrão) despedir o seu empregado; (iii) o direito reconhecido ao herdeiro de aceitar, ou não, a herança que lhe foi transmitida (CC, art. 1.804); (iv) a prerrogativa do sócio de retirar-se da sociedade constituída. Verifica-se nos exemplos mencionados a existência de uma atribuição ao titular do direito (potestativo), reconhecendo-lhe o poder de criar, modificar, extinguir ou substituir relações jurídicas, por meio de ato de vontade unilateral.²⁶

Daí inferir-se a conclusão lógica de que os direitos potestativos conferem ao titular o poder de produzir consequências na esfera jurídica de outro sujeito, em decorrência de sua exclusiva manifestação de vontade.²⁷ Por isso, ao revés do direito subjetivo, o direito potestativo não admite violação.

Frise-se que, em determinadas situações, pode se exigir que o Poder Judiciário integre a vontade do titular.²⁸ É o exemplo da dissolução do casamento. Cada um

24. Manifesta-se, no mesmo diapasão, Carlos Ducci Claro defendendo que os direitos potestativos conferem ao titular a faculdade de constituir um efeito através de um ato de vontade. Cf. *Derecho Civil*, op. cit., p. 195-196.

25. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 409.

26. Em outro exemplo, é possível antever que “a lei outorga ao servidor que adimpliu os requisitos da licença-prêmio um direito potestativo” de reclamar o benefício (STJ, Ac. unân., 1ª T., REsp. 3942/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.8.92).

27. Com esse pensamento OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 409.

28. Flávio Pimentel de Lemos Filho, buscando inspiração em Paul Oertmann, esclarece que, eventualmente, pode acontecer que seja necessária uma resolução judicial para a produção de efeitos decorrentes de um direito potestativo. Em tais hipóteses, há de ser demandada, em juízo, a parte contrária, provocando-se a

dos cônjuges pode exercer o direito de dissolver o matrimônio, através de ato de vontade, submetido ao crivo do Juiz ou à chancela do Tabelião, em cartório, quando não houver interesse de incapaz. É um caso de direito potestativo que reclama a intervenção estatal para a sua efetivação.

Frente ao que se expôs, apoiado na lição de Flávio Pimentel de Lemos Filho, em obra dedicada ao tema, percebe-se que os caracteres fundamentais do direito potestativo são: “a) poder jurídico conferido ao titular; b) declaração unilateral de vontade, realizável *per se* ou através de decisão judicial; c) estado de sujeição da contraparte; d) influência em situação jurídica preexistente; e e) produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos”.²⁹

Arrematando, importa lembrar que, se a norma jurídica prevê um prazo para que o titular venha a realizar determinado direito potestativo, através de sua declaração de vontade, o seu não exercício importa decadência (também dita caducidade). Não havendo prazo em lei para o exercício de direito potestativo, este não estará sujeito a prazo extintivo, podendo ser exercido a qualquer tempo.

2.4 Direito positivo (e pós-positivismo jurídico) e o direito consuetudinário: as duas grandes tradições jurídicas mundiais

Também é importante evidenciar o alcance da expressão direito *positivo*, significando, em linhas gerais, a norma escrita, positivada, contrapondo-se ao direito *consuetudinário*, resultante dos usos e costumes, como no exemplo do *common law* inglês.

No sistema de direito consuetudinário, há uma preponderância das decisões judiciais, dirimindo casos concretos. As normas legais tipificadas não possuem a mesma força assumida nos países de direito positivo, como o Brasil e os vizinhos sul-americanos. Em sendo assim, nos países que seguem o direito consuetudinário (Inglaterra, EUA, Nova Zelândia, Austrália, dentre outros), cabe ao magistrado, em cada caso, decidir em conformidade com os costumes jurídicos enraizados em cada comunidade.

Já nos países que seguem o sistema de direito positivo traz-se como pano de fundo uma inescandível busca por maior segurança social, estabelecendo verdadeiros quadros de comportamentos humanos em tipos legais.

Em busca de um equilíbrio sensato acerca das tradições do *civil law* e do *common law*, novos diplomas legais brasileiros, como o Código de Processo Civil de 2015, embora com a natureza de norma escrita, estão a incorporar institutos concebidos no âmbito do direito consuetudinário, por conta da vitoriosa experiência em sua

deflagração de efeitos por meio da decisão judicial (que, nesse caso, será chamada de sentença constitutiva ou desconstitutiva, por criar, modificar, extinguir ou substituir uma situação jurídica), LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*, op. cit., p. 33.

29. LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*, op. cit., p. 33.