



GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
*Secretaria da Educação*

# ESCOLA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL - EEEP

ENSINO MÉDIO INTEGRADO À EDUCAÇÃO PROFISSIONAL

CURSO TÉCNICO EM ADMINISTRAÇÃO

## DIREITO EMPRESARIAL





# GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ

*Secretaria da Educação*

## **Governador**

Cid Ferreira Gomes

## **Vice Governador**

Francisco José Pinheiro

## **Secretária da Educação**

Maria Izolda Cella de Arruda Coelho

## **Secretário Adjunto**

Maurício Holanda Maia

## **Secretário Executivo**

Antônio Idilvan de Lima Alencar

## **Assessora Institucional do Gabinete da Seduc**

Cristiane Carvalho Holanda

## **Coordenadora de Desenvolvimento da Escola**

Maria da Conceição Ávila de Misquita Vinãs

## **Coordenadora da Educação Profissional – SEDUC**

Thereza Maria de Castro Paes Barreto



**SUMÁRIO**

Direito .....	02
Ramos do Direito .....	16
Fontes do Direito .....	32
Contratos .....	41
Direito Tributário .....	60

## 1 - DIREITO

O termo **direito** provém da palavra latina *directum*, que significa reto, no sentido retidão, o certo, o correto, o mais adequado. A definição nominal etimológica de Direito é “qualidade daquilo que é regra”. Da antiguidade chega a famosa e sintética definição de Celso: “Direito é a arte do bom e do equitativo”. Na Idade Média se tem a definição concebida por Dante Alighieri: “Direito é a proporção real e pessoal de homem para homem que, conservada, conserva a sociedade e que, destruída, a destrói”. Numa perspectiva de Kant: “Direito é o conjunto de condições, segundo as quais, o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos outros de acordo com uma lei geral de liberdade”.

Nessa linha de compreensão, o direito seria conceitualmente o que é mais adequado para o indivíduo tendo presente que, vivendo em sociedade, tal direito deve compreender fundamentalmente o interesse da coletividade. Daí surge a grande discussão que se trava ao longo dos tempos, o que obriga que os conceitos do certo ou errado, do direito e do não direito se adaptem às novas realidades geográficas, religiosas, humanísticas e históricas, para descrever apenas algumas questões que interferem na evolução e adequação do direito a ser aplicado.

Na verdade, o direito, na sua essência é um conceito em constante mutação, até porque enraizado e conseqüente da própria condição humana, que necessita de ajuste e adequação diuturnamente, seja com relação a seu *habitat*, aos critérios e normas de convivência, bem como às novas realidades construídas pelos grupamentos humanos e a própria evolução do conhecimento científico e tecnológico.

Desde a formação dos primeiros grupos gregários surgiu a necessidade dos regramentos de convivência, mesmo que de forma esparsa e sem muitas formalidades. Até na comunicação primária entre dois seres humanos não se deve prescindir de uma informal padronização, objetivando uma convivência em moldes relativamente civilizados e sem maiores embates. E aqui não se fala do que é certo ou errado em sentido absoluto, porque conforme dito anteriormente, tais conceitos são mutantes de acordo com os grupos humanos que se associam em comunidades.

Na medida em que o contingente populacional de determinados grupos sociais cresceu em número de habitantes, aglutinações de grupos ocorreram e, por conseqüência, maior a necessidade de uma sistematização do direito, com o objetivo de que houvesse compreensão coletiva daquilo que o grupo desejava para si, mesmo que fosse por imposição de uma vontade individual, mas que aceita pelo coletivo.

Os grandes pensadores, dentre eles Rousseau, Platão, Montesquieu, Sócrates, [Karl Marx](#), [Max Weber](#) e tantos “filósofos e estudiosos” nas suas respectivas épocas, traduziram bem a preocupação de que o ser humano poderia carregar em seu âmago, um instinto egoístico que obrigaria as comunidades e os núcleos sociais estabelecerem critérios de convivência, que inibissem a atuação individual em detrimento dos direitos coletivos.

Importante destacar dois tipos de direito de uma forma geral: o direito natural e o direito positivo. O primeiro se refere àquele direito que nasce com o próprio homem independente de regramento quanto a sua utilização, enquanto o segundo, denominado direito positivo, de uma forma singela pode ser chamado de direito regrado, criado e

escrito pelos homens, através de normativos e legislação que indicam e individualizam as situações e preceitos a serem seguidos ou cumpridos.

Durante milênios da história humana, o direito compreendido como forma de conduta, mesmo nas rudimentares culturas, serviu como anteparo de eventuais litígios, que poderiam surgir não havendo um mínimo de padrão de conduta. As regras e o direito no sentido amplo foram modificados, inclusive através da força bruta, quando se impunham novos padrões aos vencidos, nas questões não resolvidas de forma amigável.

As fontes do direito são fundamentais na construção do direito positivo: o direito escrito e interpretado que rege as relações humanas na atualidade. As principais fontes são as leis, os costumes, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais. Sendo que o costume é caracterizado quando existe a reiteração de uma conduta na convicção da mesma ser obrigatória, a doutrina é construída pelos estudiosos da área jurídica quando da interpretação do direito, e a jurisprudência é o resultado de decisões judiciais no mesmo sentido, que resultam em novos entendimentos e compreensões do direito.

Cabe aqui uma ressalva porque nem sempre o direito chamado objetivo ou constituído em normas, reflete a vontade de uma maioria populacional. Há que se considerar quais os responsáveis pelas diretivas e imposição das normas a serem aplicadas a todos. Temos situações de Estado formado de maneira teocrática, o que resulta no estabelecimento de regras numa conjuntura que privilegia os entes religiosos. Existem também as monarquias, os impérios e outros sistemas totalitários de governo, que entendem que as leis que regem o direito daquelas sociedades devem ser normas que atendam aos anseios desses sistemas mesmo com algum prejuízo aos direitos individuais de seus cidadãos. Assim, mesmo que se compreenda como desejável determinada estruturação de uma sociedade, onde haja efetivo equilíbrio de forças entre o direito coletivo e o individual, é certo que nem sempre assim ocorre.

Na atualidade, de forma imposta ou democrática, os parâmetros do direito para determinada coletividade, desde dos mínimos grupamentos, tais como clubes e condomínios, até os Municípios, Estados, Países, Organizações Internacionais, são norteados por Leis, Convenções, Tratados ou outra forma de pactuação que se ajusta para convivência.

Ressalte-se que a lei ou qualquer outro normativo, deve estar dentro de um contexto hierárquico, isto porque é preciso que se compreenda que determinadas leis superiores não podem subordinar-se a leis menores. Assim, no caso do Brasil, as leis ou tratados internacionais não podem interferir na soberania do nosso país, o que quer dizer que eles podem ser aplicados no Brasil, desde que atendidos os critérios nacionais de incorporação do normativo internacional, e desde que não se contraponha aos normativos brasileiros, em especial a nossa Constituição Federal.

Os principais normativos que regem o direito positivo ou escrito no Brasil, são Tratados, Convencionais Internacionais, Constituição Federal, Constituições Estaduais, Leis Complementares, Leis Federais, Estaduais e Municipais, além das Medidas Provisórias Federais, que possuem um caráter de excepcionalidade, objetivando uma normatização emergencial.

Enfim, o direito é aquilo que uma sociedade ou grupamento social compreende como ideal de retidão e correto para a sua coletividade. A forma concreta de estabelecer os parâmetros da convivência social se materializa no conjunto de leis e normativos,

respeitada a hierarquia das leis, exatamente para evitar que direitos de maior abrangência não sejam suplantados por direitos e regramentos inferiores.

Diante da diversidade de questões e litígios a serem enfrentados pelo homem contemporâneo, fruto da criação ao longo da história, e mais recentemente em razão dos grandes avanços do conhecimento, tornou-se necessário uma abordagem do direito de forma mais especializada. Assim, temos diversas vertentes de aplicabilidade do direito, com suas especificidades. Apenas para enumerar algumas vertentes, podem citar: Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito de Família, Direito Penal, Direito Marítimo, Direito Tributário, Direito Imobiliário, Direito do Consumidor. Somente no Brasil temos mais de 20 ramos ou especializações do direito, com a forte tendência de que as áreas se multipliquem, requerendo ainda mais profissionais capacitados para atender os novos nichos de demanda. Estes profissionais não são apenas o [Advogado](#), o [Juiz](#), o Promotor, mas também profissionais técnicos (contadores, biólogos, peritos...) que auxiliem os agentes jurídicos a dirimirem com maior exatidão e justiça os conflitos sociais.

### **1.1 - Evolução do Direito**

Uma linha para o estudo da História do Direito é a mera história das fontes; é o alinhamento das leis, normas, códigos, ordenamentos, apenas em uma ordem cronológica. Outra linha é a do estudo das culturas jurídicas, das formas como elas se apresentaram para os diversos povos ao longo da História. Uma terceira forma é a que faz a História do Direito a partir das instituições. É a que faz a análise e o estudo da evolução dos mecanismos que foram utilizados para resolver os problemas concretos do dia-a-dia dos homens. A busca da solução dos conflitos e das controvérsias gerou a criação de institutos originais, em sua maioria, extremamente adequados para seu momento.

#### **1.1.1 - Sociedades Tribais e Impérios Orientais**

Não ficaram registros dos conflitos das sociedades antigas. Essas sociedades eram basicamente rurais e os poucos registros que sobraram são os das organizações urbanas. Alguns registros que chegaram até hoje são os que disciplinavam as relações entre as “cidades” e as áreas rurais. Essa é a primeira estrutura jurídica da História: o “rei” passou a ter o papel de um disciplinador das relações complexas entre a cidade, aquela que arrecada os tributos, e o campo, o beneficiário das obras públicas de irrigação, construídas a partir do trabalho escravo. Não se desenvolvem aparelhos autônomos para o exercício da Justiça. O Direito nessas sociedades era **sapiencial**, pautado no conhecimento dos antigos, na tradição acumulada.

#### **1.1.2 - Grécia**

Não existiu no período clássico da História grega nem o estudo do Direito, nem a figura do jurista. Por outro lado, já existia a clareza que as leis são feitas, e podem ser modificadas pelos homens, pelo povo. O Direito existia para facilitar a vida; era posto (positivo), sem origens divinas ou tradicionais.

De maneira geral, durante a fase clássica as leis passaram a ser escritas, sem um sistema de fontes hierarquizado. Aquele que pleiteava direito necessitava não só provar o fato, como também provar a existência desse direito, a existência da lei. O estudo da lei fazia parte do aprendizado de todos os cidadãos, o que generalizava seu conhecimento e evitava o surgimento dos profissionais do Direito.



As reformas de Draco (621 a.C.) e de Sólon (594 a.C.) transformaram o Estado e o Direito gregos. A reforma draconiana passou a proibir o arbitramento familiar, dos conflitos, eliminando a vingança particular, passando esse arbitramento para o aparelho estatal. Por sua vez, Sólon extinguiu a escravidão por dívidas, impôs regras às hipoteca e reduziu a liberdade dos clãs quanto à propriedade da terra. A reforma de Sólon também criou o regime representativo distrital e censitário, que representou um avanço frente ao mundo oriental.

#### 1.1.2.1 O Direito Grego

O direito era exercido em tribunais semelhantes a assembleias (assemblear) por leigos, não profissionais. A principal pena era pecuniária (<sup>1</sup>). A prova dava-se ou pelos indícios, vestígios, ou pelos argumentos nascidos da razão, nascidos dos belos discursos, capazes de convencer. Surgem os logógrafos, que redigiam discursos para os tribunais. Não existia diferença entre o Direito Civil e o Penal, sendo que qualquer cidadão podia denunciar um crime. A possibilidade de convencer o tribunal gerava a possibilidade de expressivos ganhos. Surgiram os **sicofantas**, aqueles que acusavam sem fundamento, visando somente o lucro. Em 403 a.C., foi criada a figura do árbitro para as matérias comerciais e negociais, que buscavam a conciliação entre as partes sem a necessidade do tribunal.

#### 1.1.3 - Roma

Uma forma de periodização da História do Direito Romano pode ser:

\* Período Arcaico - da fundação (753 a.C.) até 146 a.C. - período das “*Legis Actiones*”.

\* Período Clássico - de 146 a.C. até 243 d.C. - período do Processo Formular;

\* Período Tardio - após 243 d.C. - período do “*Cognatio Extra Ordinario*”.

Alguns autores procuraram, através da organização judiciária romana, dividir a história interna tendo como base as três fases que o sistema processual se desenvolveu:

##### 1.1.3.1 - Período Arcaico

No período inicial da História do Direito Romano a lei era a **tradição**. Corresponhia ao Colégio dos Pontífices, que guardava e cuidava da religião, preservando a tradição. O Direito era todo fundamentado em fórmulas rituais guardadas pelos pontífices. Isso representava a submissão de todas as classes aos pontífices. Em 367 a.C. surgiu a figura dos pretores; cargo a princípio restrito à classe senatorial.

O processo arcaico desenvolvia-se primeiramente frente ao pontífice, posteriormente frente ao pretor. O processo somente iniciava quando a parte reclamante conseguia levar a outra parte ao pontífice, declamando palavras solenes. Esse mecanismo somente era válido para questões legais, questões pautadas em lei. Por seu lado, o pretor tinha o papel de descobrir os conflitos na sociedade e levá-los a um juiz. Nessa etapa o Direito era restrito aos cidadãos romanos (“*Ius Quiritium*”).

O sistema de ações da lei era constituído por um conjunto de formas solenes de procedimentos compostos de palavras e atos. Tinha como característica a divisão das funções judiciárias entre o pretor, investido da jurisdição, que declarava a existência do direito, e o juiz, que verificando os fatos alegados pelas partes e aplicando a eles os princípios indicados pelo pretor, encerrava o litígio com uma sentença. O juiz que iria dirimir a contenda nada mais era que um cidadão romano pertencente à ordem dos senadores, escolhido pelas partes litigantes, ou pelo pretor, havendo divergência entre as partes litigantes quanto à escolha.

Nas ações da lei, o processo se desenvolvia com uma solenidade pública, oral, testemunhada por atos materiais. Se a ação versasse sobre um escravo, o mesmo deveria estar presente; se a demanda tivesse por objeto uma propriedade territorial, um punhado de terra a representaria perante o magistrado. O sistema era rígido, formalista, sacramental, misto de religião e de Direito.

### 1.1.3.2 - Período Clássico

Há uma separação entre o julgamento e a administração da Justiça. O **processo formular** marcou esse período; era uma função do pretor que exercia a magistratura através dos **editos**. Ao tomar posse, o pretor apresentava as diversas fórmulas segundo as quais ele faria seus julgamentos. As fórmulas representavam uma certa conceituação dos negócios jurídicos. Os editos podiam ser **perpétuos** (anuais) ou repentinos (modificados ao longo de um período); também podia ser **translatício**, quando um pretor aceitava o edito de seu antecessor. Em 117 d.C. foi criado o Editio Perpétuo, que obrigou a todos os pretores a julgarem da mesma forma.

O processo nesse período tinha duas fases: “*in iure*”, na frente do pretor, e “*in iudicium*”, na frente do juiz. Na fase inicial estabelecia-se a “*lites contestacium*”, onde era dada a fórmula do julgamento, com os princípios do direito a serem aplicados, e o nome do juiz, necessariamente um leigo. Na segunda fase, ao juiz cabia a faculdade de absolver ou condenar.

No processo, os litigante não mais se atinham aos atos solenes e simbólicos, nem às palavras sacramentais. Nessa fase, o processo passou a ser um misto de oral e escrito. A instrução fazia-se verbalmente, com a inquirição das testemunhas, exposição dos fatos pelos litigante e, a própria sentença oral.

Nesse período que surge a figura do jurista (“*iuresconsulto*” ou “*iuresprudente*”), que era chamado ao processo para aconselhar, o pretor e o juiz, como proceder em cada caso. Os juristas eram homens das classes sociais mais altas e grande prestígio. Eles passaram a ensinar as tradições e os precedentes jurídicos, gratuitamente.

### 1.1.3.3 - Período Tardio

O “*Cognatio Extra Ordinario*” representou uma interferência do príncipe nas questões jurídicas. Ela surge após a instauração do Dominato, ou Monarquia Absoluta. O príncipe passou a cercar-se de juristas que tinham o “*ius respondendi*”, o poder de responder em nome do soberano. Gradativamente extingui-se o Processo Formular, surgindo a possibilidade de recurso. O príncipe passou a centralizar todo o processo, afastando a jurisprudência e a flexibilização do período clássico. O poder público absorve todas as atividades da Justiça. Nessa fase os atos são quase todos escritos.

Desapareceu a gratuidade, passando as custas a serem cobradas. Não mais existe a divisão do processo em duas instâncias. O juízes que recebem as ações são os mesmos que as julgam como serventários da Justiça. Nessa fase é criado o instituto da **apelação**. A necessidade de formar funcionários para exercer a Justiça do Imperador exigiu a criação das **Escolas de Direito** formais e institucionais. Também passaram a ser necessários os manuais, fossilizando o Direito Romano, que, assim, deixou de ser criativo e inovador.

#### 1.1.3.4. - Família e Propriedade

Em Roma não existiu a figura da pessoa jurídica (2). Lá a propriedade familiar era a base fundamental da economia, encabeçada e centralizada pelo “*pater-familias*”. O cabeça do grupo familiar era o único indivíduo “*sui iuris*” em seu grupo, com pleno gozo de seus direitos. A unidade produtiva era exclusivamente a família assim organizada. Embora houvesse proteção à pessoa, proteção jurídica central era dada à família.

Havia uma distinção formal importante entre a **propriedade quiritária**, aquela que se dava sobre os bens relevantes para a sociedade romana, e o simples domínio sobre algo. A propriedade romana, diferentemente do que ocorre hoje, recaía basicamente sobre os **meios de produção material**; exatamente os bens que exigiam o “*mancipatio*” para sua transferência.

O Direito das Sucessões também assumiu grande importância para a manutenção da unidade produtiva em Roma. A sucessão não exigia vínculos de sangue; o “*pater-familias*” podia transferir seu “*potestas*” para qualquer pessoa, até mesmo alguém fora da família sanguínea, desde que isso mantivesse a unidade produtiva unida.

#### 1.1.4. - Alta Idade Média

A alta Idade Média é entendida como o período de tempo compreendido entre os anos 476 e 1000; que no Direito marcam, respectivamente, a queda do Império Romano e o início de uma certa reorganização dos institutos jurídicos. O período pode ser dividido em três fases:

**a) 476 a 506** - invasões bárbaras e primeiras tentativas de sua incorporação à cristandade.

**b) 506 a 654** - início de uma certa “codificação” legislativa dos povos bárbaros, buscando sua origem em fragmentos da antiga legislação romana.

**c) 654 a 1000** - segunda tentativa de cristianização dos povos bárbaros.

Nesse período, há o quase total desaparecimento da importância da cultura jurídica para a vida dos povos. Importância que volta a existir somente a partir do século XI. São os juristas e comentadores, que aí surgem, que começam a repensar o Direito, com formulações que irão marcar o milênio seguinte.

#### 1.1.4.1. - Invasões Bárbaras

As invasões bárbaras, que irão ganhar força por volta do século III, irão ocorrer ao mesmo tempo das tentativas de codificação do Direito Romano pelo imperadores. Os bárbaros eram nômades, com uma organização social grupal, sem experiência de vida urbana. Ao contrário, a sociedade e o Direito romanos estavam fundados sobre noções do sedentarismo e da vida urbana.

Parte dos povos bárbaros foram convertidos ao cristianismo pelos cristãos arianos, que possuíam dogmas distintos do cristianismo romano. Essas diferenças, aliadas à convivência desses povos com as populações romanizadas da Europa, do Antigo Império Romano, construiu a noção de **Pessoalidade da Lei**; isto é, as populações respondiam a um conjunto de normas segundo sua etnia, onde “ordenamentos” distintos conviviam em uma mesma área. A manutenção desse esquema era garantida pela proibição de casamentos mistos. A noção de **Territorialidade da Lei** somente irá nascer mais tarde, uma vez que nem mesmo os romanos a conheciam.

#### 1.1.4.2. - Regressão Civilizatória

As invasões ocorreram dentro de uma situação de “tríplice barbárie”:

- a) decadência acentuada do Império Romano;
- b) existência, dentro das fronteiras do Império, de inúmeras populações que ainda não haviam sido romanizadas, que ainda resistiam ao poder central, e
- c) as invasões bárbaras propriamente ditas.

Isso, aliado ao modo de vida desses novos povos, provocou uma regressão em todos os sentidos: redução da vida urbana, redução das atividades agrícolas e várias regiões, volta da violência descontrolada etc. No campo religioso também houve um retorno ao paganismo, com vários povos abandonando o cristianismo.

#### 1.1.4.3. Direito dos Reinos Bárbaros

##### ➤ Direito Costumeyiro

Os Francos, os Ostrogodos e os Visigodos passaram a dividir o território do que hoje se chama de Europa Ocidental. Seu Direito, quando já instalados nas novas regiões, acabou resultando em uma consolidação de costumes das diversas tribos desses povos. Um exemplo dessas leis, e uma das poucas que acabou sendo preservada, foi a **Lei Sállica** (511): a aceitação de uma consolidação dos costumes primitivos dos Francos. Nela, a violência individual era reprimida ou de forma pecuniária, ou, na maioria das vezes, sob a forma de castigos, todos eles muito violentos, entendidos quase como uma vingança. Esse direito dava um valor exorbitante à propriedade e aos bens de produção.

##### ➤ Direito Romano Barbarizado

Os reinos bárbaros, ao lado do direito costumeyiro, adotou uma legislação romana modificada. Menos que uma verdadeira importância jurídica, a adoção dessa legislação tinha um grande **importância política**, uma vez que nos novos territórios dominados habitavam populações romanizadas. Em 496, o rei Clóvis, dos Francos, converte-se ao

cristianismo romano, abandonando o arianismo. Da mesma forma, adotou uma espécie de Direito Romano mitigado, para, dessa forma, fazer frente aos vizinhos Visigodos. Processos semelhantes provocaram o surgimento de várias legislações “bárbaro-romanas”: “*Lei Romana Wisigothorum*” (506), Código de Rescinvinduu (654) etc.

### ➤ **Papel da Igreja**

Esse momento assiste a um profundo vazio político, se comparado à estrutura política do Império Romano. Não havia, em nenhum dos reinos que surgiram nesse período, a existência de um projeto de completude política. Contudo, na Igreja sobreviveram alguns elementos do antigo Estado Romano, e de sua tendência globalizante. Isso fica claro na constante preocupação em converter os imperadores e os líderes dos povos bárbaros.

Apesar dessa preocupação, a Igreja não era ainda um estrutura plenamente centralizada e monárquica. Estava montada sobre uma espécie de “federação de igrejas”, cujos líderes reuniam-se periodicamente nos **Concílios**. Esses encontros passaram a ser o fórum privilegiado de discussão da vida pública durante a Alta Idade Média. O papa não tinha interferência direta nos concílios. só se pronunciava quando provocado. A racionalização posterior dos **cânones**, os documentos dos concílios, fez surgir uma certa institucionalização e o surgimento de um proto Direito Canônico.

#### **1.1.5. - Baixa Idade Média**

A Baixa Idade Média marca a redescoberta do estudo e das reflexões sobre o Direito no mundo europeu.

A partir do século XI começam a surgir em toda a Europa as Universidades, além da reconstrução física e cultural das igrejas.

Antes do ano 1000 surgiram algumas escolas de Direito, mas diferiam completamente do estudo que se deu nas universidades durante a Baixa Idade Média. É na Universidade de Bolonha que surgiu um ensino sistematizado de Direito, que marcou profundamente os dez séculos seguintes, sem grandes rupturas.

Em seu surgimento, o ensino de Direito apresentava uma forte conotação política, em um ambiente de rivalidade entre o poder canônico e o poder secular. Foi o momento da redescoberta dos textos gregos clássicos em sua íntegra; da mesma, houve a redescoberta dos textos literais do Código de Justiniano. Esses textos passaram a ser estudados em latim, o qual ressurgiu em sua plenitude depois de mais de 500 anos de abandono. Copistas clérigos traduziam-nos reverenciando sua autoridade, apesar de suas contradições internas.

A Escolástica Medieval baseou-se na noção do aprofundamento do debate, levando a uma busca do rigor dos conceitos. Esse pensamento também levou à formulação dos pré-requisitos científicos: objetividade, imparcialidade, universalidade. Todo o debate sobre o Direito nas universidades dava-se sob o paradigma do **Direito Natural**. O debate medieval tinha três categorias:

a) **Direito Natural** - a **razão** natural permitiria conhecer o próprio Direito.

b) **Direito Divino** - a ordem natural das coisas somente poderia ser conhecida a

partir da **revelação** e não pela razão.

c) **Direito Positivo** - as leis do soberano e os costumes fruto da **conveniência**, não tendo origem nem na razão, nem na revelação.

O “*Corpus Iuri Civile*”, com seus quatro livros, começou a ser divulgado entre as universidades. O “*Digesto*” foi redescoberto em três etapas, em épocas diferentes. Os livros passaram a ser estudados não como peças do Direito vigente, o que realmente eles não eram, mas com preocupações semelhantes às dos filósofos. Foi na Baixa Idade Média que surgiram algumas escolas de estudo do Direito, que irão marcar profundamente os séculos seguintes:

a) **Escola dos Glossadores (séculos XI a XIII)** - trabalhavam sobre os textos clássicos de forma quase filológica.

b) **Escola dos Comentadores (séculos XVI e XV)** - já não tinham preocupação com o texto em si, mas com o sentido e conteúdo dos mesmos. O estudo do Direito passou a ser utilizado para resolver questões concretas da vida dos homens.

#### 1.1.5.1. Direito Natural em São Tomás de Aquino

Na *Suma Teológica*, São Tomás de Aquino divide as leis em quatro categorias:

a) “**Lex Aeterna**” - o modo como foi criado o Universo como expressão da razão divina.

b) “**Lex Divinae**” - caracterizada por ser posta pela própria divindade.

c) “**Lex Humanae**” - lei posta pelos homens. Essa lei pode ser “*per conclusionem*” (lei humana criada por inferência da lei natural) ou “*per determinazione*” (lei humana criada por derivação da lei natural).

d) “**Lex Naturalis**” - lei que os homens atingem a partir de sua razão; a qual liga-os à lei divina.

A noção de divisão entre as leis naturais (universais) e as leis humanas (individuais) já aparece em Aristóteles.

#### 1.1.5.2 - Direito Canônico

O Direito Canônico pode ser definido como um direito disciplinar de um grupo religioso.

Por volta do ano 1000 surgiu no interior da Igreja um movimento de reforma que propunha uma série de reformulações: das relações entre o Poder Religioso e o Poder Político, das relações internas da própria Igreja etc. Nessa época era consagrado o **Sistema Carolíngio**, que estabelecia a subordinação entre o poder eclesiástico ao poder político, reduzindo a autonomia da Igreja. O movimento, nascido na abadia de Cluny, propunha o **Sistema Monástico**, que entre outras coisas proibia o casamento dos religiosos. Esse movimento também estabeleceu a *Trégua de Deus*, que excomungava todos aqueles que guerreassem em determinados dias e em determinados períodos do ano. Isso, na prática, começou a romper a estrutura do poder dos senhores feudais.

Nesse período também começou o processo de ruptura da noção dos costumes como fonte do Direito. Cabia ao legislador corrigir os costumes injustos ou inadequados através do direito posto. Esse processo somente será completado por volta do século XVIII.

O Direito Canônico criou a distinção entre o **foro interno** (individual) e o **foro externo** (internação social). Diferentemente do primeiro, o segundo poderia ser delegado a um juiz e a um tribunal. O Direito Canônico, juntamente com o Direito Inglês, foi a primeira tentativa de racionalização jurídica da cultura ocidental.

A partir do século XI, o Direito Canônico e o Direito Romano eram estudados nas universidades. O primeiro com a consciência que tratava-se de um Direito vivo, aplicável à vida dos homens. Já o Romano era estudado apenas enquanto textos clássicos referenciais.

### 1.1.5.3 - Reforma Gregoriana

Em 1073 foi editado o “*Edictatus Papae*” contendo 27 teses que transformaram princípios do Direito Feudal. Entre elas estavam a tese que o papa podia romper os laços de vassalagem. Outra dizia que o papa podia legislar universalmente sobre a correção dos costumes. Ainda, que o papa podia **reverter** todas as decisões tomadas em outras “esferas”, mas que as suas não podiam ser revistas; esta determinou o princípio da **universalização dos recursos**.

Essa reforma rompeu boa parte da estrutura dos costumes do Direito Bárbaro, impondo uma certa concepção de poder estatal institucionalizado. D a mesma forma, provocou o surgimento de uma burocracia detentora de um conhecimento técnico-jurídico, que era forma das universidades.

### 1.1.5.4 - “*Corpus Iuris Canonis*”

Há muito tempo a Igreja possuía uma série de “códigos”: a Bíblia, os livros da Patrística, dos primeiros papas, textos dos Concílios, normas dos bispos etc. A reforma, com as mudanças provocadas no Direito Canônico, despertou a necessidade de sistematização desses cânones. A primeira tentativa nesse sentido foi de Ivo de Chartres (1095). Outra, a de Graciano (1110), “Concórdia dos Cânones Discordantes”, que apresentou princípios jurídicos altamente elaborados.

Graciano, valendo-se da Escolástica <sup>(3)</sup>, buscou interpretar e harmonizar a enorme divergência entre os cânones organizando-os:

**a) Diferenças Temáticas** - organização das normas segundo o tema tratado.

**b) Diferenças Locais** - segundo o princípio que a lei local revoga a lei geral no que for concorrente.

**c) Diferenças Temporais** - princípio da lei posterior que revoga a anterior.

**d) Diferenças de Especificidade** - lei específica revoga a lei geral no que

---

3

A Escolástica trazia entre seus princípios: “se encontrases uma contradição, busca uma distinção”.

concorrerem.

Essa elaboração, altamente sofisticada, tornou-se a gênese do pensamento jurídico ocidental. Organizou-se a partir das reflexões da Filosofia Medieval, tendo seu desenvolvimento pautado pela Lógica.

Nessa época, o estudo do Direito nas Universidades tinham como base o “*Digesto*” e suas glosas. O estudo do Direito Canônico passou a pautar-se pela elaboração de Graciano. Por volta de 1289, o papa Inocêncio IV encomendou uma nova compilação, juntando as normas apresentadas no texto de Graciano à legislação papal posterior. Esse livro chamou-se “*Decretais*”.

#### 1.1.5.5 - Princípios Gerais

Os canonistas faziam uma clara distinção entre as matérias de religião, de foro interno, e as matérias profanas, foro externo. Da mesma forma, distinguiam o Poder da Ordem, advindo do cargo religioso, do Poder da Jurisdição, advindo do cargo “judicial” ocupado pelo prelado.

Outro princípio era o da **Princípio da Autonomia das Corporação**, segundo o qual os pequenos corpos poderiam legislar para si e para seus membros, não cabendo ao papa interferir diretamente. Dessa forma, surgiu o que poderia ser definido como um certo “Equilíbrio de Poderes” entre as diferentes esferas.

Ainda outro era o **Princípio Conciliar**: “aquilo que interessa a todo, por todos deve ser decidido”. O papa, dessa forma, tinha seus poderes limitados pelos concílios. Esse princípio mais tarde foi transplantado para as esferas do Poder Político.

#### ➤ Processo Canônico

A Igreja tinha uma jurisdição que diferia da jurisdição secular, havendo uma pluralidade jurídica. Alguns elementos claros eram utilizados para definir o que seria julgado no foro jurisdicional canônico:

**a) Em Razão da Pessoa** - tinham foro canônico os clérigos, os miseráveis (entendidos aí as mulheres, os órfãos e os peregrinos), os estudantes, os cruzados e os judeus quando em conflito com os cristãos.

**b) Em Razão da Matéria** - os assuntos julgados pelo Direito Canônico eram o casamento, o juramento (que acabou por gerar o contrato nascido de promessa), o testamento etc.

**c) Em Razão da Livre Escolha** - qualquer um podia escolher ser julgado pelo processo canônico.

O processo canônico impunha a presença necessária do advogado, ou se fosse necessário o defensor dativo. Passou a ser um processo escrito, com a racionalização da prova: que deveria ser **natural, pertinente e conclusiva**.

#### ➤ Inquisição

A inquisição religiosa foi uma exceção ao processo canônico, não constando do



“*Corpus Iuris Canonis*”. A autoridade executora do processo não era o bispo, mas sim o inquisidor, uma autoridade excepcional autorizada pelo papa. Não havia a denúncia, o libelo da parte interessada. Seu início dava-se pela investigação desenvolvida pelo inquisidor; encontrados os indícios, era formulada a acusação e a prisão liminar do acusado. Os testemunhos inquisitoriais eram secretos e a presença do advogado canonista obrigatória.

O processo inquisitorial acabou por exercer influência sobre o Direito dos Reinos, sendo, de certa forma, adotado, no século XVI, por Portugal, Espanha e os Reinos Italianos.

### ➤ Corporações

Os canonistas formularam um noção moderna de pessoa jurídica e de responsabilidade. O representante de uma corporação tinha, frente a ela, um papel semelhante ao do tutor ou curador.

#### 1.1.6. - Direito Inglês

O Direito Inglês, o “*Common Law*” surgiu no início da Baixa Idade Média, quando houve uma espécie de cisão em seu ramo principal derivado do Direito Romano.

##### 1.1.6.1. Origens e Características

Suas origens remontam à ocupação da Inglaterra pelos Normandos, em 1066, comandados por Guilherme I. Eram uma força de ocupação militar e cultural, levando à ilha o Feudalismo continental. Distinguiu-se deste por apresentar uma estrutura hierarquicamente invertida: o rei tinha supremacia sobre os barões. O rei passou a ter direito de receber rendas dos nobres (Direito Eminente). Esse poder possibilitou-lhe a imposição, em 1085, do “*Doomsday Book*”, uma espécie de recenseamento das terras.

O “*Common Law*” era um Direito baseado em precedentes, nos casos estabelecidos anteriormente. Era um sistema vinculante, onde o precedente criava a norma a vir a ser seguida. Um sistema que não conheceu o instituto do recurso até o século XIX. Não havia recurso a textos não jurídicos; somente eram válidas as decisões dos tribunais, a jurisprudência.

Diferentemente do que ocorria no continente, onde o júri sempre foi mal visto, na Inglaterra, desde muito cedo, adotou-se a figura do júri popular, presente em todas as deliberações. Não existia a figura do promotor, que também surgiu na reforma do século XIX.

##### 1.1.6.2. Necessidade da Lei Comum

A lei comum somente surgiu após a vitória dos Normandos. Guilherme passou a evocar para si as reclamações contra os barões nas questões relativas à terra impondo suas decisões. Dessa forma, o sistema inglês nasceu como uma imposição régia que se opunha ao direito de costumes do baronato e o direito específico das cidades.

### ➤ Processo

O processo dava-se de duas formas:

a) **Breves** - eram decisões régias expedidas aos xerifes com o **caráter mandamental**; Isto é, determinavam um comando objetivo. Essa ordem referia-se a um pequeno conjunto de problemas objetivos, especialmente o de **Desapossamento Novo** (esbulho possessório) e o de **Morte do Antecessor** (esbulho de herança). Os xerifes convocavam pessoas do lugar que testemunhavam o que sabiam do fato. Essa espécie de júri (“Pequeno Júri”), ou júri de julgamento, era na verdade o recolhimento de provas do fato. Aquele que não se submetesse ao júri era punido, até que o aceitasse. Não existia a figura do promotor.

b) **Júri** - o “Grande Júri” tratava de questões mais próximas do que se poderia chamar um direito penal. Não era um julgamento de produção de provas, como nos Breves, mas sim, um julgamento de avaliação das provas.

#### 1.1.6.3 As Cortes

O rei escolhia, entre seus homens de confiança, juízes que frequentemente visitavam os xerifes cobrando-lhes as contas. A evolução do Direito Inglês criou cortes com atribuições distintas: uma que cuidava das rendas do reino, uma que cuidava das questões do direito privado e outra, criada bem mais tarde, que tratava das questões do direito penal. Paralelamente a essas cortes oficiais existiam as cortes canônicas e as cortes de almirantado, relativas aos mercadores e comerciantes.

#### 1.1.6.4. Jurisdição de Equidade

A limitação do poder do rei de emitir os Breves, imposta pelos barões e pela jurisprudência do “*Common Law*”, a apenas um pequeno número de questões provocou o surgimento de uma espécie de jurisdição paralela. Esse tronco jurisdicional, a **Equidade**, passou a oferecer remédios jurídicos para um leque de questões não contempladas pelos Breves. Mais tarde, essa jurisdição também viria a ser limitada. Somente em 1873 esses dois troncos foram unificados em uma jurisdição única.

#### 1.1.6.5. Estudo do Direito

Primeiramente, os juízes foram tirados da própria corte do rei dentre os clérigos, uma mão-de-obra adestrada, amestrada e barata. Acreditavam, assim como no Direito Canônico, que a função do jurista era “descobrir” o Direito Natural.

Esses juízes tinham a necessidade de uma série de auxiliares judiciários treinados, profissionalizados. Em 129, o rei determinou que o juízes treinassem os “advogados”, criando os “*Inns of Court*”, existentes até hoje. Representavam uma espécie de internato para o estudo do Direito.

Ao mesmo tempo, nas universidades estudava-se o Direito Romano, quase de forma filosófica. Esses estudantes mantinham com o direito uma relação de estudo, e não se transformavam em profissionais jurídicos.

Os juízes, nos “*Inns of Court*”, pautavam o estudo por:

- a) julgamentos simulados.
- b) estudo de Estatutos, que viria a ser a leis (4).
- c) comparecimento às sessões, onde tomavam notas para os juízes.

Em 1852, houve a criação e oficialização de um exame para a profissão de advogado (“*Bar*”). O estudo do Direito somente viria a ser realizado nas universidades em meados do século XX.

### 1.1.7. Direito das Comunas ou Direito Urbano

#### ➤ As Comunas

A formação das Comunas, especialmente na Itália do Norte, deu-se a partir de uma série de tratados e pactos surgidos após guerras civis. Os cidadãos dessas comunas realizavam um “Juramento de Paz”, que assegurava liberdade frete aos senhores feudais. Esses pactos criaram estatutos oligárquicos novos, que distinguiam-se da velha nobreza medieval.

Esses pactos obtinham dos reis, à força, autonomia e liberdade para as cidades. A adesão ao Direito era voluntária por parte dos moradores das comunas, estando excluídos os judeus, estrangeiros, mouros, nobre, clérigos etc. Dessa forma, eram os cidadãos que passavam a determinar as leis e regras que serviriam àqueles que viviam nas cidades.

#### ➤ Aplicação do Direito

O Direito Comunal pautava-se pela autonomia de jurisdição. Os juristas passaram a ser ouvidos e justificar o poder das comunas. Os capítulos do “*Digesto*” sobre os juízes e seu poder foram traduzidos e comentados, tendo as comunas como alvo. Aprofundou-se a noção de “*Imperium*”: aqueles que têm juízes têm poder.

## 2 – Ramos do Direito

### 2.1. Direito Natural

O Direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, como normas, consideradas divinas, pela qual os homens estariam subordinados. Será no pensamento grego, que encontraremos a ideia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo. Acreditavam alguns pensadores, que existe um *"direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem"*.

Diversas ideias começam a ser desenvolvidas a partir deste momento, e como são as ideias, que direcionam as mudanças, produto do conflito de interesses opostos, passemos a analisá-las, começando por Heráclito, será o melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina do Cosmos. Heráclito assinala que a Justiça assumia também a face de Eris (a discordia ou litígio), (daí se compreendendo que Dike - Eris não apenas governam os homens, mas o mundo), a verdade é que ele traduz a Justiça como resultado de permanente tensão social, resultado jamais definitivo porque sempre renovado. Ele transmitiu para Aristóteles as primeiras especulações em torno de uma tensão de justiça, revolucionária porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao Direito Natural.

Uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C), denominada estoicismo, colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Para eles o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. A razão como força universal que penetra todo o "Cosmos" era considerada pelos estoicos como a base do Direito e da Justiça. A razão divina, acreditavam, morar em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo. Esta doutrina foi confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C), sendo a seguir levada para Roma, para ser finalmente reestruturada por Cícero, de modo que tornou o direito estoico utilizável, no contexto do Direito Romano, e propício à sua evolução.

Há uma certa discriminação entre os estoicos, que confundem lei geral do universo com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas. Entretanto, entre eles e mais tarde entre os romanos, mas sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural. Muitas das formulações encontradas entre os estoicos são semelhantes às estabelecidas por Platão e Aristóteles. Contudo, a obscura doutrina dos estoicos fez com que a estrutura da polis não se fundamentasse, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estoicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal.

Como já foi determinado, o estoicismo influenciou sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antiguidade clássica da noção de Direito Natural. O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito. Apesar da riqueza do pensamento encontrada na antiguidade, sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia, à preocupação demonstrada pelos pensadores. As civilizações ocidentais antigas baseavam-se, muitas delas, em conceitos primitivos de Justiça, sendo que o trabalho escravo se colocava na base da sociedade, como sustentáculo da vida na cidade grega ou nas cidades do Império Romano. O dinamismo demonstrado no pensamento de Heráclito e Aristóteles fica bem claro quando confronta-se certos aspectos da vida na antiguidade, com as mais recentes conquistas no campo dos direitos da pessoa humana.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do Estoicismo e da Jurídica Romana. A Igreja irá pegar dos estóicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito ideal que imperava antes que a natureza humana tivesse se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio sobre escravos.

O Direito Natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Há quem se esforçasse para tentar aproximar o Direito Natural relativo ao ideal de Direito Natural absoluto. Esperava-se que a hierarquia da Igreja vivesse daquela forma, entretanto os fiéis poderiam se limitar a cumprir o Direito.

A doutrina de Santo Agostinho (354-430 d.C.) tem um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto, o qual será enunciado posteriormente. Mais tarde, a doutrina de São Tomás de Aquino (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos. O papel da Igreja, em sua relação com o governo, leva-lo-á, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã.

A doutrina do representante máximo da filosofia cristã é um primeiro passo para a autonomização do Direito Natural como Ciência, pois se a lei natural exprime o conteúdo de Direito Natural como algo devido ao homem e à sociedade dos homens, esta adquire, no tocante à criatura racional, características específicas.

Pode-se perceber neste período da História, que mais uma vez, todo o pensamento desenvolvido sobre os Direitos Naturais, e as aspirações de Justiça, permanecem distantes da realidade. Aliás, como a própria Igreja havia pregado, enquanto o Direito Natural absoluto era privilégio de seus Padres, para o imenso rebanho bastava o Direito Natural relativo.

Na Idade Média o Direito Natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola de Direito Natural de Grotius (1625) não é mais entendido desta forma, vinculando-o à razão.

Com a intenção da emancipação da teologia medieval e do feudalismo, surge, a escola do direito natural clássico, tendo marcada sua evolução, em três períodos. O primeiro, com o advento do Protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, advindo que o direito natural será observado pela sabedoria e não do domínio de um líder, tendo como teorias de Grotius, Hobbes e Pufendorf. A Segunda etapa, compreendida inicialmente em 1649, fez-se presente a modificação no estado político, aderindo ao liberalismo e ao capitalismo liberal, na economia, situando os pensamentos na proteção aos direitos naturais do indivíduo, contra a exploração governamental, prevalecendo as teorias de Locke e Montesquie. E, num terceiro estágio, houve a caracterização na democracia, onde a decisão seria a majoritária do povo, sendo Jean Jaques Rousseau, o pensador político do período, confiando o direito natural à vontade geral.

Será na época do jusnaturalismo abstrato, a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em consideração, a realidade social, a História, a razão humana se tornam uma divindade absoluta. Outro importante representante do racionalismo ou, do também denominado jusnaturalismo abstrato será John Locke.

Para Locke a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão. Para ele o homem deveria ser capaz de elaborar a partir dos princípios da razão um corpo de doutrina moral que seria seguramente a lei natural e ensinaria todos os deveres da vida, ou ainda formular o enunciado integral da lei da natureza. Para Rousseau, a aventura moderna era um erro radical e procura um remédio para isso no retorno ao pensamento antigo, ao seu estado natural.

No século XVIII e XIX a guia para discernir a forma ideal e mais perfeita do direito natural foi a razão, surgindo o racionalismo, com o objetivo de construir uma nova ordem jurídica baseado em princípios de igualdade e liberdade, proclamados como os postulados da razão e da justiça.

Apesar dos difusores das ideias situarem em período diverso, é predominante em suas teorias, e, segundo seus ensinamentos a caracterização dos princípios fundamentais do direito como imutável, unívoco sempre e em toda parte.

## **2.2. Direito Positivo**

Surge também como outra forma de fundamentar a natureza do direito, o direito positivo. Protágoras (481 a. C. - 411 a.C.) pode ser considerado o pensador que antecipou as opiniões dos positivistas modernos. Sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral.

O direito positivo, no seu relato recente teve início no século XIX, da reação ao idealismo transcendental, especialmente de Hegel; o antigo porém, recua ao século XV, com a política prática de Nikolau Maquiavel, ao século XVI, com o método experimental de Francisco Bacon, ao século XVII, com o materialismo de Tomas Hobbes. O pensamento moderno foi acentuado na segunda metade do século e primeira metade do século atual, merecendo algumas considerações pela direta e profunda influência que essa escola filosófica exerce sobre o nosso sistema jurídico, além de refletir consideravelmente na formação de nossos juristas, sendo o resultado da jurisprudência pátria uma vinculação permanente de seus ensinamentos.

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito. Sendo considerado positivismo aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito, senão o positivo.

O direito positivo quando de seu surgimento, considerada uma doutrina primária. Ele faz-se presente na Grécia já se identificavam seus sinais. Apesar de Augusto Comte ser considerado o pai do positivismo, porque a ele se deve a sua sistematização e aprofundamento da doutrina, já se delineavam seus traços em Bacon, Descartes, Galileu, Hume, Locke e mais proximamente nas lições fundamentais de Kant.

O conceito e a expressão de positivismo podem ser tomados em duas acepções, uma restrita e outra. Na primeira acepção, dá-se este nome ao sistema de ideias filosóficas fundado pelo francês Augusto Comte (1789-1857) e propagado posteriormente pelo seu mais fiel discípulo, Emile Littré (1801-1881). Na segunda, serve ele para designar um movimento bastante mais vasto, dentro do qual cabem numerosas escolas e tendências do século XIX, dentro e fora da França, em matéria de filosofia, de métodos científicos, de psicologia, de sociologia, de história, de direito e de política. Nenhum setor dos conhecimentos humanos ficou isento da sua influência.

O positivismo foi definido por Littré como uma atitude mental que visa a dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a ideia de conjunto da filosofia.

Essa posição foi a defendida por Comte, que pode resumir-se da seguinte maneira negativa: repúdio formal de tudo o que, de perto ou de longe, pudesse lembrar a metafísica ou ter cara de metafísica, entendendo-se por metafísica toda a proposição que excedesse o domínio da experiência e da observação humana dos fatos sensíveis. Renúncia, portanto, a toda a forma de compreender e explicar que não se fundem exclusivamente na observação dos fatos e das suas relações de antecedência e consequência. Comte determinava, nada que conhecemos para lá dos fenômenos, e o próprio conhecimento que destes temos é relativo e não absoluto. Não conhecemos nem a essência nem o modo de produção de nenhum fato; conhecemos somente as relações de sucessão e semelhança de uns fatos com outros. Estas relações são constantes, sempre idênticas nas mesmas circunstâncias.

Tais semelhanças constantes, que ligam os fenômenos entre si, bem como as sucessões invariáveis que os encadeiam em séries, a título de antecedentes e consequentes, eis ao que se dá o nome de leis. É tudo o que se sabe deles. A sua essência, porém, bem como as suas causas últimas, quer eficientes, quer finais, são desconhecidas e permanecerão para sempre impenetráveis.

### **2.3. Direito Objetivo e Subjetivo**

A distinção entre direito *objetivo* e *subjetivo* é extremamente sutil na medida em que estes correspondem a dois aspectos inseparáveis: o direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo. Realmente, como efeito primordial da norma jurídica está o de atribuir a um sujeito uma existência ou pretensão contra outro sujeito, sobre quem impende, por isso mesmo, uma obrigação, ou seja, um *dever jurídico*. Mas à pretensão atribuída pelo Direito chama-se também *direito*. O significado da palavra não é o mesmo em ambos os casos: no primeiro, corresponde à

*norma da coexistência* – ou *direito em sentido objetivo*; no segundo caso, corresponde à *faculdade de pretender* – ou *direito em sentido subjetivo*.

Temos aqui uma plurivalência semântica, pois a palavra direito ora significa o direito positivo vigente, ou melhor, o ordenamento jurídico vigente em determinado Estado, ora significa o poder que as pessoas têm de fazer valer seus direitos individuais. No primeiro caso falamos de *direito objetivo*, enquanto no segundo, de *direito subjetivo*. Na verdade, como informa o professor Caio Mário, “direito *subjetivo* e direito *objetivo* são aspectos de conceito único, compreendendo a *facultas* e a *norma* os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico. Um é o aspecto *individual*, outro o aspecto *social*”.

A aparente dificuldade na conceituação do direito objetivo e do direito subjetivo decorre mais da inexistência em nossa língua, como aliás na maioria delas, de palavras diversas para explicar cada uma das visões do direito. Tal dificuldade não atinge, por exemplo, os ingleses e os alemães. De fato, na língua inglesa usa-se *law* para designar o direito objetivo, a *norma agendi*, e *right* para se referir ao direito subjetivo, a *facultas agendi*, enquanto os alemães, para se referirem ao direito objetivo, utilizam-se do vocábulo *Recht* e, para designar o direito subjetivo, usam a palavra *Gesetz*.

Para Ruggiero o “direito objetivo pode definir-se como o complexo das regras impostas aos indivíduos nas suas relações externas, com caráter de universalidade, emanadas dos órgãos competentes segundo a constituição e tornadas obrigatórias mediante a coação”. O direito subjetivo é o poder que as pessoas têm de fazer valer seus direitos individuais.

### 2.3.1. Noções de Direito Objetivo

O Direito objetivo é o conjunto de normas que o Estado mantém em vigor. É aquele proclamado como ordenamento jurídico e, portanto, *fora* do sujeito de direitos. Essas normas vêm através de sua fonte formal: a lei. O direito objetivo constitui uma entidade objetiva frente aos sujeitos de direitos, que se regem segundo ele.

Ao falar-se em direito objetivo cria-se desde já uma delimitação entre algo e outra coisa que se lhe contrapõe. Na verdade, ao se referir a direito objetivo, três grandes delimitações se procuram fazer no decorrer da história: a diferença entre o direito divino e o direito dos homens; a referência ao direito meramente escrito, constante das leis; ao direito com plena eficácia jurídica; e, finalmente, a delimitação entre o direito objetivo ( *norma agendi* ) e o direito subjetivo ( *facultas agendi* ).

No princípio não havia plena consciência da diferença entre o direito divino e o direito dos homens. Todo direito era fruto do direito dos deuses, ou dos homens como seus mandatários. Tal unificação foi cedendo, já no pensamento grego, e cresceu e se desenvolveu com o cristianismo: umas leis são dos Césares, outras de Cristo, na expressão de São Jerônimo.

Numa visão mais moderna, o direito positivo se apresenta como o conjunto das regras vigentes em um determinado sistema jurídico, emanadas de uma autoridade estatal. A este se contrapõe o direito natural, que deve inspirar o direito objetivo. Com essa visão temos Castro y Bravo, que o conceitua “como a ‘regulamentação organizadora de uma comunidade, legitimada por sua harmonia com o direito natural’”. Se recolhem como características do direito positivo: seu caráter específico de eficácia, de organizador e criador de uma realidade social ( a ordem jurídica ), e, portanto, a



necessidade de sua vigência ( validade jurídica ); sua subordinação em relação à lei eterna de Justiça, que exige seu próprio caráter de direito, isto é, a necessidade de sua legitimidade; por último, se indica na definição que se compreende dentro do conceito amplo de direito positivo a todos os atos que tenham tais características, sejam ou não normas jurídicas”.

### 2.3.1.2 Direito Objetivo como Norma de Conduta

O direito objetivo, através das normas, determina a conduta que membros da sociedade devem observar nas relações sociais. Mas não devemos confundir a *norma* propriamente dita com a *lei*, pois a norma é o mandado, a ordem, com eficácia organizadora, enquanto a lei é o signo, o símbolo mediante o qual se manifesta a norma. Poderíamos dizer simbolicamente que a norma é a *alma*, enquanto a lei o *corpo*.

Alguns autores, como Allara, reputam insuficiente conceituar-se o direito objetivo como *norma de conduta*, preferindo caracterizá-la como *norma de organização dos poderes públicos*. Uma visão intermediária do direito objetivo lhe atribui dois objetos: um *interno* e outro *externo*. O *objeto interno* consiste em que o direito objetivo disciplina a organização social, isto é, os órgãos e os poderes que exercem a autoridade pública, as relações entre as várias autoridades, enfim, a formação e a ação da máquina do Estado. Já o *objeto externo* se caracteriza pelo fato de que o direito objetivo regula a conduta externa dos homens nas suas relações recíprocas.

As normas, como as pessoas, não vivem isoladas, mas em conjunto, interagindo, o que faz surgir a ordem normativa ou ordem jurídica, que pode ser conceituada como um conjunto de normas vigentes em determinada sociedade.

### 2.3.1.3. A Origem do Direito Objetivo

Para alguns, a *norma agendi* ( direito objetivo ) teria sua origem no Estado, como preconizam Hegel, Ihering e toda a corrente alemã do direito positivo escrito; para outros, o direito objetivo resulta do espírito do povo; outros pensam que sua origem está no desenvolvimento dos fatos históricos, e temos aí os defensores da escola histórica do Direito; e, finalmente, ainda há os que defendem que o direito positivo tem sua origem na própria vida social, como os defensores da escola sociológica.

Comentando a fonte do direito objetivo, e analisando a teoria que defende a exclusiva *estatalidade* do direito, Ruggiero afirma que todo direito positivo ( direito objetivo ) é estatal e exclusivamente estatal, visto que nenhum outro poder, fora do que é constitucionalmente soberano, pode ditar normas obrigatórias e muni-las de coação. Tal ideia se desenvolveu com a nova estrutura dos Estados modernos, com a consequente divisão dos poderes, e, portanto, com a atribuição ao poder legislativo do poder de criar o direito objetivo, bem como em consequência da codificação desenvolvida no século XIX.

Logo, segundo a ordem constitucional de cada Estado, cabe dizer qual o órgão com poder para criar e estabelecer o direito positivo. O princípio geral é o de que se a norma provém de um órgão incompetente, não é obrigatória e não constitui, portanto, Direito.

### 2.3.2. Direito Subjetivo

Enquanto para muitos autores a distinção entre o Direito objetivo e o subjetivo era familiar aos romanos, Michel Villey defende a tese de que para o Direito Romano clássico, o *seu de cada um* era apenas o resultado da aplicação dos critérios da lei, “uma fração de coisas e não um poder sobre as coisas”. Para o ilustre professor da Universidade de Paris, “o *jus* é definido no Digesto como o que é justo ( *id quod justum est* ) ; aplicado ao indivíduo, a palavra designará a parte justa que lhe deverá ser atribuída ( *jus suum cuique tribuendi* ) em relação aos outros, neste trabalho de repartição ( *tributio* ) entre vários que é a arte do jurista”.

A idéia do direito como atributo da pessoa e que lhe proporciona benefício, somente teria sido claramente exposta, no século XIV, por Guilherme de Occam, teólogo e filósofo inglês, na polêmica que travou com o Papa João XXII, a propósito dos bens que se achavam em poder da Ordem Franciscana. Para o Sumo Pontífice, aqueles religiosos não eram proprietários das coisas, não obstante o uso que delas faziam há longo tempo. Em defesa dos franciscanos, Guilherme de Occam desenvolve a sua argumentação, na qual se distingue o simples uso por concessão e revogável, do verdadeiro direito, que não pode ser desfeito, salvo por motivo especial, hipótese em que o titular do direito poderia reclamá-lo em juízo. Occam teria, assim, considerado dois aspectos do direito individual: o *poder de agir e a condição de reclamar em juízo*.

No processo de *fixação* do conceito de *direito subjetivo*, foi importante a contribuição da escolástica espanhola, principalmente através de Suárez, que definiu como “o poder moral que se tem sobre uma coisa própria ou que de alguma maneira nos pertence”. Posteriormente, Hugo Grócio admitiu o novo conceito, também aceito por seus comentaristas Puffendorf, Feltmann, Thomasius, integrantes da Escola do Direito Natural. É reconhecida especial importância à adesão de Christian Wolf ( 1679-1754 ) ao novo conceito, sobretudo pela grande penetração de sua doutrina nas universidades européias.

#### 2.3.2.1. A Natureza do Direito Subjetivo – Teorias Principais

➤ **Teoria da Vontade** – Para Bernhard Windscheid ( 1817–1892 ), jurisconsulto alemão, o direito subjetivo “é o poder ou senhorio da vontade reconhecido pela ordem jurídica”. O maior crítico dessa teoria foi Hans Kelsen, que através de vários exemplos a refutou, demonstrando que a existência do direito subjetivo nem sempre depende da vontade de seu titular. Os incapazes, tanto os menores como os privados de razão e os ausentes, apesar de não possuírem vontade no sentido psicológico, têm direito subjetivo e os exercem através de seus representantes legais. Reconhecendo as críticas, Windscheid tentou salvar a sua teoria, esclarecendo que a vontade seria a da lei. Para Del Vecchio, a falha de Windscheid foi a de situar a vontade na pessoa do titular *in concreto*, enquanto que deveria considerar a vontade como simples potencialidade. A concepção do jusfilósofo italiano é uma variante da teoria de Windscheid, pois também inclui o elemento vontade ( querer ) em sua definição: “a faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, à qual corresponde uma obrigação por parte dos outros.”

➤ **Teoria do Interesse** – Rudolf von Ihering ( 1818–1892 ), jurisconsulto alemão, centralizou a ideia do direito subjetivo no elemento interesse, afirmando que direito subjetivo seria “o interesse juridicamente protegido. As críticas feitas à teoria da vontade são repetidas aqui, com pequena variação. Os incapazes, não

possuindo compreensão das coisas, não podem chegar a ter interesse e nem por isso ficam impedidos de gozar de certos direitos subjetivos. Considerado o elemento interesse sob o aspecto psicológico, é inegável que essa teoria já estaria implícita na da *vontade*, pois não é possível haver vontade sem interesse. Se tomarmos, porém, a palavra interesse não em caráter subjetivo, de acordo com o pensamento da pessoa, mas em seu aspecto objetivo, verificamos que a definição perde em muito a sua vulnerabilidade. O interesse, tomado não como “o meu” ou “o seu” interesse, mas tendo em vista os valores gerais da sociedade, não há dúvida de que é elemento integrante do direito subjetivo, de vez que este expressa sempre interesse de variada natureza, seja econômica, moral, artística etc. Muitos criticam ainda esta teoria, entendendo que o seu autor confundiu a finalidade do direito subjetivo com a natureza.

➤ **Teoria Eclética** – Georg Jellinek ( 1851-1911 ), jurisconsulto e publicista alemão, considerou insuficientes as teorias anteriores, julgando-as incompletas. O direito subjetivo não seria apenas vontade, nem exclusivamente interesse, mas a reunião de ambos. O direito subjetivo seria “o bem ou interesse protegido pelo reconhecimento do poder da vontade”. As críticas feitas isoladamente à teoria da vontade e à do interesse foram acumuladas na presente.

➤ **Teoria de Duguit** – Seguindo a linha de pensamento de Augusto Comte, que chegou a afirmar que “dia chegará em que nosso único direito será o direito de cumprir o nosso dever... Em que um Direito Positivo não admitirá títulos celestes e assim a ideia do direito subjetivo desaparecerá...”, Léon Duguit ( 1859-1928 ), jurista e filósofo francês, no seu propósito de demolir antigos conceitos consagrados pela tradição, negou a ideia do direito subjetivo, substituindo-o pelo conceito de função social. Para Duguit, o ordenamento jurídico se fundamenta não na proteção dos direitos individuais, mas na necessidade de manter a estrutura social, cabendo a cada indivíduo cumprir uma função social.

➤ **Teoria de Kelsen** – Para o renomado jurista e filósofo austríaco, a função básica das normas jurídicas é a de impor o dever e, secundariamente, o poder de agir. O direito subjetivo não se distingue, em essência, do Direito objetivo. Afirmou Kelsen que “o direito subjetivo não é algo distinto do Direito objetivo, é o Direito objetivo mesmo, de vez que quando se dirige, com a consequência jurídica por ele estabelecida, contra um sujeito concreto, impõe um dever, e quando se coloca à disposição do mesmo, concede uma faculdade”. Por outro lado, reconheceu no direito subjetivo apenas um simples reflexo de um dever jurídico, “supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica”.

### 2.3.2.2 Classificação dos Direitos Subjetivos

A primeira classificação sobre o direito subjetivo refere-se ao seu *conteúdo*, figurando, como divisão maior, a relativa do Direito Público e Direito Privado.

➤ **Direitos Subjetivos Públicos** – O direito subjetivo público divide-se em direito de liberdade, de ação, de petição e direitos políticos. Em relação ao direito de liberdade, na legislação brasileira, como proteção fundamental, há os seguintes dispositivos:

a) **Constituição Federal:** item II do art. 5º - “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” ( princípio denominado por *norma de liberdade*);

b) *Código Penal*: art. 146, que complementa o preceito constitucional – “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda – pena...” ( *delito de constrangimento ilegal* );

c) *Constituição Federal*: item LXVIII do art. 5º - “*Conceder-se-á habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

O *direito de ação* consiste na possibilidade de se exigir do Estado, dentro das hipóteses previstas, a chamada prestação jurisdicional, isto é, que o Estado, através de seus órgãos competentes, tome conhecimento de determinado problema jurídico concreto, promovendo a aplicação do Direito.

O *direito de petição* refere-se à obtenção de informação administrativa sobre o assunto de interesse do requerente. A Constituição Federal, no item XXXIV, *a*, do art. 5º, prevê tal hipótese. Qualquer pessoa poderá requerer aos poderes públicos, com direito à resposta.

É através dos *direitos políticos* que os cidadãos participam do poder. Por eles os cidadãos podem exercer as funções públicas tanto no exercício da função executiva, legislativa ou judiciária. Incluem-se, nos direitos políticos, os direitos de votar e de ser votado.

➤ ***Direitos Subjetivos Privados*** – Sob o aspecto econômico, os direitos subjetivos privados dividem-se em *patrimoniais* e *não-patrimoniais*. Os primeiros possuem valor de ordem material, podendo ser apreciados pecuniariamente, o que não sucede com os não-patrimoniais, de natureza apenas moral. Os patrimoniais subdividem-se em *reais*, *obrigacionais*, *sucessórios* e *intelectuais*. Os direitos reais – *jura in re* – são aqueles que têm por objeto um bom móvel ou imóvel, como o domínio, usufruto, penhor. Os obrigacionais, também chamados de crédito ou pessoais, têm por objeto uma prestação pessoal, como ocorre no mútuo, contrato de trabalho etc. Sucessórios são os direitos que surgem em decorrência do falecimento de seu titular e são transmitidos aos seus herdeiros. Finalmente, os direitos intelectuais dizem respeito aos autores e inventores, que têm o privilégio de explorar a sua obra, com exclusão de outras pessoas.

Os direitos subjetivos de caráter não-patrimonial desdobram-se em personalíssimos e familiares. Os primeiros são os direitos da pessoa em relação à sua vida, integridade corpórea e moral, nome etc. São também denominados *inatos*, porque tutelam o ser humano a partir do seu nascimento. Já os direitos familiares decorrem do vínculo familiar, como os existentes entre os cônjuges e seus filhos.

A segunda classificação dos direitos subjetivos refere-se à sua *eficácia*. Dividem-se em absolutos e relativos, transmissíveis e não transmissíveis, principais e acessórios, renunciáveis e não renunciáveis.

➤ ***Direitos absolutos e relativos*** – Nos direitos *absolutos* a coletividade figura como sujeito passivo da relação. São direitos que podem ser exigidos contra todos os membros da coletividade, por isso são chamados *erga omnes*. O direito de propriedade é um exemplo. Os relativos podem ser opostos apenas em relação a determinada pessoa ou pessoas, que participam da relação jurídica. Os direitos de

crédito, de locação, os familiares são alguns exemplos de direitos que podem ser exigidos apenas contra determinada ou determinadas pessoas, com as quais o sujeito ativo mantém vínculo, seja decorrente de contrato, de ato ilícito ou por imposição legal.

➤ **Direitos transmissíveis e não-transmissíveis** – Como os nomes indicam, os primeiros são aqueles direitos subjetivos que podem passar de um titular para outro, o que não ocorre com os não-transmissíveis, seja por absoluta impossibilidade de fato ou por impossibilidade legal. Os direitos personalíssimos são sempre direitos não-transmissíveis, enquanto os direitos reais, em princípio, são transmissíveis.

➤ **Direitos principais e acessórios** – Os primeiros são independentes, autônomos, enquanto que os direitos acessórios estão na dependência do principal, não possuindo existência autônoma. No contrato de mútuo, o direito ao capital é o principal e o direito aos juros é acessório.

➤ **Direitos renunciáveis e não renunciáveis** – Os direitos renunciáveis são aqueles que o sujeito ativo, por ato de vontade, pode deixar a condição de titular do direito sem a intenção de transferi-lo a outrem, enquanto que nos irrenunciáveis tal fato é impraticável, como se dá com os direitos personalíssimos.

### 2.3.2.3. Direito Subjetivo e Dever Jurídico

Só há dever jurídico quando há possibilidade de violação da regra social. Dever jurídico é a conduta exigida. É imposição que pode decorrer diretamente de uma norma de caráter geral, como a que estabelece a obrigatoriedade do pagamento de impostos, ou, indiretamente, pela ocorrência de certos fatos jurídicos de diferentes espécies: a prática de um ilícito civil, que gera o dever jurídico de indenização; um contrato, pelo qual se contraem obrigações; declaração unilateral de vontade, em que se faz uma determinada promessa. Em todos esses exemplos o dever jurídico deriva, em última análise, do ordenamento jurídico, que prevê consequências para essa variada forma de comércio jurídico. Devemos dizer, juntamente com Recaséns Siches, que “o dever jurídico se baseia pura e exclusivamente na norma vigente”. Consiste na *exigência que o Direito objetivo faz a determinado sujeito para que assuma uma conduta em favor de alguém*.

### 2.3.2.4. Origem e extinção do Dever Jurídico

Quanto ao conceito do dever jurídico, a doutrina registra duas tendências, uma que o identifica como *dever moral* e a outra que o situa como realidade de natureza estritamente normativa. A primeira corrente, a mais antiga, é difundida por correntes ligadas ao jusnaturalismo. Alves da Silva, entre nós, defende essa idéia: “obrigação moral absoluta de fazer ou omitir algum ato, conforme as exigências das relações sociais”, “...é obrigação moral ou necessidade moral, da qual só é capaz o ente moral”. O espanhol Miguel Sancho Izquierdo também segue essa orientação: “necessidade moral que o homem tem de cumprir a ordem jurídica” e também é neste sentido a definição de Rodrigues de Cepeda, citada por Izquierdo: “necessidade moral de fazer ou omitir o necessário para a existência da ordem social”.

A tendência moderna, contudo, é a comandada por Hans Kelsen, que identifica o dever jurídico com as expressões normativas do Direito objetivo: “o dever jurídico não é mais que a individualização, a particularização de uma norma jurídica aplicada a um sujeito”, “um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta

conduta é prescrita pela ordem social”. Com muita ênfase, Recaséns Siches expressa essa mesma opinião: “o dever jurídico se funda única e exclusivamente na existência de uma norma de Direito Positivo que o impõe: é uma entidade pertencente estritamente ao mundo jurídico”.

A doutrina moderna, sobretudo através de Eduardo García Máynes, desenvolveu a teoria segundo a qual o sujeito do dever jurídico possui também o direito subjetivo de cumprir a sua obrigação, isto é, de não ser impedido de dar, *fazer* ou *não-fazer* algo em favor do sujeito ativo da relação jurídica.

O dever jurídico nasce e se modifica em decorrência de um fato jurídico *lato sensu* ou por imposição legal, identicamente ao que se sucede com o direito subjetivo. Normalmente a extinção do dever jurídico se dá com o cumprimento da obrigação, mas pode ocorrer também por força de um fato jurídico *lato sensu* ou determinação da lei.

#### 2.3.2.5. Espécies de Dever Jurídico

Em função de certas características que pode apresentar, o dever jurídico classifica-se de acordo com os seguintes critérios:

➤ ***Dever Jurídico Contratual e Extracontratual*** – Contratual é o dever que decorre de um acordo de vontades, cujos efeitos são regulados em lei. As partes, atendendo aos interesses, vinculam-se através de contrato, onde definem seus direitos e deveres. O dever jurídico contratual pode existir a partir da celebração do contrato ou do prazo determinado pelas partes, podendo ficar sujeito à condição suspensiva ou resolutiva. O motivo determinante de um acordo de vontade é a fixação de direitos e deveres. Normalmente os contratos estabelecem uma cláusula penal, para a hipótese de violação do acordo. O descumprimento de um dever jurídico ocasiona, então, o nascimento de um outro dever jurídico, qual seja o de atender à consequência prevista na cláusula penal. O dever jurídico extracontratual, também denominado *obrigação aquiliana*, tem por origem uma norma jurídica. O dano em um veículo, por exemplo, provocado por um abaloamento, gera direito e de ver para as partes envolvidas.

➤ ***Dever Jurídico Positivo e Negativo*** – Dever jurídico positivo é aquele que impõe ao sujeito passivo da relação uma obrigação de *dar* ou *fazer*, ao passo que o dever jurídico negativo exige sempre uma *omissão*. A generalidade do Direito Positivo cria deveres jurídicos comissivos, enquanto que o Direito Penal, em sua quase totalidade, impõe deveres *omissivos*.

➤ ***Dever Jurídico Permanente e Transitório*** – Nos deveres jurídicos permanentes a obrigação não se esgota com o seu cumprimento. Há relações jurídicas que irradiam permanentemente deveres jurídicos. Os deveres jurídico-penais, por exemplo, são ininterruptos. Transitórios ou instantâneos são os que se extinguem com o cumprimento da obrigação. O pagamento de uma dívida, v.g., faz cessar o dever jurídico do seu titular.

#### 2.3.2.6. Elementos do Direito Subjetivo

Os elementos fundamentais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto, a relação jurídica e a proteção jurisdicional.

**O Sujeito** - Em sentido estrito, “sujeito” é o titular de um direito subjetivo. É a pessoa a quem pertence ( ou cabe ) o direito. É o proprietário no direito de propriedade, o credor nas obrigações, o Estado na cobrança de tributos, o requerente nas ações judiciais. O titular do direito não é o único “sujeito” na relação jurídica. Toda a relação jurídica é intersubjetiva, supõe, pelo menos, dois sujeitos: um sujeito ativo, que é o titular do direito, a pessoa que pode exigir a prestação; um sujeito passivo, que é a pessoa obrigada a realizar a prestação ( positiva ou negativa ).

*Sujeito de direito e pessoa* - O sujeito dos direitos e dos deveres jurídicos chama-se pessoa, escreve Coviello. “Pessoas são todos os seres capazes de adquirir direitos e contrair obrigações”, define o Código Civil argentino. O direito admite duas espécies fundamentais de pessoas: físicas e jurídicas. “Pessoas físicas” são os homens considerados individualmente. “Pessoas jurídicas” são as instituições ou entidades, capazes de ter direitos e obrigações como as associações, fundações, sociedades civis e comerciais, autarquias e o próprio Estado.

Ao conceito de “sujeito passivo” ligam-se as noções de “dever jurídico” e de “prestação” que constituem importantes categorias jurídicas. O sujeito passivo tem o “dever jurídico” de observar determinada conduta, que pode consistir em um ato ou abstenção. O dever jurídico distingue-se do moral, porque este não é exigível e aquele é. O dever jurídico se caracteriza por sua exigibilidade. Ao dever jurídico do sujeito passivo corresponde sempre a exigibilidade ou poder de exigir do sujeito ativo.

**Objeto** - O vínculo existente na relação jurídica está sempre em função de um objeto. As relações jurídicas são estabelecidas visando a um fim específico. A relação jurídica criada pelo contrato de compra e venda, por exemplo, tem por objeto a entrega da coisa, enquanto que no contrato de trabalho o objeto é a realização do trabalho. É sobre o objeto que recai a exigência do sujeito ativo e o dever do sujeito passivo.

Ahrens, Vanni e Coviello, entre outros juristas, distinguem objeto de conteúdo da relação jurídica. O objeto, também denominado *objeto imediato*, é a coisa em que recai o poder do sujeito ativo, enquanto que conteúdo, ou *objeto mediato*, é o fim que o direito garante. O objeto é o meio para se atingir o fim, enquanto que o fim garantido ao sujeito ativo denomina-se conteúdo. Flóscolo da Nóbrega, com clareza, exemplifica: “na propriedade, o conteúdo é a utilização plena da coisa, o objeto é a coisa em si; na hipoteca, o objeto é a coisa, o *conteúdo* é a garantia à dívida; na empreitada, o conteúdo é a realização da obra, o objeto é prestação do trabalho; numa sociedade comercial, o conteúdo são os lucros procurados, o objeto é o ramo de negócio explorado.”

O objeto da relação jurídica recai sempre sobre um bem. Em função deste, a relação pode ser *patrimonial* ou *não-patrimonial*, conforme apresente um valor pecuniário ou não. Há autores que identificam o elemento econômico em toda espécie de relação jurídica, sob o fundamento de que a violação do direito alheio provoca uma indenização em dinheiro. Conforme observa Icílio Vanni, há um equívoco porque na hipótese de danos morais, o ressarcimento em moeda se apresenta apenas como um sucedâneo, uma compensação que tem lugar apenas quando a ofensa à vítima acarretar prejuízo, direta ou indiretamente, em seus interesses econômicos. A indenização não é medida pelo valor do bem ofendido, mas pelas consequências decorrentes da lesão ao direito.

A doutrina registra, com muita divergência, que o poder jurídico de uma pessoa recai sobre:

- a) a própria pessoa ;
- b) outras pessoas;
- c) coisas.

Quanto à possibilidade de o poder jurídico incidir sobre a própria pessoa, alguns autores a rejeitam, sob a alegação de que não é possível, do ponto de vista da lógica jurídica, uma pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e objeto da relação. Tendo em vista o progresso da ciência, que tornou possíveis conquistas extraordinárias, como a de um ser vivo ceder a outro um órgão vital, parte de seu corpo, em face do elevado alcance social e moral que esse fato apresenta, entendemos que a Ciência do Direito não pode recusar essa possibilidade, devendo, sim, a lógica jurídica render-se à lógica da vida.

A maior parte da doutrina revela-se contrária quanto à possibilidade de o poder jurídico recair sobre outra pessoa, destacando-se, nesse sentido, as opiniões de Luis Legaz y Lacambra e Luis Recásens Siches. Entre nós, Miguel Reale admite que uma pessoa possa ser objeto de direito, sob a justificativa de que “tudo está em considerar a palavra 'objeto' apenas no sentido lógico, ou seja, como a razão em virtude da qual o vínculo se estabelece. Assim a lei civil atribui ao pai uma soma de poderes e deveres quanto à pessoa do filho menor, que é a razão do instituto do pátrio poder”.

**A Relação Jurídica** – Seguindo a lição de Del Vecchio, podemos definir a relação jurídica como o vínculo entre pessoas, por força do qual uma pode pretender um bem a que outra é obrigada. Estão aí contidos os elementos fundamentais da estrutura de um direito subjetivo: ele é essencialmente uma relação jurídica ou um vínculo entre uma pessoa ( sujeito ativo ), que pode pretender ou exigir um bem, e outra pessoa ( sujeito passivo ), que é obrigada a uma prestação ( ato ou abstenção ).

Pode-se afirmar que a doutrina das relações jurídicas teve início a partir dos estudos formulados por Savigny no século passado. De uma forma clara e precisa, o jurista alemão definiu relação jurídica como “um vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada”. Em seu entendimento, toda relação jurídica apresenta um *elemento material*, constituído pela relação social, e outro *formal*, que é a determinação jurídica do fato, mediante regras do Direito.

Fatos jurídicos, na famosa definição de Savigny, são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem, transformam-se e terminam. Esse o sentido amplo do termo. Nesse caso, fato jurídico abrange:

- a) fatores naturais, alheios à vontade humana, ou para os quais a vontade concorre apenas indiretamente, como o nascimento, a morte, a inundações etc;
- b) ações humanas, que podem ser de duas espécies: atos jurídicos, como o contrato, o casamento, o testamento, que produzem efeitos jurídicos de acordo com a vontade do agente; atos ilícitos, como a agressão, o excesso de velocidade, o furto etc., que produzem efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente.

Além da concepção de Savigny, para quem a relação jurídica é sempre um vínculo entre pessoas, há outras tendências doutrinárias. Para Cicala, por exemplo, a relação não se opera entre os sujeitos, mas entre estes e a norma jurídica, pois é a força desta que se estabelece o liame. A norma jurídica seria, assim, a mediadora entre as



partes. Alguns juristas defenderam a tese de que a relação jurídica seria um nexo entre a pessoa e o objeto. Este foi o ponto de vista defendido por Clóvis Beviláqua: “Relação de direito é o laço que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito”. Modernamente esta concepção foi abandonada, principalmente em face da teoria dos sujeitos, formulada por Roguim. As dúvidas que havia em relação ao direito de propriedade foram dissipadas pela exposição desse autor. A relação jurídica nessa espécie de direito não seria entre o proprietário e a coisa, mas entre aquele e a coletividade de pessoas, que teria o dever jurídico de respeitar o direito subjetivo.

Na concepção de Hans Kelsen, chefe da corrente normativista, a relação jurídica não consiste em um vínculo entre pessoas, mas entre dois fatos enlaçados por normas jurídicas. Como exemplo, figurou a hipótese de uma relação entre um credor e um devedor, afirmando que a relação jurídica “significa que uma determinada conduta do credor e uma determinada conduta do devedor estão enlaçadas de um modo específico em uma norma de direito...”

No plano filosófico, há a indagação se a regra de Direito cria a relação jurídica ou se esta preexiste à determinação jurídica. Para a corrente jusnaturalista, o Direito apenas reconhece a existência da relação jurídica e lhe dá proteção, enquanto o positivismo assinala a existência da relação jurídica somente a partir da disciplina normativa.

**Proteção Jurisdicional** – O direito subjetivo ou a relação jurídica são tutelados pelo Estado, através de uma proteção especial, representada, de uma forma geral, pelo ordenamento jurídico e, particularmente, pela “sanção”. Essa proteção jurídica pode ser conceituada numa perspectiva objetiva ou subjetiva.

Objetivamente, proteção é a garantia assegurada ao direito pela possível ou efetiva intervenção da força de que dispõe a sociedade. Subjetivamente, a proteção jurídica se traduz pelo poder conferido ao titular de exigir de outrem o respeito ao seu direito.

A proteção é representada fundamentalmente pela *sanção*, que pode ser definida como a “consequência jurídica que atinge o sujeito passivo pelo não cumprimento da sua prestação”, ou, na formulação de Eduardo García Máynes “Sanção é a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”. A sanção é uma “consequência”. Pressupõe um “dever”, que não foi cumprido.

A “sanção” não se confunde com a “coação”. “Sanção” é a consequência da não prestação, estabelecida pela ordem jurídica. “Coação” é a aplicação forçada da sanção”. No caso do não cumprimento de um contrato, a “sanção” mais frequente é a multa contratual. Se a parte culpada se recusar a pagá-la, pode ser obrigada a fazê-lo por via judicial, que pode chegar à penhora de seus bens: é a coação.

Com maior frequência, a sanção atua apenas psicologicamente como possibilidade ou ameaça. A coação como execução forçada só se realiza excepcionalmente. A coação é um meio empregado em última instância, quando a lei foi desrespeitada.

A *ação judicial* - ou, na linguagem jurídica usual, simplesmente, a ação - é o meio normal de se promover concretamente a aplicação da garantia que a ordem jurídica assegura aos direitos subjetivos.

O Direito Constitucional moderno faz da ação um direito público subjetivo: o direito de ação ou direito à jurisdição. A esse direito corresponde, da parte do Estado, o dever jurídico de julgar, dever jurisdicional, isto é, de dizer o direito, dar sentença. A Constituição brasileira assegura esse direito nos termos seguintes: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” ( art. 5º, XXXV ).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra igualmente o direito de ação: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” ( art. VIII ).

O direito de ação se apresenta sob suas modalidades fundamentais: ação civil, ação penal. Em ambas temos o mesmo instituto jurídico, que é o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado.

A ação penal é o direito de invocar o Poder Judiciário para aplicar norma de direito penal.

Ação civil é o mesmo direito relativamente à aplicação das normas do direito civil, comercial, trabalhista ou quaisquer outras estranhas ao direito penal.

### ❖ Conceitos Gerais

#### ✓ **Direito Positivo e Direito Natural:**

Direito positivo é o conjunto de regras jurídicas em vigor num determinado país e numa determinada época. Direito natural é a ideia abstrata do direito, ou seja, aquilo que corresponde ao sentimento de justiça da comunidade. O direito positivo, por exemplo, não obriga ao pagamento de duplicata prescrita, ao passo que para o direito natural esse pagamento seria devido e correto.

#### ✓ **Direito Objetivo e Direito Subjetivo:**

Direito objetivo é a regra social obrigatória imposta à coletividade, é norma geral da ação humana (“norma agendi”). Direito subjetivo é a faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor (“facultas agendi”).

#### ✓ **Direito Público e Privado:**

#### ***Direito Público***

É aquele ramo do direito que regula as relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos, em que o Estado intervém com o seu poder de autoridade, ou poder soberano.

Exemplo: quando o Estado cria os impostos intervém munido do seu poder de autoridade.

#### ***Ramos do Direito Público***

Direito constitucional direito penal, direito administrativo, direito econômico, direito fiscal, direito internacional público.

O direito fiscal é um ramo de direito público, porque quando o Estado cria um determinado imposto, as relações jurídicas que se estabelecessem entre o Estado e os particulares, o Estado aparece investindo com o seu poder soberano, com o poder o poder de autoridade sobre os particulares.

### ***Direito Privado***

É aquele ramo do direito que regula as relações jurídicas dos cidadãos entre si, ou entre os cidadãos e o Estado, em que o Estado atua sem o seu poder de autoridade, atua em pé de igualdade com os cidadãos.

### ***Ramos do Direito Privado***

Direito civil (direito comum), direito comercial, direito do trabalho, direito internacional privado.

Por exemplo:

O Estado pretende arrendar um imóvel a um particular, para nele instalar determinado serviço.

O Estado pretende comprar um automóvel a um particular.

Aqui o Estado vai celebrar um contrato de arrendamento ou um contrato de compra e venda, em pé de igualdade com o senhorio ou com o vendedor.

Portanto o Estado neste caso atua como se fosse um particular.

### **✓ Direito Nacional e Internacional:**

O direito nacional é o existente dentro de um determinado país, não exorbitando as fronteiras de seu território. Direito internacional público é um conjunto de normas que regulam as relações entre os Estados membros da comunidade internacional e organismos análogos, bem quanto aos indivíduos. Direito internacional privado é o conjunto das normas internas de cada país instituídas especialmente para definir se a um determinado caso se aplicará a lei local ou a lei de um outro país.

### 3. Fontes do Direito

Fontes do Direito em sentido técnico-jurídico, consiste nos modos de formação e revelação das normas jurídicas num determinado ordenamento jurídico.

As fontes do direito podem-se distinguir em:

- **Fontes Imediatas ou Diretas do Direito**

São aquelas que criam normas jurídicas.

- **Fontes Mediatas ou Indiretas do Direito**

São aquelas que não criam normas jurídicas, mas contribuem para a sua formação.

São enumeradas tradicionalmente quatro fontes do direito:

- **A Lei;**
- **O Costume;**
- **A Jurisprudência;**
- **A Doutrina.**

Como iremos ver de seguida, o Código Civil estabelece nos artigos 1.º a 4.º disposições sobre as fontes do direito e considera a lei como única fonte imediata do direito em contraposição aos usos (art.º 3º) e equidade (artº4º) cuja força vinculativa provém da lei, ou seja, os usos e equidade só têm relevância jurídica, quando a lei o determine.

Portanto, temos:

A lei como fonte imediata do direito

Os usos e a equidade são fontes mediatas do Direito

#### 3.1. A Lei

A lei é considerada uma fonte imediata do direito, e para alguns autores ela é a única fonte imediata admissível, para outros autores e, ao lado da Lei, o costume também é fonte imediata do direito.

No entanto, o art. 1º do CC acolhe a LEI como a única fonte imediata do Direito.

Portanto a lei como fonte imediata do direito, cria normas jurídicas, com carácter vinculativo emanadas do órgão dotado de competência legislativa.

Art. 1º (fontes imediatas do direito)

1. São fontes imediatas do direito as leis [.....];

2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes;

Neste artigo 1º a lei é empregue em sentido amplo.

O termo lei pode ter vários significados:

- Tem o significado de ordenamento jurídico, como por exemplo no art. 13º/1 CRP, onde se consagra que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei

- Tem o significado de ato legislativo (lei [ato legislativo da AR] ou Decreto-lei [ato legislativo do Governo]) como por exemplo no art. 103º/2 CRP, onde se consagra que os impostos são criados por lei,.....

- Tem o significado de norma jurídica, como por exemplo no art. 205º/1 onde se refere "As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei."

- Tem o significado de Direito

E tem ainda o significado de diploma legislativo.

Para se compreender verdadeiramente o termo lei temos que ter em conta a distinção entre os vários sentidos em que a lei se apresenta:

### **3.1.2. Lei em Sentido Amplo**

Refere-se a qualquer diploma que consagre normas jurídicas emanadas dos órgãos estaduais competentes, pela Assembleia da República, Governo, Assembleia Legislativa Regional dos Açores e da Madeira, das Assembleias Municipais, e das Freguesias, ou seja, leis, decretos-lei, regulamentos, portarias, decretos legislativos regionais e posturas.

Resumindo, a lei em sentido amplo abrange todos os diplomas que consagram normas jurídicas.

### **3.1.3. Lei em Sentido Restrito (lei propriamente dita)**

Refere-se aos diplomas emanados pela Assembleia da República (LEI)

- **Distinção entre Lei e Decreto-Lei**

- ✓ **Lei** – diploma emanado pela Assembleia da República

- ✓ **Decreto-Lei** – diploma emanado pelo Governo.

- **Distinção entre Lei Constitucional e Lei Ordinária.**

- ✓ **Lei Constitucional Originária** - É a lei que cria a constituição.

✓ **Lei Constitucional Derivada** (lei de revisão) - É a lei que altera a Constituição.

### 3.2. LEI ORDINÁRIA

São todos os restantes diplomas emanados pelo poder legislativo (Lei da Assembleia da República, decreto-lei do Governo)

Podemos definir LEI como uma norma jurídica criada e imposta na sociedade emanada de uma autoridade competente

Vimos os tipos ou categorias de leis, que fazem parte do Direito português.

Agora vamos ver como as leis se fazem e como cessa a sua vigência.

O Estado goza de três poderes distintos:

- **Poder legislativo:** Exercido pela Assembleia da República e pelo Governo, (artigos 161.º, 164.º, 165.º e 198.º da CRP)

- **Poder executivo** (administrativo): Exercido pelo Governo. (artigos 199.º e 266.º e artigos seguintes)

- **Poder judicial:** Exercido pelos tribunais. (artigos 202.º e seguintes da CRP)

A Lei emerge do poder legislativo.

Vamos apenas ter presente as leis da Assembleia da República os decretos-leis e os decretos-regulamentares do Governo

Em certas matérias só pode legislar a Assembleia da República, é a reserva absoluta de competência legislativa (art.º 164.º da CRP).

Noutras matérias pode legislar a Assembleia da República ou o Governo com autorização dela, através duma lei de autorização, é reserva relativa de competência legislativa. (art.º 165.º da CRP).

Estão neste último caso a criação de impostos conforme i) do n.º 1 do citado art.º 165.

Portanto a Assembleia da República tem competência para fazer leis e o Governo tem competência para fazer decretos-leis e bem assim competência regulamentar exercida através de decretos-regulamentares; resoluções do Conselho de Ministros; portarias e despachos normativos.

### 3.3. Feitura das Leis.

O processo legislativo de elaboração das leis compreende as seguintes fases:

- **Elaboração;**
- **Aprovação;**

- **Promulgação;**
- **Publicação;**
- **Entrada em Vigor.**

### **3.3.1. Elaboração**

Em primeiro lugar há que elaborar o texto da lei.

Na Assembleia da República, a elaboração e aprovação da lei obedece a certas formalidades que estão reguladas e previstas na constituição.

Só pode iniciar o processo legislativo, quem tiver competência de iniciativa legislativa:

"A iniciativa da lei compete aos Deputados, aos Grupos Parlamentares e ao Governo...." (art. 167º/1 CRP).

A seguir à elaboração segue-se a discussão e votação (art. 168º CRP).

A elaboração e votação dos decretos-lei e dos decretos regulamentares por parte do Governo é informal.

### **3.3.2. Aprovação**

Aprovação das leis por maioria na Assembleia da República e os decretos-leis por maioria em Conselho de Ministros.

### **3.3.3. Promulgação**

As leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares carecem de promulgação do Presidente da República, (art.º 134.º b) da CRP.

A falta de promulgação determina a inexistência do ato. (art.º 137.º da CRP)

A **promulgação** é o ato pelo qual o Presidente da República atesta solenemente a existência da norma e intimida à sua observância

### **3.3.4. Publicação**

A lei para poder ser aplicada tem que ser conhecida e para ser conhecida tem que ser publicada e a sua publicação faz-se no Diário da República, nos termos do artigo 119º CRP, do artigo 5º/1 CC e da lei 74/98 de 11 de Novembro.

Com a publicação, a lei passa a ser obrigatória, isto não significa que ela seja desde logo aplicável, há ainda a necessidade de estabelecer o começo da sua vigência.

### **3.3.5 Entrada em Vigor**

Depois da lei ser publicada no Diário da República para a sua entrada em vigor, existe um espaço de tempo. O número 2 do art. 5º CC, dispõe o seguinte:

"Entre a publicação e a vigência da lei decorrerá o tempo que a própria lei fixar ou, na falta de fixação, o que for determinado em legislação especial."

A este tempo que medeia entre a publicação e a entrada em vigor da lei, chama-se "*Vacatio Legis*".

Quando é que uma lei entra em vigor?

Esta matéria está regulada na lei 74/98 de 11 de Novembro.

(art. 1º) Publicação

1 - .....

2 - A data do diploma é a da sua distribuição

3 - O Diário da República é distribuído no dia correspondente ao da sua data.

(art.2º) Vigência

1 - Os atos legislativos.....entram em vigor no dia neles fixado, não podendo em caso algum, o início da vigência verificar-se no próprio dia da publicação.

2 - Na falta de fixação do dia, .....,entram em vigor no 5º dia após a publicação.

3 - A entrada em vigor.....ocorrerá, nas regiões Autônomas dos Açores e da Madeira no 15º dia após a publicação e em Macau e no estrangeiro no 30º dia.

4 - Os prazos referidos nos números anteriores contam-se a partir do dia imediato ao da publicação do diploma, ou da efetiva distribuição, se esta tiver sido posterior.

Por exemplo:

O Diário da República distribuído hoje tem a data de hoje, os diplomas nele publicados têm a data de hoje que corresponde à data da publicação.

Assim, se uma lei publicada no Diário da República de hoje, (01/10/99) fixar uma data para entrar em vigor, por exemplo, esta lei entra em vigor no dia 30/10/99.

Será nessa data que essa lei entra em vigor.

Se uma lei também publicada no Diário da República de hoje não fixar a data de sua entrada em vigor, esta lei entra em vigor no continente no 5º dia após a publicação, não se contando o dia da publicação (o dia de hoje).

### **3.4.CESSAÇÃO DA VIGÊNCIA DAS LEIS**

A lei mantém-se em vigor até que algo a faça cessar a sua vigência.

Como é que a lei deixa de vigorar?

É o mesmo que dizer quando é que a lei deixa de produzir efeitos jurídicos?

Esta matéria é tratada no art. 7º do CC.



A lei pode deixar de vigorar por:

**- Caducidade;**

**- Revogação;**

Outra realidade diferente e que não põe termo à vigência da lei, é a suspensão de vigência de lei, ou seja, a lei suspensa continua a existir na ordem jurídica, só que não produz quaisquer efeitos.

### **3.4.1 - Caducidade**

Consiste no termo de vigência da lei em consequência de um fato superveniente, que pode ser a própria lei prever uma data de cessação de vigência, ou um prazo de duração (leis temporárias).

Ou ainda pelo desaparecimento definitivo da realidade a que a lei se aplicava. Como por exemplo se desaparecesse completamente as espécies cinegéticas no nosso país, a lei da caça deixava de vigorar.

### **3.4.2.Revogação**

Consiste no termo da vigência da lei em consequência da entrada em vigor de uma lei nova de valor hierárquico igual ou superior.

A revogação pode ser:

- **Revogação Expressa**

Quando a lei nova declara quais os preceitos que deixam de vigorar. Por exemplo quando a lei nova diz que são revogados ou os artigos de uma lei ou decreto-lei, quando a lei nova diz que determinado diploma é revogado.

- **Revogação Tácita**

É quando a lei nova é incompatível com a lei anterior, neste caso prevalece a lei posterior. Cabe ao intérprete a descoberta dessa incompatibilidade. Por exemplo: posteriormente a uma lei que estabelece um prazo de 5 anos para propor certa ação, é publicada outra lei fixando para o mesmo efeito, o prazo de três anos.

### **3.4.3. O Costume**

O costume é prática de uma conduta social reiterada e constante, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade pela comunidade.

O costume é constituído por dois elementos essenciais que devem estar sempre presentes sob pena de não ser costume:

Corpus (usus) – uma prática social reiterada e constante.

Animus- a convicção da respectiva obrigatoriedade, como se estivesse a obedecer a uma norma geral e abstrata.

Do ponto de vista da lei, o costume pode ser de três espécies:

- **Costume Secundum Legem** (segundo a lei)

O costume confirma ou interpreta. A lei Portuguesa ignora-o, o que significa que não o considera relevante.

- **Costume Praeten Legem** (para além da lei)

O costume regula aspectos não regulados pela lei. O nosso código civil no artigo 10º não alude ao costume como meio de integração de lacunas da lei, logo não é admitido no Direito Português.

- **Costume Contra Legem** (o costume contrário à lei)

O costume cria uma regulamentação contrária à lei. Este costume não é admitido no ordenamento jurídico Português, porque se o fosse, implicaria a cessação da vigência da lei. E a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei (art. 7º CC).

O código Civil Português exclui o costume como fonte imediata de direito e nem sequer o reconhece como meio de integração das lacunas da lei.

O legislador apenas admitiu que os usos tinham relevância jurídica quando a lei para ele remete e portanto nunca contra a lei - fonte mediata de Direito (art. 3º/1 CC).

Aliás, quando na lei civil nos aparece a referência ao costume é mais no sentido de uso, como por exemplo no art. 737º/1 a), 1400º/1 etc.

Diferente do costume é o uso, ou seja, o uso é prática reiterada de uma conduta a que falta a convicção da respectiva obrigatoriedade (o animus).

É admitido o número de disposições com referência aos usos (por exemplo art. 885º/2 CC).

No direito internacional público, o costume é uma importante fonte de direito

Art. 8º CRP (Direito Internacional)

1.As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2.[.....]

Por força do art. 8º/1 CRP, o costume internacional vigora diretamente na ordem jurídica interna Portuguesa, pelo simples fato de vigorar na ordem internacional (recepção automática).

### 3.5. Jurisprudência

Jurisprudência é o conjunto de decisões (*sentenças e acórdãos*) proferidas pelos tribunais ao fazerem a interpretação e aplicação da lei aos casos concretos que lhe são submetidos.

Tipos de decisões judiciais:

- **Sentenças** - São as decisões proferidas pelos tribunais singulares, ou seja, decisões proferidas por um único juiz;

- **Acórdãos** - São as decisões proferidas por tribunais coletivos, que são constituídos por três juízes.

A Jurisprudência é apenas uma fonte mediata do Direito por apresentar um papel de relevo como contributo para a formação de normas jurídicas, cuja criação fica reservada ao poder legislativo (Assembleia da República e Governo)

Para que a Jurisprudência constituísse fonte imediata do Direito era necessário que criasse Direito através da orientação seguida pelos tribunais nas decisões de casos concretos e individuais de forma a que vinculasse todos os outros tribunais a julgarem de igual modo situações idênticas.

Na verdade, não vigora a regra do precedente, ou seja, a decisão proferida por um tribunal não vincula o próprio tribunal, nem os demais tribunais quando do julgamento de casos futuros semelhantes.

As decisões dos tribunais só vinculam o caso concreto sobre o qual é proferido a decisão do tribunal.

Os tribunais apenas estão sujeitos à Constituição e à Lei.(art. 203º CRP e art. 8º C.C.).

Excepcionalmente existem decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral que criam Direito, são situações em que o tribunal constitucional aprecia e declara a inconstitucionalidade ou ilegalidade de certas normas, com força obrigatória geral (art. 281º e 282º CRP).

Os juízes são independentes e não têm que decidir como eles próprios ou outros o fizeram anteriormente.

Os Tribunais de instância inferior não têm que julgar em conformidade com decisões de instâncias superiores.

Apenas em caso de recurso (*reapreciação da decisão judicial por outro tribunal hierarquicamente superior*) é que a decisão proferida pelo tribunal superior vincula face à decisão recorrida, não valendo já para outros casos semelhantes.

É de salientar, que há uma hierarquia judiciária: juízes superiores e inferiores, mas deve-se ter em atenção, que esta hierarquia difere da hierarquia administrativa. A hierarquia administrativa traduz-se no poder dos superiores darem ordens aos inferiores, o que tal não acontece na hierarquia judiciária, justamente pela aplicação do princípio da independência dos juízes.

### **3.5.1. Papel Importante Desempenhado Pela Jurisprudência**

No entanto a jurisprudência desempenha um papel importante, sobretudo a proveniente dos tribunais superiores, em que os acórdãos têm um peso efetivo nas decisões futuras, muitas das vezes são referidos ou citados, quando se entende que o novo caso sob julgamento é análogo ao que foi decidido por um desses acórdãos. Em todo o caso não vinculam os tribunais, mas contribuem para aquilo que se chama a jurisprudência uniformizada, a fim de se atingir maior segurança nas decisões e evitar desperdício da atividade jurisprudencial em casos semelhantes.

## **3.6. Doutrina**

Doutrina é o conjunto de estudos, opiniões e pareceres dos juristas sobre a forma adequada de interpretação, integração ou aplicação do Direito.

Juristas são juristas qualificados, em geral, professores nas Universidades.

A doutrina consta de tratados, manuais, comentários às leis (códigos) e à jurisprudência, monografias e estudos jurídicos vários.

A doutrina não é considerada fonte imediata ou direta do Direito uma vez que ela não cria normas jurídicas e por conseguinte não tem caráter vinculativo.

A doutrina é uma fonte mediata do direito, apesar de não criar Direito, tem uma importante relevância prática na revelação do próprio Direito, dado que as opiniões dos Juristas contribuem para esclarecer o sentido e o alcance de determinadas normas jurídicas e ajudam a matar algumas omissões na lei.

Uma outra relevância importante da Doutrina é a influência que ela exerce na feitura das leis, nas decisões judiciais e na atuação da administração pública.

### **3.6.1. Aspectos Relevantes da Doutrina**

#### **➤ Na Feitura das Leis (criação do Direito)**

Os estudos do professor Manuel de Andrade na feitura do Código Civil;

Os projetos, as lições, as críticas à jurisprudência do Professor Marcelo Caetano no Direito Administrativo;

A influência do Professor Diogo Freitas do Amaral na feitura do código de Procedimento Administrativo;

Os projetos, as lições do Professor Eduardo Correia na feitura do Código Penal;

O projeto, as lições do professor Leite de Campos na feitura do atual código da Lei Geral Tributária.

#### **➤ Nas Decisões Judiciais**

Apesar da doutrina não ter caráter vinculativo nem força obrigatória para os tribunais nem para os particulares, tem no entanto uma força persuasiva que é tanto maior quanto maior for o prestígio reconhecido ao seu autor e à sua reputação no mundo jurídico.

Por vezes é usual documentarem-se processos em tribunal com pareceres sobre matéria jurídica emitidos pelos juristas.

#### **➤ Na Atuação da Administração Pública**

No Direito Tributário, em particular, vamos encontrar doutrina nos manuais, nos comentários dos vários códigos fiscais, nas instruções (circulares, ofícios-circulares, ofícios circulados, etc.) emanados pela administração fiscal. É de salientar que estas instruções da Administração Fiscal vinculam apenas os funcionários, não tendo caráter vinculativo para os tribunais nem para os contribuintes.

## **4– CONTRATOS**

### **4.1 CONCEITO**

Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica, entre ambos, consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes.

“O contrato é o acordo das vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Em face de tal conceito, o âmbito do contrato não se circunscreve apenas ao direito das obrigações, estendendo-se aos outros ramos do direito privado e mesmo ao direito público. Todavia uma parte considerável da doutrina procura limitar o conceito de contrato, em sentido estrito, aos ajustes que constituam, regulam ou extingam relações patrimoniais.

#### **4.1.1. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

O contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, através da transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos.

O contrato vai ser o instrumento imprescindível e o elemento indispensável à circulação dos bens. E não há exagero em se dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa.

#### **4.1.2. FUNDAMENTO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS**

Uma vez ultimado, o contrato liga as partes concordantes, estabelecendo um vínculo obrigacional entre elas, algumas legislações vão a ponto de afirmar que as convenções legalmente firmadas transformam-se em lei entre as partes.

O homem deve manter-se fiel às suas promessas, em virtude da lei natural que compele a dizer a verdade. Pode calar-se ou falar. Mas, se fala, e falando promete, a lei o constringe a cumprir tal promessa. A seu ver só esse sistema consegue explicar de maneira satisfatória a gênese contratual.

Com efeito é a lei que torna obrigatório o cumprimento do contrato. E o faz compelir aquele que livremente se vinculou a manter sua promessa, procurando, desse

modo, assegurar as relações assim estabelecidas.

O contrato se aperfeiçoa pela coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais da vontade. Se estas se externarem livre e conscientemente, se foram obedecidas as prescrições legais a lei as faz obrigatórias, impondo a reparação das perdas e danos para a hipótese de inadimplemento.

#### **4.1.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DA VALIDADE DO CONTRATO**

São elementos constitutivos do ato jurídico:

- a) a vontade manifestada através da declaração;
- b) a idoneidade do objeto;
- c) a forma, quando se substância do ato.

Verificamos, também, constituírem seus pressupostos de validade:

- a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio;
- b) a liceidade do objeto;
- c) a obediência à forma, quando prescrita em lei.

O fator novo, elementar ao conceito, é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.

#### **4.2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS**

A classificação é um processo lógico, por meio do qual, estabelecido um ângulo de observação, o analista encara um fenômeno determinado, agrupando suas várias espécies conforme se aproximem ou se afastem uma das outras. Sua finalidade é acentuar as semelhanças e dessemelhanças entre as múltiplas espécies, de maneira a facilitar a inteligência do problema em estudo.

Para que a classificação seja adequada, faz-se mister a presença de duas condições, a saber: a) que não deixe resíduos, isto é, que, uma vez determinada, todas as espécies caibam numa das categorias estabelecidas; b) que as espécies classificadas numa rubrica mais se afastem, do que se aproximem, das espécies classificadas em outra.

Se encarmos os contratos tendo em consideração a sua natureza, podemos classificá-los em: a) unilaterais e bilaterais; b) onerosos e gratuitos; c) cumulativos e aleatórios; d) causais e abstratos.

Se tivermos em vista a maneira como se aperfeiçoam, podemos distinguir os contratos em consensuais e reais, e solenes e não solenes.

Se nos ativermos à tradicional divisão, tendo em vista o fato de a lei lhes atribuir, ou não, um nome e lhes sistematizar as regras, podemos separar os contratos em nominados e inominados.

Considerados uns em relação aos outros, os contratos se classificam em principais e acessórios.

Tendo em vista o tempo em que devem ser executadas, separam-se em contratos de execução instantânea e contratos de execução diferida no futuro.

Quando ao seu objeto, pode-se ainda distinguir o contrato definitivo do contrato preliminar.

Finalmente quando se tem em vista a maneira como são formados, cumpre separar os contratos paritários dos contratos de adesão.

#### **4.2.1.CONTRATOS UNILATERAIS E BILATERAIS**

A terminologia ora empregada poderá provocar alguma perplexidade, pois, conforme já foi visto, o contrato é, por definição mesmo, um ato bilateral.

Ao classificarmos os atos jurídicos distinguimos os negócios unilaterais e bilaterais. Os primeiros se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, como ocorre com o testamento, enquanto os segundos dependem da conjugação da vontade de duas ou mais pessoas, para se completarem, como se dá na hipótese dos contratos. Portanto, aqui se tem em vista o momento da formação do ato jurídico.

Quando se fala entretanto, em contratos bilaterais ou unilaterais, considera-se o fato de o acordo de vontade entre as partes criar, ou não, obrigações recíprocas entre elas. Se a convenção faz surgir obrigações recíprocas entre os contratantes, diz-se bilateral o contrato. Se produz apenas obrigações de um dos contratantes para com o outro, chama-se unilateral.

Assim, a compra e venda é um contrato bilateral. Enquanto o depósito é um contrato unilateral. O que é relevante considerar, no contrato bilateral, é que a prestação de cada uma das partes tem por razão de ser, e nexó lógico, a prestação do outro contratante. Melhor se diria que a obrigação de um contratante tem como causa a prestação do outro contratante. Cada uma das partes é a um tempo credora e devedora da outra, e a reciprocidade acima apontada constitui a própria característica desta espécie de negócio.

O contrato unilateral, ou o contrato com prestação a cargo de uma só das partes, embora envolva duas partes e duas declarações de vontade, coloca apenas um dos contratantes na posição de devedor; são unilaterais, entre outros, o mandato, o comodato, o mútuo e o depósito, pois uma vez aperfeiçoados, tais contratos só envolvem obrigações para o mandatário, o comodatário, o mutuário e o depositário.

A distinção entre estas duas espécies de contrato é de enorme relevância, porque variam os efeitos do ato conforme o ajuste seja bilateral ou unilateral. Assim, a expectio non adimpleti contractus, ou seja, a “exceção do contrato não cumprido”, é peculiar às

convenções sinalagmáticas; também, a cláusula resolutiva tácita é inerente ao contrato bilateral e estranha ao unilateral, pois, como aquele, as prestações são recíprocas; o inadimplemento por parte de um contraente confere ao outro a prerrogativa de promover a resolução do negócio; finalmente, conforme seja unilateral ou bilateral o contrato, variará por sua vez a solução da lei quanto aos riscos advindos da força maior ou caso fortuito.

#### **4.2.2. CONTRATOS ONEROSOS E GRATUITOS**

Diz-se a título oneroso o contrato quando uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, ao qual corresponde uma vantagem que pleiteia; assim, por exemplo, na troca, um dos permutantes oferece uma coisa, para obter outra; na locação o inquilino paga o preço, para obter o uso pacífico da coisa; no segundo o segurado paga o prêmio, para se garantir contra os riscos futuros, etc. no contrato oneroso, o

sacrifício feito e a vantagem almejada estão em relação de equivalência, equivalência esta de caráter subjetivo.

Diz-se a título gratuito, o contrato, quando somente uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, enquanto a outra apenas obtém um benefício. O exemplo típico do contrato gratuito é a doação sem encargo. Através desse ajuste uma pessoa transfere bens ou vantagens de seu patrimônio a outra, que os aceita (CC, art. 1165). Ele envolve sempre uma liberalidade.

A presente classificação oferece, igualmente, enorme interesse, porque, em numerosos casos, a proteção outorgada ao contratante que recebe a título gratuito é menos importante que a conferida a quem obtém a título oneroso. Pois aqui incide a regra, segundo a qual, havendo de escolher entre o interesse de quem procura assegurar um lucro (qui certat de lucro captando), e o de quem busca evitar um prejuízo (qui certat de damno vitando), é o interesse desse último que o legislador prefere. Assim, por exemplo:

a) a responsabilidade pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deve ser apreciada com maior indulgência, só a determinando, em regra, se se caracterizar o dolo do autor da liberalidade. Aqui o beneficiário só procura assegurar um lucro.

b) O doador não está sujeito à evicção (CC, art. 1179), que por disposição expressa da lei só se aplica aos contratos onerosos (CC, art. 1107); nem está sujeito às ações decorrentes da existência de vícios redibitórios – amenos que se trate de doação gravada de encargo –, pois a responsabilidade por tais vícios só pode decorrer de contrato comutativo que, como veremos, é espécie de contrato oneroso.

c) Diferente é a posição do legislador, em matéria de fraude pauliana, conforme a alienação de bens efetuada pelo devedor insolvente, tenha se procedido a título gratuito ou oneroso. Na hipótese da alienação a título gratuito, a lei presume, de maneira irrefragável, o consilium fraudis e possibilita a revogação do ato, independentemente de maiores provas (CC, art. 106); enquanto, se a alienação se operar a título oneroso, a lei presume a boa-fé do adquirente e prestigia o negócio jurídico e prestigia o negócio jurídico, a menos que se prove o consilium fraudis, isto é, que o adquirente conhecia a insolvência do alienante, ou que tal insolvência era notória. No primeiro caso, a lei nega proteção ao adquirente a título gratuito, que apenas procura assegurar um ganho (qui



certat de lucro captando), enquanto no segundo ela tenta proteger o adquirente de boafé, que almeja evitar um prejuízo (qui certat de damno vitando).

#### **4.2.3. CONTRATOS COMUTATIVOS E ALEATÓRIOS**

Comutativo é o contrato bilateral e oneroso, no qual a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa. Assim, por exemplo, a locação de coisa. O locador pode, desde logo, verificar a importância que deve receber, enquanto o locatário, por sua vez, conhece o objeto cujo uso pacífico lhe será assegurado.

Aleatório é aquele contrato bilateral e oneroso em que pelo menos uma das partes não pode antecipar o montante da prestação que receberá, em troca da que fornece. Compra-se um risco, como no exemplo do seguro, em que o segurado, em troca do prêmio, pode vir a receber a indenização, se advier o sinistro, ou nada receber, se o mesmo incorrer.

Na idéia de comutatividade se insere, de um certo modo, a de equivalência das prestações. Porque é normal que, nas convenções de intuito lucrativo, cada parte só consista num sacrifício, se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente.

Todavia, o que em rigor caracteriza o contrato comutativo não é a equivalência das prestações, mas o fato de a respectiva vantagem ou sacrifício de qualquer das partes pode ser avaliado no próprio ato em que o contrato se aperfeiçoa.

O CC ao cuidar da evicção, restringe-a ao campo dos contratos comutativos; e nos arts. 1118 a 1121 cria um regime especial para os contratos aleatórios.

Ademais, só os contratos comutativos estão sujeitos à rescisão por lesão (nos regimes que a admitem), estando, por conseguinte, fora de sua alçada, os contratos aleatórios.

#### **4.2.4. CONTRATOS CASUAIS E ABSTRATOS**

Em geral as obrigações estão filiadas às causas que as geraram e o devedor, quando acionado, pode ilidir o pedido, se provar a inexistência da causa do contrato, ou se demonstrar que ele se inspira em causa ilícita ou imoral. Em princípio, o credor deve provar a existência do contrato, seu conteúdo, bem como a obrigação do réu, a fim de conseguir sua condenação no pedido. De modo que através desse procedimento demonstra ele uma relação de causa e efeito entre sua pretensão e a obrigação se seu contendor. Porque em regra, os contratos são casuais.

Portanto, contrato abstrato é aquele que tira sua força da própria forma externada, independentemente da causa que o gerou. O exemplo típico do contrato formal e abstrato era a stipulatio, do Direito Romano, onde a mera circunstância de alguém proferir as palavras solenes da fórmula o vinculava de maneira absoluta.

Entre nós poderíamos lembrar, para caracterizar um negócio abstrato, a cambial. A emissão da nota promissória, ou o aceite da cambial, em tese, vincula o responsável,

independente de qualquer discussão sobre a causa geradora da obrigação.

#### **4.2.5. CONTRATOS CONSENSUAIS E REAIS**

Consensuais são aqueles que se ultimam pelo mero consentimento das partes, sem necessidade de qualquer outro complemento; assim, por exemplo, a compra e venda de bens móveis, ou o contrato de transporte.

Reais são aqueles ajustes que dependem, para seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa, feita por um contratante ao outro. São contratos reais o comodato, o mútuo, o depósito, o penhor, a anticrese e as arras.

#### **4.2.6. CONTRATOS SOLENES E NÃO SOLENES**

Solenes são os contratos que dependem de forma prescrita em lei; não solenes, os de forma livre. Em regra, a forma dos atos jurídicos é livre. Todavia, para alguns atos a lei impõe determinada forma, não dando validade ao negócio a menos que ele se ultime por meio de tal solenidade.

#### **4.2.7. CONTRATOS NOMINADOS E INOMINADOS**

Contratos nominados ou típicos são aqueles a que a lei dá denominação própria e submete a regras que pormenoriza. O CC cuida de dezesseis contratos típicos, a saber: compra e venda, troca, doação, locação, , empréstimo, mandato, gestão de negócios, edição, representação dramática, sociedade, parceria rural, constituição de renda, seguro, jogo e aposta e fiança.

Inominados ou atípicos são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que soa permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico.

#### **4.2.8. CONTRATOS PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS**

Contrato principal é aquele cuja existência independe da existência de qualquer outro.

Contrato acessório é aquele que existe em função do principal e surge para lhe garantir a execução.

Aqui se aplica o preceito geral que determina seguir o acessório o principal. Dessa maneira, o contrato acessório depende da sina do principal. Exemplos típicos do contrato acessório são a fiança e as arras.

Se o contrato principal é nulo, ineficaz, igualmente será o acessório. Todavia a recíproca não ;e verdadeira.

#### **4.2.9. CONTRATOS DE EXECUÇÃO INSTANTÂNEA E DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO FUTURO.**

Considerando-se o tempo em que devem ser executados, distingue-se os contratos de execução instantânea dos contratos de execução diferida no futuro (contratos sucessivos).

Os primeiros são os que se cumprem pela execução efetuada por ambas as partes num só momento, como ocorre com a compra e venda a vista, com a permuta etc.

Os segundos são aqueles em que uma das partes (ou ambas) deve cumprir sua obrigação em tempo futuro.

Estes contratos podem se apresentar sob duas modalidades: a) é possível que as prestações devidas por uma ou ambas as partes, por sua própria natureza ou em virtude da natureza do contrato, só possam ser oferecidas futura e periodicamente, como, por exemplo, no contrato de locação de serviços; aí a obrigação do empregado e do patrão é contínua, e seu cumprimento se alonga no tempo; o mesmo ocorre no contrato de locação de imóveis, de fornecimento de matérias primas, etc., ou então, b) o fornecimento da prestação de um dos contratantes pode se fazer, por convenção entre as partes, através de pagamentos parcelados, como nas vendas a prazo; nelas o comprador recebe desde logo o objeto comprado, para pagá-lo em um determinado número de prestações futuras.

Tal distinção entre contratos de execução instantânea e contratos de execução diferida no futuro decorrem importantes consequências na ordem prática, dentre as quais vale a pena ressaltar as seguintes:

a) nos sistemas que admitem a revisão dos contratos pelo juiz, por acolherem a teoria da imprevisão, está só incide sobre os contratos de execução diferida no futuro, e não sobre os de execução instantânea. Aliás, já a velha cláusula rebus sic stantibus formulava a questão dentro desses termos: “Contractus qui habent tractu sucessivum et dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”.

b) Somente nos contratos instantâneos podem as partes exigir o cumprimento simultâneo das prestações; portanto, não se faculta ao contratante que deva produzir em primeiro lugar sua prestação, em contrato de execução diferida no futuro, defender-se pela exceptio non adimpleti contractus, recusando-se a cumprir sua obrigação, sob a alegação de que a outra parte não cumpriu a dela.

#### **4.2.10. CONTRATOS PRELIMINARES E DEFINITIVOS**

Tendo em vista seu objeto, podemos distinguir os contratos em definitivos e preliminares. O contrato definitivo tem por objeto, como é óbvio, criar vários tipos de obrigações para os contraentes. Assim, a compra e a venda impõe ao vendedor o mister de entregar a coisa e, ao comprador, o de entregar o preço; o contrato de locação de imóvel obriga o locador a garantir ao locatário o uso pacífico da coisa, e este a pagar um aluguel ao senhorio, etc. portanto, cada qual destes ajustes tem um objeto peculiar e as partes que a eles recorrem visam obter esse fim típico em questão.

Entretanto o contrato preliminar (pacto de contrahendo) é uma espécie de convenção, cujo objeto é sempre o mesmo, ou seja, a realização de um contrato

definitivo. Com efeito, o contrato preliminar tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo.

O contrato preliminar mostra-se portador de uma característica constante, isto é, a de ter por escopo, sempre, a realização de um contrato definitivo.

O motivo de sua enorme difusão na vida moderna se encontra na considerável utilidade prática que oferece, pois não raro, convém às partes, a quem interessa um contrato, adiar sua efetivação, sem risco de perdê-lo. Ora, lançando mão do contrato preliminar, asseguram os contratantes a possibilidade de ultimar oportunamente o negócio almejado, pois o ordenamento jurídico prestigia a convenção provisória, impondo o cumprimento da obrigação assumida. E, naturalmente, sanciona o inadimplemento desse ajuste.

A capacidade das partes para o contrato preliminar é a mesma que a requerida para o contrato definitivo; a exigência da liceidade do objeto é idêntica, em quaisquer ajustes.

Todavia a questão ganha complexidade quanto ao requisito forma, pois, enquanto muitos entendem que o contrato preliminar só vale quando efetuado na forma imposta para o definitivo, outros repelem tal entendimento, fundados em que tal exigência tiraria muito da utilidade do pacto de contrahendo. Aliás, nesta última hipótese, talvez se estivesse negando a própria existência do contrato preliminar.

Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 641. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração na emitida.

#### **4.2.11. CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO**

Contrato de adesão é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo no bloco ou recusa tudo por inteiro.

A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas das avenças e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A esse tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

Vamos encontrar, nessa espécie de contrato, uma restrição ainda mais extensa, ao princípio clássico da autonomia da vontade. Uma das partes não pode interferir nas

condições do contrato, que deve aceitar ou rejeitar em bloco. E não pode, tampouco, recusar o contrato, sob pena de ficar privada de serviços fundamentais para a vida moderna.

Para que o contrato de adesão se caracteriza como tal, mister se faz a presença de várias circunstâncias, a saber:

a) O negócio deve ser daqueles que envolvem necessidade de contratar por parte de todos, ou de um número considerável de pessoas. O exemplo do concessionário de eletricidade é característico.

b) O contratante mais forte deve desfrutar de um monopólio de direito ou de fato, ou seja, é mister que a procura exceda em tal proporção a oferta, que uns precisem comprar e os outros possam se recusar a vender.

c) É mister que os interesses em jogo o permitam. Isso ocorre quando há multiplicidade de situações uniformes, de maneira que a oferta é dirigida a uma coletividade.

Tentou-se minorar os efeitos porventura funestos do contrato de adesão. Regras de hermenêutica, aplicadas sensatamente, alcançaram, por vezes, tal efeito.

a) na dúvida o contrato deve ser interpretado contra quem o redigiu;

b) deve-se distinguir entre as cláusulas principais e acessórias;

c) as cláusulas impressas, por isso que chamam menos a atenção, devem ser preferidos à manuscritas, pois estas revelam o propósito de revogar as primeiras.

### **4.3. DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS**

O contrato, negócio jurídico que é, tem como substrato elementar a vontade humana. Ao analisá-la, dois momentos distintos podem ser apreciados: um momento subjetivo, psicológico, interno, representado pela própria formação do querer, e um momento objetivo, em que a vontade se reflete através da declaração.

Enquanto não se externa, mantendo-se oculta no espírito do homem, a vontade conserva-se ignorada de todos, não adquirindo, por conseguinte, relevância na vida dos negócios. Somente quando se manifesta de maneira séria, obrigante e definitiva é que vai repercutir no campo do direito, criando relações jurídicas. De maneira que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui o principal objeto de estudo, neste ensejo.

No geral, existe identidade entre a vontade e a declaração, pois as partes, em regra, conhecem o próprio desejo e o externam de maneira adequada.

#### **4.3.1. A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE**

O contrato, definido como ato bilateral, só se aperfeiçoa pela manifestação concordante da vontade dos contratantes. Tal manifestação, externada por uma

declaração, pode ser expressa ou tácita.  
(CC, art. 1079).

A manifestação da vontade é expressa quando se revela através do propósito deliberado, de uma das partes, de externar o seu pensamento em determinado sentido. Pode-se revelar através da palavra, escrita ou oral, como ainda por meio de gestos.

O consentimento é tácito quando provém de atos do agente, incompatíveis com a decisão contrária. Se, num contrato de doação, o donatário de um automóvel, sem declara que o aceita toma posse do veículo, há que se entender que aceitou a liberalidade.

#### **4.3.2. O SILÊNCIO COMO MANIFESTAÇÃO DA VONTADE**

Não se deve confundir consentimento tácito com efeito vinculativo do silêncio, pois este, não sendo nem afirmação nem negação, não pode ser considerado como manifestação tácita do querer. Por conseguinte, a expressão corrente, sendo a qual quem cala consente, não apresenta foros de juridicidade, pois, em rigor, quem cala não diz coisa nenhuma.

O problema que nessa matéria maior interesse provoca é o da eventual vinculação de quem recebe proposta acompanhada da coisa oferecida, com a cominação de devolver a mercadoria ou responder negativamente, caso não queira contratar, sob pena de, se o não fizer, interpreta-se sua atitude como anuência

Excepcionalmente, entretanto, tem-se admitido a função vinculadora do silêncio, quando, em virtude de circunstâncias especiais, a inércia de uma das partes deve ser compreendida como aceitação.

Diz-se então correr silêncio circunstanciado, ou qualificado. Isso se dá sempre que a lei, a vontade das partes ou o comportamento passado dos contratantes houver estabelecido para qualquer destes o dever de recusar expressamente oferta, sob pena de se imaginar que a aceitou.

Art. 2º O silêncio importa anuência quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deve ser interpretado.

#### **4.3.3. A FORMAÇÃO DO CONTRATO E AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES**

Forma-se o contrato pelo encontro concordante de duas declarações receptícias. Isso ocorre, portanto, quando a proposta emanada do proponente (também chamado peticitante), é aceita pela pessoa a quem foi dirigida, isto é oblato (oblato – pessoa a quem se dirige a proposta).

Todavia em muitos casos, o ajuste entre as partes é conseguido através de laboriosa fase pré contratual, em que os interessados, de transigência em transigência, vão eventualmente chagando a um acordo final. É o que os escritores chamam de período de pontuação. Trata-se em todo o caso, de uma fase de negociações preliminares, de um período pré contratual.

Em rigor, se as partes se encontram ainda na fase de negociações preliminares, por definição mesmo não contrataram, não se havendo estabelecido, entre elas, desse modo, qualquer laço convencional. Pois, se lançaram mão de tais discussões vestibulares, foi justamente para decidir se lhes convinha, ou não, contratar. De maneira que, se no curso do debate uma delas apura o inconveniente do negócio, é justo que dele deserte, recusando-se a prestar sua anuência definitiva. Nenhuma responsabilidade lhe pode daí advir, pois as negociações preliminares ordinariamente não obrigam os contratantes.

Todavia, o abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes. O início da fase de pontuação revela o propósito de contratar e cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio.

#### **4.3.4 A PROPOSTA**

A proposta é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o peticitante convida o oblato a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo. Se o contrato só se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, verdade é, entretanto, que a mera proposta contém uma declaração séria do peticitante. Ora, a força vinculante do contrato provém dessa declaração unilateral de cada uma das partes, que se obrigam a se atam a um negócio, porque assim o declaram. Daí determinar a lei ser a proposta vinculante. Com efeito, dispõe o art. 1080 do CC:

Art. 1080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Tal regra se firma na necessidade de assegurar a estabilidade das relações sociais. Com efeito, quem formula uma proposta de negócio provoca uma legítima expectativa junto à pessoa a quem a endereçou. De maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro contratante, que, de boa fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada. Por isso, a lei impõe ao peticitante o dever de manter sua proposta, sujeitando-o às perdas e danos em caso de inadimplemento.

Todavia hipóteses há em que a proposta deixa de ser obrigatória.

Deixa de ser obrigatória a proposta dirigida a pessoa presente quando, feita sem prazo, não for imediatamente aceita (a lei considera presentes as pessoas que contratam por telefone). O que vale dizer que, se prazo foi concedido para a resposta, o peticitante só se desvincula de sua oferta após o transcurso desse prazo, sem aceitação.

Em três hipóteses a proposta feita a pessoa ausente deixa de obrigar o proponente: a) se, formulada sem prazo, houver decorrido tempo suficiente para chegar a aceitação ao conhecimento do proponente; porque supõe a lei que, não havendo concessão de prazo para refletir, deve o recipiente da proposta resolver de pronto se a aceita ou recusa, respondendo incontinenti;

b) se, havendo concessão de prazo para a resposta, este se esgotar sem que a aceitação seja expedida;

c) se, antes da proposta, ou simultaneamente com ela, chegar ao conhecimento da outra parte a retração do proponente; porque, na hipótese, recebendo o oblato ao mesmo tempo a proposta e a retratação, não se cria, em seu espírito, aquela justa expectativa de contratar, que o legislador quer proteger.

#### **4.3.5. A ACEITAÇÃO**

A aceitação consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida.

Da análise deste conceito vê-se o mister da presença de dois requisitos para que da aceitação, como tal, derivem seus efeitos peculiares. Necessário se faz que ela: a) se formule dentro do prazo concedido na oferta, e b) corresponda a uma adesão integral à proposta.

Caso a manifestação da vontade do aceitante não se submeta a tais requisitos necessários, não se tratará de aceitação, mas de nova proposta, que não gerará os efeitos daquela, pois o primeiro proponente ficará desvinculado da obrigação de contratar.

Com efeito. Se o polícitante propõe um ajuste para ser aceito dentro de certo prazo, enquanto o mesmo não transcorrer estará o ofertante preso à proposta. Mas, esgotado esse intervalo, a oferta perde seu caráter obrigatório, alforriando-se o proponente da obrigação de cumpri-la. Se só então, e após o transcurso do prazo, o oblato concordar com o negócio, sua declaração não vale como aceitação, para o fim de obrigar o primeiro proponente, mas sim como nova proposta, que este aceitará, ou não, conforme lhe aprouver.

Da mesma maneira, se a declaração não corresponder a uma adesão integral aos termos da proposta, não constitui aceitação, mas nova proposta, de iniciativa do oblato. Daí decorre que se alteram as consequências do ato, pois o primeiro proponente recobra sua liberdade, só aceitando a oferta se lhe apetecer (CC, art. 1083).

A aceitação, em regra, expressa, pode operar tacitamente. A lei (CC, art. 1084) reconhece duas hipóteses de aceitação tácita, a saber: a) quando se tratar daqueles negócios em que se não costuma exigir aceitação expressa, isso ocorre, por exemplo, quando um comerciante remete habitualmente sua produção ao varejista que a recebe, vende e reembolsa o fornecedor. b) quando o proponente tiver dispensado a aceitação e a recusa não chegar a tempo.

Em duas hipóteses deixará a aceitação de gerar o aperfeiçoamento do contrato, desligando, por conseguinte, o proponente de qualquer obrigação. Isso ocorre:

I. Se a aceitação, embora expedida a tempo, por motivos imprevistos chegar tarde ao conhecimento do polícitante.

II. Se antes da aceitação, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante (CC, art. 1085). O contrato, neste caso, não se completa porque não chegou a se formar, visto não ter ocorrido a coincidência de vontade das partes

#### **4.3.6. DO DISTRATO E DA QUITAÇÃO**

O distrato é o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguir o vínculo



obrigacional estabelecido pelo contrato.

Todavia, o distrato só se faz necessário se os contratos ainda não houverem sido executados, ou se não haja expirado o prazo de sua vigência. Pois nestas hipóteses, supérfluo é o distrato.

A lei determina que o distrato se faça pela mesma forma que o contrato. Tal disposição não pode ser interpretada literalmente, no sentido de serem obrigadas as partes, exemplificativamente, a desfazer, por escritura pública, uma locação por tal instrumento ajustada. Na prática observa-se até distratos verbais de tais negócios.

Somente quando a lei prescrever forma determinada para o contrato, é que o distrato deve se revestir da mesma solenidade.

Se a lei é minuciosa na forma do distrato, é liberal quanto à da quitação, pois determina valer qualquer que seja sua forma (CC, art. 1093, 2ª parte). Aqui, ainda, a exegese não pode ser literal, pois conjugado o presente texto com a disposição do art. 940, daí deflui que deve a quitação ser dada por escrito. Isso porque tal dispositivo determina dever ela conter, além dos requisitos nele mencionados, a assinatura do credor. E esta só pode ser aposta em documento.

#### **4.4. CONCEITO DE ARRAS**

As arras, ou sinal, constituem a importância em dinheiro ou da coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contratantes, o direito de arrendimento.

Dá-se distinguir-se duas espécies de arras. De um lado, as arras confirmatórias. Cuja finalidade é demonstrar a existência da composição final das vontades; de outro, as arras penitenciais, que almejam assegurar às partes o direito de se desdizerem, mediante a perda do sinal, por quem o deu, ou a sua devolução em dobro, por quem o recebeu.

##### **4.4.1. NATUREZA JURÍDICA DAS ARRAS**

As arras constituem em pacto acessório ao contrato principal e de caráter real.

Acessório, porque sua existência e eficácia dependem da existência e eficácia do contrato principal. É inconcebível a ideia de arras, sem que se imagine um ajuste principal cuja obrigatoriedade seja revelada pelo sinal; ou então, sem que se refira a uma concordância, da qual as partes podem desertar, pela perda do sinal.

É real tal contrato, porque ele se aperfeiçoa pela entrega da coisa, por uma das partes à outra. A mera promessa de entrega de um sinal não gera os efeitos atribuídos pela lei ao ajuste arrasal, porque este depende, para sua eficácia, da entrega da coisa, acima referida.

Esta, afinal, é uma das diferenças entre as arras e a cláusula penal. Embora estes institutos tenham, por vezes, funções semelhantes (criar um reforço para o contrato,

sujeitando o inadimplente à perda da importância da pena, ou do sinal a qual correspondem às perdas e danos pré calculados), os dois institutos se diversificam, entre outras circunstâncias, pelo fato das arras envolverem a entrega, desde logo, da coisa ou cifra decorrente.

#### **4.4.2. AS FUNÇÕES DAS ARRAS**

As duas funções fundamentais das arras já foram enumeradas: função confirmatória e função penitencial.

Art. 1094. O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes, firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato.

Portanto, à falta de estipulação, as arras têm função meramente confirmatória. Assim, nenhuma das partes pode, legitimamente, se arrepender do negócio e o inadimplemento, por qualquer delas, sujeita-a à indenização das perdas e danos, com base no art. 1056 do CC.

É evidente que se o contrato se cumprir, a importância já entregue por um dos contratantes ao outro, a título de arras, passa a ser considerada como adiantamento do preço.

Entretanto, se a lei considera o sinal como confirmatório do ajuste, permite que, mediante expressa convenção das partes, adquiram as arras a função penitencial. Neste caso, a faculdade de arrependimento deflui não da natureza das arras, mas da avença entre os contraentes, nesse sentido. Diz o CC:

Art. 1095. Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependimento for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que a recebeu, restitui-las-á em dobro.

Nesta hipótese, a faculdade de arrependimento, mediante sacrifício do sinal, só é permitida se houver cláusula expressa. Este é o sentido da regra e a opinião da grande maioria dos julgados e juristas. A importância das arras representa cálculo prefixado das perdas e danos. Daí a razão pela qual não pode o inadimplente, que perdeu as arras penitenciais ou teve que devolvê-las em dobro, ser também condenado a reparar as perdas e danos. Porque, se não, o outro contratante receberia duas indenizações pelo mesmo prejuízo.

Ora, de acordo com os termos do art. 1097 do CC se o que deu arras rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro contratante. Por conseguinte, de acordo com a interpretação literal, a lei impõe como pena do inadimplente somente a perda das arras dadas, não facultando ao outro contratante a possibilidade de abrir mão do sinal, optando pela reclamação das perdas e danos. Nada mais diverso do que a cláusula penal, que representa benefício do credor. O que ocorre, apenas, é que tal artigo representa um aleijão dentro do capítulo, cuja sobrevivência de modo nenhum se justifica.

#### **4.5. DA COMPRA E VENDA**

Art. 1122. Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a

transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro

Defluem obrigações recíprocas para cada uma das partes. Para o vendedor a obrigação de transferir o domínio da coisa; para o comprador a de entregar o preço.

#### **4.5.1. O CARÁTER OBRIGACIONAL DA COMPRA E VENDA**

Os efeitos derivados do contrato são meramente obrigacionais, e não reais, pois a compra e a venda não transfere, por si só, o domínio da coisa vendida, mas gera apenas, para o devedor, a obrigação de transferi-lo.

Há mister de se recorrer a um procedimento complementar, ou seja, a um modo de adquirir a propriedade, que é a tradição.

O domínio se transfere não pelo contrato, mas pela tradição, se o objeto do negócio for móvel; e pela transcrição se imóvel.

#### **4.5.2. NATUREZA JURÍDICA**

A compra e venda é contrato consensual, sinalagmático, oneroso, em regra comutativo, em alguns casos sujeitos à forma prescrita em lei, porém, no mais das vezes, independentemente de qualquer solenidade.

É consensual - se aperfeiçoa pela mera coincidência de vontades sobre o preço e a coisa.

É sinalagmático - envolve prestações recíprocas de ambas as partes.

É oneroso - implica sacrifício patrimonial para ambos contratantes

A compra e venda, regra geral, é contrato comutativo, porque a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer uma das partes pode ser feita no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa.

Em regra a compra e venda independe de forma determinada. Nas compras e vendas de bens imóveis reclama a lei a forma da escritura pública. Nestes casos o contrato é solene. Naqueles não.

#### **4.5.3. ELEMENTOS DA COMPRA E VENDA**

O art. 1126 acima transcrito, considerando perfeita a venda desde que haja acordo sobre a coisa e sobre o preço, oferece os três elementos que compõem esse contrato: consensus, pretium e res.

O consentimento (consensus) deve recair sobre o objeto e sobre o preço, com a deliberação de alcançar o resultado que o contrato oferece: a aquisição da coisa e a transferência do preço. Daí o mister de distinguir a compra e venda do contrato preliminar de compromisso de compra e venda. O compromisso - por isso que é contrato preliminar - tem por objeto um futuro contrato de compra e venda; enquanto, neste último contrato, as partes se obrigam: uma, a transferir o domínio da coisa; outra,

o preço ajustado.

O preço (pretium) é o segundo elemento estrutural do negócio. Ele deve ser em dinheiro, pois, se o não for, caracteriza-se o contrato de troca e não o de compra e venda. Ademais deve ser sério, pois se for irrisório ou fictício não haverá compra e venda, mas talvez doação.

Mister se faz ainda que o preço seja determinado, ou determinável de maneira precisa. Assim, a lei permite que a fixação do preço fique a arbítrio de terceiro, contanto que os contratantes o designem desde logo, ou prometam designá-lo (CC, art. 1123); como também permite que se deixe tal fixação à taxa do mercado ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar (CC, art. 1124). O que não se possibilita,

entretanto, é que se deixe ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço (art. 1125).

A coisa (res) é o terceiro elemento básico do negócio. Em tese podem ser objeto de compra e venda todas as coisas que não estejam fora do comércio. Assim, escapam ao campo da compra e venda as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis.

a) Em tese, a venda de coisa alheia é nula, pois ninguém pode alienar o que é seu;

b) A venda de coisa futura é negócio lícito.

#### **4.5.4. CONSEQUÊNCIAS SUBSIDIÁRIAS DERIVADAS DA COMPRA E VENDA**

A) OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS: RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO E PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS - o alienante responde pela perda que o adquirente venha a sofrer ao ser privado da coisa comprada, em virtude de sentença judicial que atribui a terceiro; como também responde pelos vícios ocultos de que a coisa vendida por acaso seja portadora.

B) DESPESAS DO CONTRATO - o princípio da autonomia da vontade contratual faculta às partes a prerrogativa de ajustar o que entenderem a respeito, atribuindo a uma ou a outra parte provenientes do contrato. Em seu silêncio, entretanto, supre a lei, parcialmente, a omissão, dispondo que as despesas da escritura ficam a cargo do comprador e as da tradição, a cargo do vendedor (CC, art. 1129).

C) O PROBLEMA DOS RISCOS - até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador, o legislador nada mais faz do que aplicar o princípio segundo o qual res perit domino, isto é, a coisa perece em poder do seu dono. Exceção a tal princípio se apresenta quando o comprador está em mora de receber a coisa comprada.

O comprador ainda não é dono, pois não se procedeu a tradição. Não obstante sofre os riscos da coisa. A exceção se funda na idéia de que a mora do credor não pode agravar a responsabilidade do devedor.

D) A QUESTÃO DA GARANTIA - a compra e a venda, como contrato bilateral que é, implica a existência de prestações recíprocas entre as partes, prestações que se têm por causa uma da outra, o vendedor se dispõe a abrir mão da coisa para obter o preço; o comprador concorda em privar-se do preço para obter a coisa. Por conseguinte, não se havendo ajustado o prazo, a permuta das prestações deve ser simultâneo, pois só dessa maneira se obtém absoluta garantia de que o contratante que recebe sua prestação cumprirá a que lhe compete.

Art. 1130 não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa. O vendedor desfruta de uma garantia mais ampla que o comprador.

O art. 1092 permite ao contratante, que deva prestar em primeiro lugar, o sobrestamento da prestação, desde que ocorra diminuição no patrimônio do outro, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual o mesmo se obrigou; enquanto o art. 1131 só permite a sustentação da entrega da coisa vendida a prazo, se o comprador cair em insolvência.

De maneira que, embora as regras se inspirem em preocupação de igual natureza, o legislador pretendeu ser mais rigoroso na compra e venda que nos demais contratos, pois condicionou a retenção da coisa vendida a prazo à prova da insolvência do comprador.

#### **4.5.5. EXPEDIENTES PARA GARANTIA DO VENDEDOR**

##### **A) COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA**

O compromisso de venda e compra, como contrato preliminar que é, tem por objeto um contrato futuro de venda e compra. Assim sendo, pode ser definido como ajuste de vontades, por meio do qual os contratantes prometem, reciprocamente, levar a efeito uma compra e venda.

Na compra e venda, o vendedor se obriga a transferir o domínio e este efetivamente se transfere, com a transcrição do título no registro de Imóveis. Todavia, na mera promessa bilateral de venda e compra, o promitente vendedor apenas promete que, no futuro, e se receber o preço, venderá o imóvel pretendido. De modo que continua titular do domínio, o qual será de futuro transferido. Tal posição constitui, obviamente, excelente garantia para o vendedor.

Ora, o compromisso de compra e venda apresenta-se como instrumento ideal para esse negócio especulativo, pois, além de dispensar algumas das formalidades do contrato definitivo e oferecer praticamente a mesma segurança, não estava sujeito ao imposto de transmissão "inter vivos".

A promessa unilateral de venda, conhecida sob o nome de opção, é aquela em que uma pessoa se obriga a vender certo bem a outra, dentro de certo prazo e por determinado preço, se o beneficiário quiser comprar. Nota-se que aqui só o promitente vendedor se obriga, fato que marca a unilateralidade do ato jurídico.

A promessa unilateral de compra, negócio raro na prática, dá-se quando uma pessoa se obriga a adquirir determinado bem da outra, por preço certo e dentro de prazo

determinado, se esta o quiser vender.

A promessa bilateral, ou seja, o compromisso recíproco de venda e compra, envolve a vinculação de ambos os contratantes: um que promete vender - compromitente vendedor; outro, que promete comprar - compromissário comprador.

O contrato de compromisso de compra e venda, cujo fim é a outorga de um contrato definitivo, gera para as partes uma obrigação de fazer recíproca: a de passarem um contrato definitivo - a compra e venda.

As obrigações de fazer eram insuscetíveis de execução compulsória, o inadimplemento de tal obrigação, ao ver da maioria dos autores, sujeitava o faltoso apenas à reparação das perdas e danos, com o apoio do art. 1056 do CC.

Aliás, quando a promessa fosse de negócio que só pudesse ser provado por instrumento público, a própria lei de feria aos promitentes a prerrogativa de se desdizerem, mediante indenização de perdas e danos. É a regra que se encontra no art. 1088 do CC.

Por conseguinte, não se cogita da execução direta desse tipo de obrigação de fazer.

Aos poucos, entretanto, foram se difundindo os contratos com cláusula de irretratabilidade, ou seja, contratos, em que as partes renunciavam à prerrogativa de se arrependerem.

Quando a obrigação de fazer consistisse na emissão de uma declaração da vontade, era ela suscetível de execução direta, pois a sentença que reconhecesse a obrigação passava a substituir a declaração que não fora emitida.

Essa evolução veio atender a um reclamo de segurança nos negócios imobiliários, impostos pela necessidades de prática.

## B) VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

Na venda com reserva de domínio, o alienante, embora tendo transferido ao adquirente a posse da coisa alienada, conserva o domínio sobre a mesma até ser pago da totalidade do preço

A utilização mais intensa das vendas com reserva de domínio coincidiu com a multiplicação dos negócios a prestação

A conexão entre os dois fenômenos - difusão dos contratos de venda com reserva de domínio, a par do aumento das vendas a prestação - decorre de que aquela modalidade de negócio constitui, igualmente, um elemento de garantia do alienante, que retém o domínio da coisa vendida, até ser pago da totalidade do preço. De modo que, se o preço não foi integralizado no tempo devido, o vendedor pode reivindicar a coisa ou se reintegrar em sua posse, porque conserva condição de dono, e o comprador inadimplente perde a legitimação para detê-la.

Instrumento que garante o vendedor, constitui a cláusula de reserva de domínio elemento incentivador do crédito e consumo.

Larga é a controvérsia sobre a natureza jurídica da venda com reserva de domínio, prevalecendo a opinião de se tratar de venda condicional, que se aperfeiçoa pelo advento de um fato futuro e incerto, ou seja, a pagamento de preço.

Se para valer entre as partes basta que a venda com reserva de domínio se ultime por escrito, deve o contrato ser registrado, para ter eficácia erga omnes.

O inadimplemento da obrigação de pagar as prestações devidas, por parte do comprador, abre para o vendedor uma dupla via: a) pode este pleitear o pagamento das obrigações vencidas e vincendas; ou b) pode considerar desde logo rescindido o contrato e pleitear a reintegração na posse.

a) deixando o comprador de pagar no vencimento uma das prestações, a lei considera vencidas as outras, competindo ao vendedor, mediante ação que couber ao título vencido, cobrar umas e outras.

b) Se entretanto, em face ao inadimplemento do devedor, o credor preferir reaver a coisa, poderá, igualmente, fazê-lo. Iniciará sua ação com o pedido prévio de apreensão e depósito da coisa, o qual lhe será deferido independentemente da audiência do comprador, para evitar que o mesmo a aliene, esconda ou deteriore.

### C) ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico através do qual o adquirente de um bem móvel transfere o domínio do mesmo ao credor que emprestou o dinheiro para pagar-lhe o preço, continuando, entretanto, o alienante a possuí-lo pelo constituto possessório, resolvendo-se o domínio do credor, quando for ele pado de ser crédito.

Nota-se que mediante o constituto possessório o adquirente continua na posse direta do veículo, por exemplo, transferindo-se para o financiador apenas a titularidade do domínio e a posse indireta. A propriedade adquirida pelo financiador é resolúvel, pois no momento em que for satisfeito de seu crédito, o seu domínio se resolve, e a propriedade plena do veículo se reintegra no patrimônio do adquirente. A garantia representada pela alienação fiduciária é absolutamente satisfatória, pois é representada pelo próprio domínio da coisa, bem como pela posse indireta, que é transferida pelo financiador, ao financiador. Este é dono. É certo que sua propriedade não é plena, posto que resolúvel (CC, art. 525), mas a plenitude do domínio será por ele alcançada no momento em que caracterizar a inadimplência do financiado.

De modo que. Ocorrendo esta, ou seja, se o financiado deixar de pagar as prestações por ele devidas, a coisa alienada fiduciariamente se integra inexoravelmente no patrimônio do credor, dando-lhe o ensejo de obter a posse direta da mesma, para o fim de vendê-la e pagar-se de seu crédito. Se examinarmos a natureza jurídica do instituto, verificaremos tratar-se de compra e venda feita sob condição resolutiva. O negócio se aperfeiçoa desde logo e gera todos os seus efeitos. Resolvendo-se se ocorrer o evento futuro e incerto representado pelo pagamento do débito pelo devedor.

Comprovada a mora no pagamento de uma das prestações, as demais se vencem por antecipação e o credor pode, desde logo, requerer a busca e apreensão da coisa, a qual será concedida liminarmente.

## **5 . DIREITO TRIBUTÁRIO**

### **5.1 - DEFINIÇÃO**

**CONSTITUIÇÃO** – é considerada a Lei máxima e fundamental do Estado. Ocupa o ponto mais alto da hierarquia das Normas Jurídicas. Por isso recebe nomes enaltecidos que indicam essa posição de ápice na pirâmide de Normas: **Lei Suprema, Lei Maior, Carta Magna, Lei das Leis** ou **Lei Fundamental**.

**TRIBUTO** – é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não se constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

**IMPOSTO** - é classificado como um tributo não vinculado, por possuir uma hipótese de incidência cuja materialidade independe de qualquer atividade estatal (art. 160 do CTN).

**TAXA** – é um tributo vinculado diretamente, por possuir a sua hipótese de incidência consistente numa ação estatal diretamente referida ao contribuinte (art. 77 do CTN). Está relacionada a prestação de serviço público ou exercício do poder de polícia, que beneficia o próprio contribuinte e a sua cobrança aparece como uma contraprestação, apesar de serem juridicamente denominados de taxas, podem receber outras denominações como: tarifas, contas, preços públicos ou passagens.

**CONTRIBUIÇÃO POR MELHORIA** – é um tributo vinculado indiretamente, por possuir uma hipótese de incidência consistente numa atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte (art. 81 do CTN). Está relacionada a realização de obras públicas, que traz benefício para o público em geral e não apenas o contribuinte dessa contribuição.

**DIREITO FINANCEIRO** – é um conjunto de regras jurídicas que disciplinam a atividade dos órgãos do Poder Judiciário e das pessoas que com eles entram em contato ou que lhes prestam colaboração. É a atividade estatal destinada a conseguir



meios para acudir às necessidades públicas, ou seja, são os meios para o Estado desempenhar as suas atividades fim

**DIREITO TRIBUTÁRIO ou FISCAL** – é o conjunto das leis reguladoras da arrecadação dos tributos (taxas, impostos e contribuição de melhoria), bem como de sua fiscalização. Regula as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e contribuinte no que se refere à arrecadação dos tributos.

Cuida dos princípios e normas relativas à imposição e a arrecadação dos tributos, analisando a relação jurídica (tributária), em que são partes os entes públicos e os contribuintes, e o fato jurídico (gerador) dos tributos. O objeto é a obrigação tributária, que pode consistir numa obrigação de dar (levar o dinheiro aos cofres públicos) ou uma obrigação de fazer ou não fazer (emitir notas fiscais, etc.)

O Direito Tributário é uma barreira contra o arbítrio, que poderia ser demandado pelos governantes, na ânsia de querer usurpar toda e qualquer riqueza proveniente do indivíduo e/ou da sociedade de forma ditatorial, vingativa, sem critérios, pois, apenas através da lei e de nenhuma outra fonte formal é que se pode criar ou aumentar impostos de forma racional, porque o Estado tem a obrigação de prever os seus gastos e a forma de financiá-los.

Devido a sua intensa atividade financeira envolvendo despesas e a sua contrapartida receitas, a conservação dos bens públicos, o patrimônio, o controle monetário, o orçamento público, demandam a necessidade de arrecadação de tributos, para garantir o seu meio de subsistência, para dirigir a economia e direcioná-la para o bem estar social.

O Estado, assim como qualquer indivíduo, necessita de meios econômicos para satisfazer as suas atividades, sendo que o indivíduo, de modo geral, tem entre as suas fontes de arrecadação de recursos, a venda da sua mão-de-obra, enquanto que o Estado para o cumprimento das suas obrigações, a obtém através da tributação do patrimônio dos particulares, sem contudo efetuar uma contraprestação equivalente ao montante arrecadado.

A Constituição Federal trata da questão tributária de forma genérica e a sua forma mais abrangente encontra-se na lei complementar, conhecida como Código

Tributário Nacional. O sistema constitucional tributário está contido no Título VI, "da tributação e do orçamento", abrangido pelos artigos 145 a 169.

O Direito Tributário tem um relacionamento muito forte com o Direito Constitucional, principalmente no que tange aos direitos individuais.

## **5.2 – TRIBUTAÇÃO, DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**

Todo o direito tributário brasileiro está embasado no poder imperial do Estado, distribuído entre as pessoas jurídicas do direito público como a União, os Estados membros, os Municípios e o Distrito Federal, todos autônomos, submetidos às regras constitucionais, onde compete o poder para cobrar e exigir tributos, tendo como contrapartida as pessoas físicas e jurídicas, com o dever de pagar os tributos, de forma que não contrarie os direitos e garantias individuais, que tem aplicação imediata e se sobrepõem sobre os demais direitos.

Em matéria de tributação o Estado exige como obrigação principal dos indivíduos o pagamento de forma incontestada do que lhe é devido, apesar de não ter o retorno em forma de melhoria da qualidade de vida equivalente ao tributo pago.

## **5.3 - PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO**

### **5.3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio fundamental do sistema tributário é a legalidade, pois, não há tributo que não seja preconizado pela lei formal e material, que descreva a hipótese da incidência, a base de cálculo etc., com a identificação do sujeito ativo e passivo. A legalidade desse princípio encontra-se descrito no artigo 150, parágrafo I, que diz o seguinte: "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

### **5.3.2. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE DA LEI**

O princípio da irretroatividade não permite que a criação de tributos seja retroativa a data da promulgação ou então, no mesmo exercício financeiro da publicação da lei, por ferir um princípio do direito adquirido, entretanto, se for para beneficiar os indivíduos, sua aplicação pode retroagir, desde que não fira os direitos de terceiro.

### **5.3.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA**

É o princípio basilar, pois, os tributos criados são pagos por todos de forma uniforme e proporcional a riqueza gerada decorrente de rendimentos, patrimônio e atividades econômicas do contribuinte, isentando-se apenas os contribuintes que não possuem rendimento suficiente para o seu sustento, capacidade econômica ou impossibilidade de pagamento, evitando o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

### **5.3.4. PRINCÍPIO DO DIREITO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL**

É o direito dado aos indivíduos de buscar o Poder Judiciário, quando houver a criação de algum tributo que contrarie algum fundamento constitucional, ou então, ache o tributo indevido, ilegal ou arbitrário. Também é consagrado o direito de ampla defesa, para comprovar as licitudes dos atos tributários.

### **5.3.5. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO**

São os enquadramentos e a tipificação dos crimes relativos ao Direito Tributário, como a sonegação fiscal, apropriação indébita de tributos etc., a pessoalidade da pena e seus desdobramentos como: a perda dos bens, multa, privação ou restrição da liberdade, suspensão ou interdição de direitos etc.

### **5.3.6. PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE**

Proibição da cobrança de tributos com distinção ou preferência em favor de qualquer pessoa jurídica de direito público, como também em razão da sua procedência ou destino.

## **5.4 - COMPETÊNCIA DOS IMPOSTOS**

### **5.4.1. UNIÃO**

Encontra-se delegada para a União a competência de criação e alteração destacada do seguinte: Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Há também os impostos sobre exportação e importação; sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; grandes fortunas, sobre ouro, empréstimos compulsórios e contribuições sociais, imposto extraordinário de guerra e de calamidade pública.

#### **5.4.2. ESTADOS E DISTRITO FEDERAL**

Foram delegados os seguintes impostos: transmissão "causa mortis" e doação de bens e direitos; relativas a circulação de mercadorias (incidindo sobre minerais, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica) e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (transmissão e recepção de mensagens escritas, faladas, visuais, através de rádio, telex, televisão etc.); propriedade de veículos automotores; adicional de até 5% sobre imposto de renda.

#### **5.4.3. MUNICÍPIOS**

Na distribuição dos impostos, coube aos municípios os seguintes: sobre a propriedade predial e territorial urbana; sobre transmissão "intervivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis (como a venda, permuta, compra, transferência de financiamentos, exceto hipoteca, incorporação de patrimônio, fusão, cisão, extinção de pessoa jurídica); sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel; sobre serviços de qualquer natureza



## Hino Nacional

Ouviram do Ipiranga as margens plácidas  
De um povo heróico o brado retumbante,  
E o sol da liberdade, em raios fúlgidos,  
Brilhou no céu da pátria nesse instante.

Se o penhor dessa igualdade  
Conseguimos conquistar com braço forte,  
Em teu seio, ó liberdade,  
Desafia o nosso peito a própria morte!

Ó Pátria amada,  
Idolatrada,  
Salve! Salve!

Brasil, um sonho intenso, um raio vívido  
De amor e de esperança à terra desce,  
Se em teu formoso céu, risonho e límpido,  
A imagem do Cruzeiro resplandece.

Gigante pela própria natureza,  
És belo, és forte, impávido colosso,  
E o teu futuro espelha essa grandeza.

Terra adorada,  
Entre outras mil,  
És tu, Brasil,  
Ó Pátria amada!  
Dos filhos deste solo és mãe gentil,  
Pátria amada, Brasil!

Deitado eternamente em berço esplêndido,  
Ao som do mar e à luz do céu profundo,  
Fulguras, ó Brasil, florão da América,  
Iluminado ao sol do Novo Mundo!

Do que a terra, mais garrida,  
Teus risonhos, lindos campos têm mais flores;  
"Nossos bosques têm mais vida",  
"Nossa vida" no teu seio "mais amores."

Ó Pátria amada,  
Idolatrada,  
Salve! Salve!

Brasil, de amor eterno seja símbolo  
O lábaro que ostentas estrelado,  
E diga o verde-louro dessa flâmula  
- "Paz no futuro e glória no passado."

Mas, se ergues da justiça a clava forte,  
Verás que um filho teu não foge à luta,  
Nem teme, quem te adora, a própria morte.

Terra adorada,  
Entre outras mil,  
És tu, Brasil,  
Ó Pátria amada!  
Dos filhos deste solo és mãe gentil,  
Pátria amada, Brasil!

## Hino do Estado do Ceará

Poesia de Thomaz Lopes  
Música de Alberto Nepomuceno  
Terra do sol, do amor, terra da luz!  
Soa o clarim que tua glória conta!  
Terra, o teu nome a fama aos céus remonta  
Em clarão que seduz!  
Nome que brilha esplêndido luzeiro  
Nos fulvos braços de ouro do cruzeiro!

Mudem-se em flor as pedras dos caminhos!  
Chuvas de prata rolem das estrelas...  
E despertando, deslumbrada, ao vê-las  
Ressoa a voz dos ninhos...  
Há de florar nas rosas e nos cravos  
Rubros o sangue ardente dos escravos.  
Seja teu verbo a voz do coração,  
Verbo de paz e amor do Sul ao Norte!  
Ruja teu peito em luta contra a morte,  
Acordando a amplidão.  
Peito que deu alívio a quem sofria  
E foi o sol iluminando o dia!

Tua jangada afoita enfune o pano!  
Vento feliz conduza a vela ousada!  
Que importa que no seu barco seja um nada  
Na vastidão do oceano,  
Se à proa vão heróis e marinheiros  
E vão no peito corações guerreiros?

Se, nós te amamos, em aventuras e mágoas!  
Porque esse chão que embebe a água dos rios  
Há de florar em meses, nos estios  
E bosques, pelas águas!  
Selvas e rios, serras e florestas  
Brotem no solo em rumorosas festas!  
Abra-se ao vento o teu pendão natal  
Sobre as revoltas águas dos teus mares!  
E desfraldado diga aos céus e aos mares  
A vitória imortal!  
Que foi de sangue, em guerras leais e francas,  
E foi na paz da cor das hóstias brancas!



**GOVERNO DO**  
**ESTADO DO CEARÁ**  
*Secretaria da Educação*