

DIREITO POSITIVO

ADMAR NETO

1. Direito Positivo

Designa-se por direito positivo o conjunto das normas jurídicas escritas e não-escritas (o costume jurídico), vigentes em determinado território e, também, na órbita internacional na relação entre os Estados, sendo o direito positivo aí, aquele estabelecido nos tratados e costumes internacionais.

Esse direito positivo pode ser separado em dois elementos: de um lado, o direito objetivo e, de outro, o direito e o dever subjetivos, os quais vamos examinar a seguir.

Note-se, porém, que ambos os elementos compõem um mesmo direito, de tal forma que o primeiro não pode existir sem o segundo e vice-versa.

O direito objetivo revela e faz nascer o direito e o dever subjetivo, e este só tem sua razão de ser naquele, isto é, devem-lhe a existência.

1.1. O Direito Objetivo

É o conjunto, em si, das normas jurídicas escritas e não-escritas, independentemente do momento do seu exercício e aplicação concreta.

Por isso, o direito objetivo acaba sendo confundido com o direito positivo. Mas a distinção deve ser feita, para um melhor entendimento.

O direito objetivo corresponde à norma jurídica em si, enquanto comando que pretende um comportamento. É aquele objetivado independentemente do momento de uso e exercício.

O direito positivo é a soma do direito objetivo com o direito e o dever subjetivos.

A confusão se estabelece, isto é, toma-se o direito positivo como apenas objetivo, porque tendo em vista a ligação necessária existente entre direito objetivo e direito subjetivo e os aspectos lingüísticos no qual os dois estão inseridos, quando se vai falar de um, entendem-se os dois.

1.2. O Direito Subjetivo

A ideia de direito subjetivo aponta para muitas alternativas de explicação, existindo mesmo uma série de teorias que disputam seu sentido.

Pode-se dizer que o direito subjetivo é a prerrogativa colocada pelo direito objetivo, à disposição do sujeito do direito.

Essa prerrogativa há de ser entendida como a possibilidade de uso e exercício efetivo do direito, posto à disposição do sujeito.

Assim, o direito subjetivo é tanto o efetivo exercício do direito objetivo quanto a potencialidade do exercício desse mesmo direito.

Por exemplo, o direito objetivado como Lei do Inquilinato, que regula o despejo do inquilino por falta de pagamento, faz nascer para o proprietário-locador o direito subjetivo de pleitear o despejo do inquilino.

Esse direito subjetivo - direito de propor ação para despejar o inquilino - é posto à disposição do locador como uma prerrogativa. Ou, em outras palavras, o locador não tem a obrigação de ingressar com ação de despejo contra o inquilino. Pode ou não ingressar. É direito subjetivo seu, e somente a ele cabe decidir se o exercita ou não.

Por isso, pode-se dizer que o direito subjetivo está já na potência - possibilidade de exercício - e está também no exercício efetivo.

É preciso dizer, ainda, que alguns direitos subjetivos não precisam do exercício ou da constatação de sua potencialidade para existirem embora para se garantirem, por vezes, precisem da utilização de outros direitos subjetivos.

É o caso dos direitos subjetivos inerentes à pessoa, tais como o direito à vida, à honra, à imagem etc. São eles subjetivos, independentemente de exercício de prerrogativa. São direitos subjetivos plenos, de fato, bastando para tanto a existência da pessoa de direito.

Daí temos de colocar, para concluir, que o direito subjetivo se caracteriza pela potencialidade e pelo exercício efetivo do direito objetivo, podendo o sujeito fazer uso da ameaça desse exercício, que ao ser efetiva do não o pode ser de forma abusiva. Alguns direitos subjetivos, no entanto, sendo inatos no sujeito - por garantia e designação do direito objetivo -, independem do exercício, mesmo em potencialidade, para existirem. E, como existem já plenamente, no caso desses direitos subjetivos, não há que se falar em ameaça ou mesmo abuso do direito exercitado.

1.3. A Divisão no Direito Positivo

Divisão geral: Direito Público, Privado e Misto

Não existe um critério de rigor lógico e satisfatório capaz de designar claramente a distinção, pretendida pela dogmática jurídica, entre Direito Público e Direito Privado.

A separação, de cunho eminentemente prático, está estabelecida desde o direito romano e tem por função - como também tem os outros vários conceitos, divisões e classificações - estabelecer dogmaticamente segurança e certeza para a tomada de decisão.

Mas qualquer critério que se busque para a divisão não consegue apresentar de forma definitiva uma eventual linha divisória que existiria entre os dois ramos disputados.

O interessante neste assunto é que não se vislumbra a linha divisória ao nível de realidade jurídica concreta, ao nível de aplicação real e efetiva do Direito; tampouco se consegue fazê-lo em nível teórico e abstrato. Toda tentativa revela-se frustrada.

Vamos, de qualquer forma, apresentar uma divisão com base nas várias possíveis e existentes. Consigne-se, porém, que ela, como as demais, padecerá de seu artificialismo e que a linha divisória proposta jamais será muito nítida.

A divisão em Público e Privado pode ser feita, como o é pela maioria da doutrina, tendo por critério os sujeitos envolvidos e a qualidade destes quando estão na relação jurídica; e o conteúdo normativo e o interesse jurídico a ele relacionado.

Disso podemos extrair uma divisão inicial que aponta o Direito Público como aquele que reúne as normas jurídicas que têm por matéria o Estado, suas funções e organização, a ordem e segurança internas, com a tutela do interesse público, tendo em vista a paz social, o que se faz com a elaboração e a distribuição dos serviços públicos, através dos recursos indispensáveis à sua execução. O Direito Público cuida, também, na ótica internacional, das relações entre os Estados.

O Direito Privado, por sua vez, reúne as normas jurídicas que têm por matéria os particulares e as relações entre eles estabelecidas, cujos interesses são privados, tendo por fim a perspectiva individual.

No atual estágio do desenvolvimento do direito positivo, existe uma tendência à publicização dos atos dos particulares, senão como conteúdo efetivo a ser exercido, pelo menos como garantia posta processualmente à disposição do particular.

Ou, em outras palavras, cada vez mais o Estado intervém na órbita privada, não só para garantir os direitos ali estabelecidos mas para impor normas de conduta, anular pactos e contratos: rever cláusulas contratuais etc. Há, de fato, uma nova concepção social do Direito.

Tal movimento, que atingiu, por exemplo, o Direito do Trabalho, tem seu ápice no Direito do Consumidor.

Assim; vejamos uma explicação a respeito de alguns dos aspectos que norteiam, como princípios e normas, aqueles que regulam as relações de consumo, para com isso propormos para a divisão do Direito a alternativa mista.

Os contratos celebrados a partir do século XIX sofreram fortemente a influência do liberalismo reinante. O princípio fundamental vigente, então, fundado na autonomia da vontade privada, era o *pacta sunt servanda* (o pactuado deve ser observado).

Esse regime vigorou fortemente até meados do século XX, estampado nas normas do Direito Civil e Direito Comercial, e vigora, ainda, atenuado pelas novas e modernas teorias dos contratos e, também, limitado pelas várias normas que regem as cláusulas contratuais.

O princípio *pacta sunt servanda* veio sendo limitado pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência e, posteriormente, da lei.

Começou-se a perceber que certos contratos continham claramente cláusulas leoninas (uma das partes fica com a parte do "leão", a parte boa, ou todas as vantagens etc.).

Passaram a se tomar intoleráveis cláusulas e contratos que implicassem o desequilíbrio das partes.

Com o advento, a partir do início do século XX, das sociedades de consumo de massa, sociedades essas que cresceram rumo à produção em série, e altamente especializada, os contratos também se alteraram.

Para facilitar e agilizar as contratações foram criados formulários com cláusulas preestabelecidas, nos quais uma das partes apenas assinava, aderindo.

Não havia, como já não há, lugar para fixação de contratos, cujas tratativas envolviam discussões prévias das cláusulas contratuais que iriam ser fixadas (e que ainda persistem, em parte, no Direito Civil e no Direito Comercial).

Estamos falando da sociedade caracterizada por ser composta, de um lado, por produtores, fabricantes, distribuidores, construtores, comerciantes (isto é, fornecedores de produtos e serviços), e, de outro, por consumidores.

Os contratos elaborados nessa sociedade tornaram-se contratos de adesão, caracterizados como aqueles estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor, e ao qual o consumidor "adere", sem poder discutir ou, pelo menos, modificar substancialmente seu conteúdo.

Havia necessidade, portanto, de outros princípios e normas, capazes de dar guarida às novas relações que surgiram.

O princípio da autonomia da vontade privada já não podia dar conta dos critérios que pautavam os contratos. Assim, esse princípio foi cedendo terreno a outros, como o da boa-fé nos negócios, o da proteção à parte mais fraca, o do interesse coletivo etc.

E isso foi sendo feito gradativamente pela doutrina e jurisprudência, até chegar ao sistema legal de proteção às relações de consumo.

Com isso, elaborando normas regulatórias das cláusulas contratuais, o Estado passou a intervir em área que antes eram tidas como de iniciativa ou de interesse privado.

Por isso podemos dizer que alguns ramos do direito positivo são caracterizados basicamente por serem híbridos ou mistos, ao contrário das outras duas espécies que se distinguem, basicamente, por estarem relacionadas ao interesse público ou privado.

Dessa forma, apresentamos a seguinte divisão para o direito positivo.

Direito Positivo	Público	Interno	Direito Constitucional
			Direito Administrativo
			Direito Tributário
			Direito Processual
			Direito Penal
			Direito Eleitoral
		Externo	Direito Internacional Público
	Privado	Interno	Direito Civil
			Direito Comercial
	Misto	Interno	Direito do Trabalho
			Direito Previdenciário
			Direito Econômico
			Direito do Consumidor
			Direito Ambiental
		Externo	Direito Internacional Privado

O Direito Público Interno

O Direito Constitucional

O princípio que norteia o Direito Constitucional contemporâneo é o do "Estado de Direito", isto é, do Estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao Direito.

Isto tem-se dado através de um processo de legitimação de toda ação de governo, que tem sido chamado de constitucionalismo.

Certamente, ainda que o Estado seja submetido à Constituição e às leis, como é ele que as controla, desde sua criação até sua aplicação, pode manipulá-las. Isso é um problema que interessa não só ao Direito Constitucional, como também à Teoria Geral do Direito, à Teoria Geral do Estado, à Ciência do Direito etc.

O Direito Constitucional, propriamente, engloba as normas jurídicas constitucionais, isto é, aquelas pertencentes à Constituição, em toda sua amplitude, dentre as quais se destacam as atinentes à forma e à organização do Estado, ao regime político, à competência e função dos órgãos estatais estabelecidos, aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos etc.

No Brasil, essas normas estão estabelecidas na atual Constituição Federal, vigente desde 05/10/1988.

O Direito Administrativo

O Direito Administrativo corresponde ao conjunto de normas jurídicas que organizam administrativamente o Estado, fixando os modos, os meios e a forma de ação para a consecução de seus objetivos.

Dessa forma, tais normas estruturam e disciplinam as atividades dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, as autarquias, as empresas públicas, as entidades paraestatais etc.

Essas normas referem-se, ainda, ao Poder de Polícia da Administração, o que envolve não só os aspectos de segurança pública, de garantia da integridade física e moral das pessoas e das suas propriedades, mas também o de Polícia Administrativa, montado nos vários setores de fiscalização existentes, o controle e a preservação dos bens públicos e as limitações dos direitos sobre bens dos particulares etc.

Elas disciplinam também os serviços públicos e suas permissões e concessões, os critérios de oportunidade dos atos discricionários etc. Enfim, regulam todos os atos e procedimentos administrativos.

Direito Tributário

Outrora considerado sub-ramo do Direito Financeiro, como ainda o é por parte da doutrina, o Direito Tributário ganhou suma importância, especialmente na segunda metade de nosso século, por força da intervenção cada vez maior do Estado no domínio econômico, com sua necessidade de arrecadação sempre crescente.

O Direito Tributário ganhou relevo por pautar-se no exame da legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Público para a criação de impostos, taxas e contribuições.

As relações entre o Fisco e os contribuintes foram, então, sendo enquadradas, de tal forma que evitassem toda sorte de abusos por parte do Fisco.

O Direito Tributário envolve, assim, as normas jurídicas voltadas para a arrecadação de tributos, bem como as que cuidam das atividades financeiras do Estado, regulando suas receitas e despesas.

Seus principais instrumentos legais são a própria Constituição Federal, o Código Tributário Nacional (CTN) e uma série de leis esparsas.

O Direito Processual

Também conhecido como direito adjetivo, porque é instrumento do direito material - que é direito substantivo -, o Direito Processual regula o processo judicial, bem como a organização judiciária.

Assim, o Direito Processual engloba as normas jurídicas que cuidam das regras relativas à ação judicial, isto é, do direito de ver qualquer pretensão sendo analisada e julgada pelo Poder Judiciário.

O Direito Processual está dividido por áreas relativas ao direito material, com três subdivisões básicas:

a) Direito Processual Civil, que regula as situações relativas à órbita civil, comercial, fiscal, administrativa, do consumidor etc.; seu principal instrumento é o Código de Processo Civil (CPC).

b) o Direito Processual Penal, que regula as situações relativas à órbita penal; seus principais textos legais são o Código de Processo Penal (CPP), as leis das execuções penais e a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

c) a Direito Processual do Trabalho, que regula as situações relativas à órbita trabalhista. Serve-se ele, subsidiariamente, para os casos não previstos, do Direito Processual Civil; sua principal base legal é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Código de Processo Civil (CPC).

O Direito Penal

O Direito Penal corresponde ao conjunto das normas jurídicas que regulam os crimes e as penas aplicáveis, e as contravenções penais (condutas ilícitas penais de menor potencial ofensivo), com as correspondentes penas aplicáveis.

Seus principais instrumentos legais são o Código Penal e a Lei das Contravenções Penais, acrescidos de diversas leis esparsas.

O Direito Eleitoral

Compõe-se do conjunto das normas jurídicas que disciplinam a escolha dos membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Essas normas estabelecem os critérios e condições para o eleitor votar, para alguém se candidatar, bem como as datas das eleições, as formas das apurações, o número de candidatos a serem eleitos, fixando as bases para a criação e o funcionamento dos partidos políticos etc.

O Direito Público Externo

O Direito Internacional Público

O Direito Internacional Público compõe-se das normas convencionais (tratados internacionais, também chamados de convenções, pactos, convênios, acordos) e dos costumes jurídicos internacionais.

Tratado internacional é o acordo realizado por Estados independentes, visando à ordenação, através de cláusulas que se tornam normas jurídicas, de temas de interesse comum.

As normas estabelecidas nos tratados obrigam os Estados que vierem a ratificá-los, ou que os celebrarem, ou que a eles vierem a aderir.

O Estado pode aderir a um tratado com reservas, isto é, ressalvando por escrito, expressa e especificamente, que não acata determinadas cláusulas e normas lá estabelecidas.

Pode, também, o Estado, após celebrar o tratado, aderir a ele ou ratificá-lo, desistir dele, através do uso da "denúncia". Por esse instrumento, entregue a todos os outros Estados que são parte no tratado, o Estado expressa que não vai mais observar as cláusulas e normas nele contidas.

O tratado passa a ter vigência e obrigatoriedade no regime de direito interno, após celebrado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional.

Os costumes jurídicos internacionais são os usos observados e reconhecidos de forma uniforme pelos Estados soberanos, nas suas relações. Não são exatamente como os costumes jurídicos da ordem interna.

São mais usos e práticas aceitos como obrigatórios pelos Estados que assim os observarem, resultando, então, dos atos reiterados dos Estados nas relações da esfera internacional.

O Direito Privado

O Direito Civil

O Direito Civil é também conhecido como direito comum. Ele engloba as normas jurídicas que regem, entre outros, a capacidade e o estado das pessoas, o nascimento, o fim, o nome, a maioridade etc.; as relações familiares - casamento, separação, divórcio, relações de parentesco, pátrio poder etc.; as relações patrimoniais e obrigacionais - direitos reais e pessoais, posse, propriedade, compra e venda, contratos etc.; a sucessão hereditária – divisão, espólio, meação, testamentos etc.

Seu principal diploma legal é o Código Civil brasileiro (CC).

O Direito Comercial

Engloba as normas jurídicas que regulam a atividade comercial, entendida esta como a de fabricação, produção, montagem, distribuição, comercialização etc. de produtos, nas relações estabelecidas entre as próprias pessoas que exercem tais atividades, bem como, os serviços prestados de umas às outras.

Ou, em outras palavras, o Direito Comercial trata das relações entre empresários, que exercem aquelas atividades, com vistas ao lucro.

O Direito Misto

O Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho engloba as normas jurídicas que regulam as relações entre o empregado e o empregador (patrão), compreendendo o contrato de trabalho, o registro do empregado, a rescisão, a despedida, as verbas trabalhistas, os salários e seus reajustes, a duração da jornada de trabalho etc.

Essas normas regulam, também, o chamado Direito Coletivo do Trabalho, que trata dos acordos coletivos de trabalho, da organização sindical, do direito de greve etc.

Seu principal diploma legal é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O Direito Previdenciário

É o ramo do Direito que engloba as normas jurídicas que cuidam da Previdência Social, através dos seus órgãos (INSS, IAPAS etc.), estabelecendo os benefícios e as formas de sua obtenção - auxílio-doença, auxílio-maternidade etc. -, regradando a aposentadoria por tempo de serviço e por invalidez, o direito à pensão na viuvez, as formas de manutenção e custeio do sistema etc.

O Direito Econômico

É o ramo do Direito que se compõe das normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, especialmente no que diz respeito ao controle do mercado interno, na luta e disputa lá estabelecida entre as empresas, bem como nos acertos e arranjos feitos por elas para explorarem o mercado.

São normas, portanto, que regulam monopólios e oligopólios, tentando impedir a concorrência desleal etc.

Tais normas estão espalhadas em leis esparsas, dentre as quais se destacam a Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), a Lei de Economia Popular, a Lei de Livre Concorrência etc.

O Direito do Consumidor

Importante ramo do Direito, já amplamente aplicado e estudado em outros países, o Direito do Consumidor chegou tarde no Brasil, mas veio muito bem elaborado, através do Código de Defesa do Consumidor (CDC), seu principal instrumento. O CDC regula as relações potenciais ou efetivas entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

As normas do CDC, instituídas para a proteção e defesa do consumidor, são de ordem pública e interesse social.

O Direito Ambiental

Ramo novo e também importante do direito positivo, o Direito Ambiental é composto das normas jurídicas que cuidam do meio ambiente em geral, tais como a proteção de matas, florestas e animais a serem preservados, o controle de poluição e do lixo urbano etc.

Tais normas jurídicas estão fixadas numa série de leis esparsas.

O Direito Misto Externo

O Direito Internacional Privado

É o ramo composto pelas normas jurídicas que regulam as relações privadas no âmbito internacional.

Corno as normas jurídicas têm vigência e eficácia apenas no território do respectivo Estado, só podem produzir efeitos em território de outro Estado se este aceitar.

Trata-se, de fato, de “conflito de leis” e por isso há que se definir qual a lei a ser aplicada: em função da nacionalidade ou domicílio da pessoa; da situação da coisa, objeto do direito; e do lugar em que foi realizado o ato.

1.4. A relação jurídica

É impossível não se comunicar. Todo aquele que pretende não se comunicar, no mínimo comunica sua negativa, isto é, ao menos anuncia que não quer comunicar-se, diz um dos axiomas da comunicação.

Ou, em outras palavras, cada um de nós, porque vive em sociedade, já por isso, está o tempo todo comunicando-se, relacionando-se, num fenômeno de interação, ou de inter-relação necessária, da qual não podemos escapar.

São relações ditas intersubjetivas e que se tornam sociais. O conjunto dessas relações formam a sociedade - em termos de comunicação.

Tais relações estão submetidas a algum tipo de norma, mas não necessariamente jurídica. São ligadas à moral, às normas religiosas ou aos usos e costumes sociais (regras de etiqueta ou do trajar, por exemplo).

Relações jurídicas propriamente ditas são as ligadas às normas jurídicas – que, diga-se aqui, muitas vezes repetem normas morais, usuais e até religiosas.

Logo, percebe-se que numa relação jurídica há pelo menos duas pessoas inter-relacionando-se efetivamente, sendo que a relação é regulada pelo ordenamento jurídico.

A introdução da norma jurídica na relação vai trazer a possibilidade de exigência da ação ou comportamento para uma das partes, com o que se poderá dizer que há pelo menos um sujeito ativo na relação e pelo menos um sujeito passivo.

Como o que se exige é configurado na qualidade de objeto, pode-se dizer que a relação jurídica se dá entre pessoas, vinculadas por, pelo menos, um objeto protegido.

Assim, podemos definir a relação jurídica como o vínculo que une duas ou mais pessoas, cuja relação se estabelece por fato jurídico, cuja amplitude relacional é regulada por normas jurídicas, que operam e permitem uma série de efeitos jurídicos.

Dessa definição podemos, então, destacar os elementos que serão a seguir expostos: os sujeitos da relação: pessoa física, pessoa jurídica, e os entes despersonalizados; o sujeito ativo e o sujeito passivo; o vínculo que une os sujeitos: fato jurídico; o objeto protegido: direitos pessoais, da personalidade, reais, contratuais, etc.

1.4.1. Os sujeitos da relação jurídica

Sujeitos da relação jurídica, ou sujeitos de direito, são os que estão aptos a adquirir e exercer direitos e obrigações.

Assim se denominam o sujeito ativo e o passivo da relação jurídica.

Sujeito ativo é propriamente o titular do direito subjetivo instaurado na relação jurídica, o qual pode fazer valer esse seu direito contra o sujeito passivo.

Por isso, o sujeito passivo é aquele que está obrigado diante do sujeito ativo a respeitar seu direito, praticando certo ato ou abstendo-se de qualquer prática.

Tanto aquele quanto este podem ser classificados em pessoas físicas, pessoas jurídicas e os chamados entes despersonalizados.

1.4.2. A Pessoa Física

Pessoa física ou pessoa natural é o ser humano, considerado como sujeito de direitos e obrigações.

A pessoa física tem personalidade jurídica, que não se confunde com a personalidade natural. Esta é individual, composta pelo complexo psíquico e físico da pessoa natural. Aquela é a aptidão que todos têm para adquirir direitos e contrair obrigações.

A personalidade natural é variável, portanto, de indivíduo para indivíduo, sendo pessoal e individualizada, Ter-se-ão tantas personalidades quantos forem os seres humanos existentes.

A personalidade jurídica é igual para todos os seres humanos. Todos a tem na mesma medida.

A pessoa física tem, também, capacidade jurídica, que não se confunde com a personalidade jurídica nem com a capacidade natural.

Capacidade jurídica é a medida jurídica das atribuições da personalidade jurídica.

Enquanto todos os seres humanos tem, igualmente, personalidade jurídica, que, como vimos, é a aptidão fundamental para ser sujeito de direitos e obrigações, nem todos tem a mesma capacidade jurídica.

A capacidade jurídica é uma medida limitadora ou delimitadora da possibilidade de adquirir direitos e de contrair obrigações.

A capacidade jurídica tem características próprias, ligadas aos diversos setores da vida jurídica, e variando de setor a setor. Fala-se, em tão, em capacidade civil, penal, política etc.

Assim, por exemplo, a capacidade civil plena é adquirida aos 18 anos de idade, ou pelo casamento, pela emancipação, pela colação de grau em curso superior ou pelo estabelecimento de sociedade civil ou comercial com economia própria.

No Direito Civil há, ainda, os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes.

Há, também, a capacidade política: aos 16 anos o voto é facultativo e aos 18 é obrigatório; 35 anos é a idade mínima para concorrer ao cargo de Presidente e Vice-Presidente da República; 30 anos para Governador e Vice-Governador etc.

A capacidade tem limites, da mesma forma, no Direito Penal, no Direito do Trabalho etc.

Por fim, quanto à capacidade natural, certamente tem ela relação com a aptidão física e psíquica de cada ser humano, para o exercício da vida individual e social, e varia de pessoa para pessoa.

1.4.3. A Pessoa Jurídica

Pessoa jurídica é a entidade ou instituição que, por força das normas jurídicas criadas, tem personalidade e capacidade jurídicas para adquirir direitos e contrair obrigações.

Ela nasce de instrumento formal e escrito que a constitui, ou diretamente da lei que a institui.

No primeiro caso, temos as pessoas jurídicas de direito privado; no segundo as pessoas jurídicas de direito público.

As pessoas jurídicas de direito privado caracterizam-se por ser constituídas por instrumento escrito, para cujo registro comparecem, pelo menos, duas pessoas (físicas ou jurídicas), que fixam as atividades e os objetivos a serem alcançados, a forma do exercício das atividades, o patrimônio de que a pessoa jurídica é constituída, o nome, a sede e o prazo de duração, dentre outras condições.

A exceção a essa regra geral são as pessoas jurídicas "individuais" e as fundações.

Enquanto se exige para a constituição da pessoa jurídica um mínimo de duas pessoas, para a da pessoa jurídica "individual" admite-se a presença de apenas uma pessoa física. É uma exceção legal, criada para apoiar a constituição de empresas do setor de microempresários.

A outra exceção fica por conta das fundações, que se distinguem por serem constituídas antes por um patrimônio (isto é, por um conjunto de bens) que por pessoas. Estas não aparecem propriamente dentro da constituição, já que o fundador, aquele que constitui a fundação, ainda que seja uma pessoa, comparece antes do ato instituidor.

Com efeito, a fundação pode ser criada por escritura pública ou testamento, nos quais o instituidor designa certos bens que sairão de seu patrimônio para fazê-la surgir. O objetivo dele será especificado pelo próprio instituidor, e certamente será administrada por pessoas. Mas, repita-se, são os bens que a constituem.

O instrumento de constituição da pessoa jurídica tem de ser registrado na repartição competente (Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Junta Comercial do Estado etc.). No caso de fundação, há necessidade, também, de intervenção e participação do Ministério Público, por exigência legal.

Algumas pessoas jurídicas, tais como empresas petroquímicas, bancos, companhias de seguro etc., precisam de prévia autorização de órgãos governamentais para existirem.

Uma vez constituída, a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica, isto é, passa a ter aptidão fundamental para adquirir direitos e contrair obrigações, e tem vida própria, independente da pessoa de seus sócios, instituidores e administradores.

A capacidade jurídica da pessoa jurídica, por sua vez, decorre de sua própria natureza, isto é, tem relação com sua estrutura disposta no instrumento ou na lei que a constitui.

Dessa forma, a capacidade jurídica varia de acordo com o fim específico da atividade da pessoa jurídica, das regras e normas que a instituíram, da forma e dos limites de sua administração etc.

1.4.4. Os entes “despersonalizados”

Ao lado das pessoas físicas e jurídicas, como sujeitos de direitos e obrigações, podem ser identificados os chamados “entes despersonalizados”.

Podem ser caracterizados como aqueles que, embora possam ser capazes de adquirir direitos e de contrair obrigações, não preenchem as condições legais e formais para serem enquadrados como pessoas jurídicas, por falta de algum requisito ou pela sua situação jurídica *sui generis*.

Estão entre tais “entes despersonalizados” a pessoa jurídica “de fato”, a massa falida e o espólio.

A pessoa jurídica “de fato” é figura bastante conhecida no mercado. São, geralmente, pequenos comerciantes, que compram e vendem produtos, sem terem uma sociedade comercial regularmente constituída. Os ambulantes e os camelôs enquadram-se

nessa situação; mas inclui-se, também, qualquer pessoa que exerça algum tipo de atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc., e que não tenha constituído adequada e legalmente seu negócio.

A massa falida, por sua vez, surge a partir da declaração judicial da insolvência (isto é, falência) de alguma sociedade comercial. Ela é constituída do patrimônio - bens, direitos, obrigações - arrecadado pelo juízo falimentar. Tal patrimônio é administrado por um síndico, nomeado pelo juiz, para cuidar do processo de falência e responder em nome da massa falida, a qual é sujeito de direitos e obrigações.

O espólio, de sua parte, é composto do patrimônio oriundo da arrecadação dos bens, direitos e obrigações de pessoa falecida. A arrecadação é feita no processo de inventário, pelo qual responde um inventariante nomeado pelo juiz para representar o espólio. Assim, também o espólio é sujeito titular de direitos e obrigações.

1.5. O nascimento da relação jurídica

Após a análise dos sujeitos da relação jurídica e do objetos nela inseridos, resta-nos estudar o nascimento da própria relação jurídica.

Costuma-se designar, o elemento gerador da relação jurídica, de fato jurídico.

Fatos jurídicos são os acontecimentos através dos quais as relações jurídicas nascem, modificam-se e extinguem-se.

Podem ser divididos em fatos naturais e atos jurídicos. Aqueles se subdividem em ordinários e extraordinários; estes, em atos lícitos, atos ilícitos e abuso do direito.

Graficamente:

Nascimento da Relação Jurídica	Fatos Jurídicos	Fatos Naturais	Ordinários
			Extraordinários
		Atos Jurídicos	Ato Lícito
			Ato Ilícito
			Abuso de Direito

1.5.1. Os Fatos Naturais

Fatos naturais são os alheios à vontade e à ação humana ou a elas apenas indiretamente relacionados. Como exemplos de fatos naturais ordinários, temos: o nascimento; a morte; as figuras jurídicas que dependem da passagem do tempo, como a maioridade etc..

Como exemplos dos fatos naturais extraordinários, temos o caso fortuito e a força maior: a inundação que destrói propriedades, a queda de raio que provoca incêndio etc.

1.5.2. Os Atos Jurídicos Lícitos

Designam-se jurídicos, por sua vez, os atos que dependem da vontade e/ou ação humanas.

Os atos jurídicos são considerados lícitos quando, uma vez praticados, preenchem os requisitos legais exigidos pelas normas jurídicas, visando ou gerando a criação, a modificação ou a extinção da relação jurídica.

Como exemplos citemos a efetivação de contrato de compra e venda, a realização de casamento, a feitura de testamento, o envio de notificação etc.

1.5.3. Os atos jurídicos ilícitos

Consideram-se ilícitos os atos jurídicos, por evidência do nome, quando infringirem as normas legais instituídas.

Uma vez praticados, geram relação jurídica, independentemente da vontade do agente.

Assim, por exemplo, a agressão, o furto, o homicídio geram a obrigação de pagar indenização à vítima do evento danoso e ilícito ou a seus herdeiros; o excesso de velocidade na direção de veículo gera a obrigação de pagar multa ao Estado etc.

Observe-se que, quando se fala em “ação humana” para a prática de ato jurídico lícito ou ilícito, não se está aí excluindo a pessoa jurídica ou os “entes despersonalizados”, que podem praticar tanto um quanto outro: por exemplo, podem assinar contrato de compra e venda (ato lícito) ou sonegar impostos (ato ilícito).

Fala-se em ação humana porque, em última instância, ainda que representando uma pessoa jurídica ou agindo em seu nome, ou mesmo praticando um ato em nome de um “ente despersonalizado”, é sempre um ser humano que está a realizar a ação propriamente dita.

Mas a ação humana capaz de gerar ato jurídico ilícito é qualificável tanto subjetiva quanto objetivamente.

No primeiro caso está a teoria tradicional da responsabilidade subjetiva. No outro, a moderna teoria da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva nasce do dolo ou da culpa do agente causador do dano.

O dolo é um elemento psíquico, a intenção ou vontade consciente, que sustenta um ato capaz de causar dano a outrem, ou que, ao ser praticado, o seu autor o tenha

feito de forma que assuma o risco de causar o dano a outrem. É exercício de ato ilícito, portanto, e, como tal, proibido pelas normas jurídicas.

A culpa é caracterizada pela execução de ato danoso por negligência, imprudência ou imperícia.

Negligente é aquele que causa dano a outrem por omissão (assim, por exemplo, o motorista que não põe óleo no freio do automóvel e provoca, por isso, um acidente ao pisar no freio que não funciona).

Imprudente é o que causa o dano por ação (quando, por exemplo, o motorista ultrapassa um sinal vermelho e causa um acidente).

Imperito é o profissional que não age com o cuidado que dele se espera; é o profissional que não trabalha usando o conhecimento necessário e exigido por sua profissão (por exemplo, o cirurgião que deixa um pedaço de gaze dentro do paciente operado).

1.5.4. O Abuso do Direito

Preliminarmente, diga-se, a expressão é abuso “do” direito e não abuso “de” direito, porquanto abusa-se de certo direito que se tem. O uso do “do” como contração da preposição “de” e do artigo “o” é designativo do direito do qual se abusa.

Muito atacada, inclusive por juristas de renome, aos poucos a Teoria do Abuso do Direito foi firmando-se, sendo hoje aceita pela doutrina e parte da jurisprudência.

Anteriormente dizia-se que a expressão “abuso do direito” era logomáquia, isto é, continha palavreado inútil, pois, se se tem direito, não se tem abuso. Este seria já o não-direito, o antidireito ou o ato ilícito. Logo, abuso não seria direito e, em contrapartida, quem tem direito exerce-o, e não pode estar abusando, exercendo-o.

Acontece que a prática real do exercício dos vários direitos subjetivos acabou demonstrando que, em alguns casos, não havia ato ilícito, mas era o próprio exercício do direito em si que se caracterizava como abusivo.

A Teoria do Abuso do Direito, então, ganhou força e acabou preponderando.

Pode-se definir o abuso do direito como sendo o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem.

Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.

Na realidade, a doutrina do abuso do direito tem sido muito importante, especialmente pela influência que exerceu e exerce sobre os legisladores.

Muitas normas jurídicas acabaram incorporando em seus diplomas legais as práticas abusivas, para proibi-las.

A legislação brasileira, adotando a doutrina do abuso do direito, acabou regulando uma série de ações e condutas que outrora eram tidas como práticas abusivas.

Exemplo mais atual disso são certas normas do Código de Defesa do Consumidor, que proíbem o abuso e nulificam cláusulas contratuais abusivas.

No CDC também há a proibição da publicidade abusiva e a imputação de nulidade das cláusulas contratuais considera das abusivas. (“*Quer pagar quanto?*”)