

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

I. TEORIA GERAL DO DIREITO

1 – Introdução

1.1 – O que é Ciência? Ciência é uma sistematização de conhecimentos, um conjunto de proposições logicamente correlacionadas sobre o comportamento de certos fenômenos que se deseja estudar.

A Ciência é todo um conjunto de atitudes racionais dirigidas ao sistemático conhecimento com objeto limitado, capaz de ser submetido a verificação.

1.2 – Classificação das Ciências.

a) **Naturais** > estudam os fatos que ocorrem na natureza em geral e as ligações que existem entre elas.

b) **Humanas** > O homem como objeto (estudado através da Sociologia, Psicologia, Antropologia, Filosofia, Direito, etc.).

2- O DIREITO COMO PRINCÍPIO.

É o começo de uma base, é honestidade, não lesar. Dar a cada um o que é seu (dever ser , norma de comportamento, norma do cidadão)

2.1 – O Objeto da Introdução ao Estudo do Direito

O objeto da introdução ao estudo do Direito é o estudo das normas jurídicas escritas. É oferecer os elementos essenciais ao estudo do direito, em termos de linguagem e de métodos, com uma visão preliminar das partes que o compõe e de sua complementaridade, bem como sua situação da história da cultura. Feito através de:

a) **Conceitos gerais de Direito** > conjunto das regras obrigatórias que garantem a convivência social, graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.

b – **Visão de conjunto:** - O Direito não deve ser visto como uma ciência isolada mas, sim, interagindo com as demais ciências humanas.

c – **Lineamento técnico jurídico.**

2.2 – Origem do vocábulo do Direito ;

a– **Nominal** > consiste em dizer o que uma palavra ou nome significa.

b– **Real** >consiste em dizer o que uma coisa ou realidade é.

TEORIA= é converter um assunto em problema. Problematizar. Questionar.

Depois do questionamento, através das respostas chega-se à conclusão. Da conclusão, se bem fundamentada, pode-se chegar a uma teoria.

Pluralidade de significações do direito- cinco realidades fundamentais: **não podemos nos limitar ao estudo do vocábulo, devemos passar do plano das palavras para o das realidades.** Consideremos as expressões seguintes: (**Polissemia**)

1 – o direito não permite o duelo – direito significa **norma**, a lei, a regra social obrigatória.

2 – o Estado tem o direito de legislar. O Direito significa a **faculdade**, o poder, a prerrogativa que o estado tem de criar leis.

3 – a educação é direito da criança. Direito significa o que é devido por **justiça**

4 – cabe ao direito estudar a criminalidade – direito significa **ciência** ou, mais exatamente, a ciência do direito

5 – o direito constitui um setor da vida social – direito é considerado como fenômeno da vida coletiva, **fato social**.

Casuística - exercício que ensina como a verdade deve ser procurada. Análise e classificação dos "casos de consciência", isto é, dos problemas que nascem da aplicação das normas morais ou religiosas à vida humana. A exigência de uma casuística moral foi defendida por Kant.

2.3 – As Escolas do Direito.

2.3.1 – Escola Racional - Jusnaturalismo;

O jusnaturalismo vem desde os filósofos gregos, passando pelos escolásticos, na idade média, pelos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, indo até as concepções modernas de Stammler e Del Vecchio, no começo do século XX. Em linhas gerais, essa escola é fundada no pressuposto de que existe uma **lei natural**, eterna e imutável; uma ordem preexistente, de origem divina ou decorrente da natureza, ou ainda, **da natureza social do ser humano**. É através da razão que, voltando-se para si mesma, investiga, para descobrir na própria consciência, os princípios e as leis universais, válidas desde sempre.

Consiste em atribuir ao indivíduo direitos originários e inalienáveis.

Adeptos da escola jusnaturalista; S. Tomás de Aquino, Lhering, Radbruch, Lorenz.

"O homem é superior aos seus erros - papa João Paulo II ", por isso, não podemos desconhecer o critério absoluto de justiça, que decorre exatamente da consideração da natureza humana.: os homens são iguais, devem ser iguais diante da lei e assim devem ser tratados.

Teoria do direito natural. Séc. XVII e XVIII. A partir de Hugo Grócio , representada por Hobbes e Pufendorf. Serviu de fundamento à reivindicação de duas conquistas fundamentais do mundo moderno no campo político: - princípio da tolerância religiosa e da limitação dos poderes do estado, nascendo desses fatos o Estado Liberal Moderno (liberalismo).

Distingue-se da teoria do direito natural por não considerar que o direito natural represente a participação humana numa ordem universal perfeita, que seria Deus (estóicos) ou viria de Deus (escritores medievais) mas que ele é a regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois, independente da vontade de Deus.

Assim, o jusnaturalismo representa, no campo moral e político, reivindicação da autonomia da razão que, o cartesianismo afirmava no campo filosófico e científico.

Liberalismo - escola que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Ver definição completa no dicionário de filosofia pag. 604.

Cartesianismo - Conjunto de doutrinas de Descartes:

- 1 - "cogito" como auto-evidência do sujeito pensante e princípio de todas as outras evidências.
 - 2 - Presença das idéias no pensamento, como únicos objetos passíveis de conhecimento imediato.
 - 3 - Caráter universal e absoluto da razão que, partindo do cogito e valendo-se das idéias, pode chegar a descobrir todas as verdades possíveis.
 - 4 - Função subordinada, em relação à razão, da experiência.
 - 5 - Dualismo de substância pensante e extensa, pela qual cada uma se comporta segundo lei própria, sendo a liberdade a lei da substância espiritual e o mecanismo a da extensa.
- dicionário de filosofia pag. 118.

Positivismo - Doutrina de Augusto Comte - antimetafísico e antiteológico. Preconizava válida somente a admissão de conhecimentos baseados em fatos e dados da experiência. Empregada pela primeira vez por Saint Simom, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. dicionário de filosofia pag. 776.

Positivismo jurídico - Escola jurídica que tem por base o direito positivo, ou seja, aquele posto na lei. Opõe-se ao jusnaturalismo, ou direito natural. Foi esse o nome que Hans Kelsen deu à sua doutrina formalista do direito e do Estado.

2.3.2 – Escola Empírica – Empirismo Jurídico.

As características do empirismo são, para os empiristas que, o conhecimento é resultante do **exame do objeto** – ao contrário do racionalismo- que o pressupõe no sujeito cognoscente. Acredita que o conhecimento **nasce do objeto**, que pode ser a norma jurídica ou o fato social, ou o fenômeno jurídico produzido no meio social.

Corrente filosófica para a qual a **experiência** é critério ou norma da verdade, caracterizando-se;

1º - Negação do caráter absoluto da verdade ou, ao menos, da verdade acessível ao homem.

2º - Reconhecimento de que toda verdade pode e deve ser posta à prova, logo eventualmente modificada, corrigida ou abandonada.

O Empirismo não se opõe à razão ou não a nega, a não ser quando a razão pretende estabelecer verdades necessárias, que valham em absoluto, de tal forma que seria inútil ou contraditório submetê-las a controle.

Ver mais detalhes sobre Empirismo no dicionário de filosofia pag. 326.

São duas as correntes empiristas;

a- Escola da Exegese – não negava o direito natural pois admitia que os códigos seriam elaborados de modo racional e, portanto, representariam a face humana do direito natural. A legislação seria elaborada num sistema normativo codificado, visando a garantir os direitos subjetivos do homem que, por sua vez, estavam pressupostos nas normas da natureza. Os códigos seriam a concretização dos ideais jusnaturalistas. Diz-se então que lei é direito, pois reflete racionalmente o direito natural.

Exegese significa o comentário minucioso ou a interpretação de um texto ou palavra.

Esta escola tem seu apogeu após a promulgação do Código de Napoleão em 1804, que unificou o Direito Civil Francês e tido como sua expressão máxima, torna-se marco para o surgimento da crença de que o Direito é **direito posto** (a legislação) direito elaborado que trazia a vantagem da segurança e certeza, já que tudo o que se buscava estava no texto, bastando interpretá-lo.

Ao exegeta caberia apenas entender o texto e nada mais, descobrindo a vontade do legislador que devia ser respeitada e resguardada. A tese dos exegetas, da concentração da competência exclusiva para legislar no legislativo reduziu o direito à lei, sendo a lei única fonte das decisões jurídicas. A resolução dos problemas dar-se-ia na conclusão de um silogismo, na qual a premissa maior seria a lei, a menor o enunciado do fato concreto apresentado, e a conclusão corresponderia à resolução do problema.

O pensamento exegetico apresenta como absoluto o velho direito, petrificando-o, tentando impedir que o juiz trouxesse inovação e que o interpretasse com flexibilidade, assim como o legislador não poderia fazer leis, alterando-o. Esta escola dá origem a Hermenêutica Jurídica.

Hermenêutica – termo empregado na técnica jurídica que indica o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. Nela estão contidos todos os princípios e regras que devem ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal, não se restringindo apenas ao esclarecimento de pontos obscuros, mas a toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos, significando também, expor, dar o sentido, dizer o fim, significar o objetivo. Arte de interpretar textos.

b – A Escola Histórica.- desenvolvida no início do século XIX pelos alemães Gustavo Hugo, Puchta e, especialmente, Savigny, opondo-se à escola exegetica, mas com o mesmo método, afirmava que o verdadeiro direito residia nos **usos e costumes e na tradição do povo**. É a história desse povo, como

resultado de suas aspirações e necessidades, que forma o Direito. O legislador não cria o Direito. Apenas traduz em normas escritas o Direito vivo, latente no espírito popular. Ao contrário da descoberta do espírito da lei, pregado pela escola da Exegese, procurava-se o espírito do povo.

2.3.3- Escola Dogmática. O cientista da escola dogmática é aquele que incorporou os valores prévios e os modelos preexistentes e é bom cumpridor de regras, que ele maneja com vistas a orientar a ação dos outros. Aceita pontos de partida (dogmas) estabelecidos pela escola jurídica. A maior parte das investigações nas escolas de Direito é elaborada de maneira dogmática. Desprezam as outras investigações que não têm caráter dogmático, pois opõem a eficiência do pensamento dogmático à não utilização imediata das demais formas de investigação.

Caracteriza-se por pretender impor-se de cima para baixo, do mestre ao aluno. Vai doutrinando e ensinando de forma impositiva. Finda-se em opiniões. Suas questões nunca são deixadas em aberto, já que buscam sempre um resultado. Para a escola dogmática Direito é uma investigação de conduta que tem em vista um “dever-ser” jurídico, isto é, investiga e estuda as normas jurídicas.

É fixado pela contraposição que os cétricos estabeleceram entre os filósofos dogmáticos, que definem sua opinião sobre tudo e os cétricos que não definem nada.

O nosso direito, hoje, é o dogmatismo positivista.

Ver **dogmatismo** dicionário de filosofia pag. 293.

CONCEITOS.

Direito natural – (jus naturae) – Para os romanos, segundo Ulpiano, é aquele que a natureza ensina a todos os homens e animais. É o direito de princípios eternos, imutáveis que geram a idéia de justiça.

No sentido moderno é o direito que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem.

Direito positivo – é o direito tal como é, e não como devia ser, conforme nossos sentimentos íntimos ou nossas ilusões de justiça. Manifesta-se em qualquer espécie de direito objetivo, ramificando-se em todas as formas de Direito, escrito ou consuetudinário, que seja imposto como regra social obrigatória, imposição essa feita sob a coação ou sanção da força pública em qualquer dos aspectos em que se manifeste.

Conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada, para reger sua vida externa, com a proteção da força social.

Teoria Tridimensional do Direito.

Teoria que pretende demonstrar, através da análise dos diversos sentidos da palavra Direito que, o real sentido desta palavra estaria na correspondência de três aspectos básicos discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica;

- - **um aspecto normativo** – o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência
- - **um aspecto fático** – o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica.
- - **Um aspecto axiológico** – o direito como valor de justiça.

A teoria da tridimensionalidade tenta demonstrar que;

- a) a) onde há um **fenômeno jurídico**, há sempre e necessariamente, um **fato** subjacente (econômico, geográfico, demográfico etc.); um **valor**, que confere determinada

significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, uma **regra** ou **norma**, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.

- b) b) Tais elementos ou fatores (**fato, valor e norma**) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

C - não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo , de tal modo que a vida do Direito resulta da **interação dinâmica e dialética** dos três elementos que a integram.

Fato, valor e norma:- o direito só aparece quando o valor se integra no fato . Quem atribui esse valor é o Estado, reconhecendo o fato que passa a ser norma. **O direito é uma norma que se baseia num fato e visa assegurar um valor.**

Direito e moral. – não nascem juntos. O Direito está contido na moral.

O Direito é uma parte da moral. Tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico.

Direito – o campo de ação do Direito é mais restrito do que o da moral. Compreende apenas os deveres do homem com seus semelhantes. O Direito tem a coação. Normalmente estabelece sanções externas e imediatas. O objetivo do direito é evitar que se lese ou prejudique a outrem. O Direito dirige-se ao momento externo, físico, isto é, ao ato exterior. Para o Direito importa somente sua atividade nas relações com o mundo externo. O Direito é **bilateral**. Bilateralidade atributiva. Todo direito implica em um dever. Todo Direito nasce da moral

Moral – O campo da moral é mais abrangente do que o do Direito. Abrange os deveres do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com seus semelhantes.

A moral é **incoercível**. A moral só comporta **sanções internas** (remorso, arrependimento, desgosto intenso, sentimento de reprovação geral).

A moral visa a **abstenção** do mal e a **prática** do bem.

A moral dirige-se ao **momento interno**, psíquico, volitivo, a intenção que determina o ato.

Para a norma moral, o importante é a **intenção** de quem age.

O vocábulo moral pode ser empregado em duas acepções diferentes. Uma, estrita e hoje mais corrente, que identifica moral com a disciplina dos atos humanos, fundada na consciência. E outra, mais ampla, abrangendo todas as ciências normativas do agir humano; pedagogia, política, direito moral, etc.

Filosofia da moral - Conjunto de regras de conduta consideradas válidas de modo absoluto para qualquer tempo e lugar e para qualquer grupo ou pessoa determinada.

Distinções básicas entre Direito e Moral

1 - **Campo de ação** – O Direito nasce dentro da moral. O campo da moral é mais amplo

a - **Interno** (moral, consciência.)

b - **Externo** (o direito pode causar contradição ao código civil, sendo passível de sanção)

2 - **Sanções.** - **Moral** (plano da consciência); **Direito** (sanção concreta e imediata)

3 - **Unilateral** (Moral) , **Bilateral** (direito)

1.2- Espécies de moral e suas características

a) **Individual** (pessoal) que se constrói durante a vida, cada um a sua, de difícil mudança.

b) **Social** “Maria vai com as outras”. Influência do meio social (Mídia). Mutável, variável, instável e genérica.

c) **Filosófica, religiosa, política** – Através dos conhecimentos específicos adquiridos. Censo comum que se adquire dia a dia. Mutável.

c) **Humana** – A razão é a minha condição de ser. Moral absoluta e absolutamente imutável. É igual para todos. Inerente à origem do homem.

1.3- Princípios de lógica que se aplicam à moral

a) **Da identidade** – o que é, é. Essência, natureza.

b) **Da não contradição** – uma coisa não pode ser, e não ser ao mesmo tempo.

c) **Razão suficiente** – uma coisa é, por uma razão suficiente para ser.

Direito e Ética.

O Direito é uma ciência normativa ética. Sua finalidade não é somente o conhecimento teórico da realidade jurídica nem apenas a formulação de regras técnicas mas, sim, dirigir a conduta humana na vida social. É ordenar a convivência de pessoas humanas. É dar normas ao agir, para que cada pessoa tenha o que lhe é devido. É dirigir a liberdade no sentido da justiça.

O Direito é o **mínimo ético**, isto é, o estritamente necessário para a convivência social.

Ética é a ciência da moral. É agir de acordo com as normas morais. É a soma dos deveres, que estabelece as normas de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com os clientes e todas as demais pessoas com quem possa ter trato.

Direito e Lógica.

A lógica jurídica, por ser a ciência das leis e das operações formais do pensamento jurídico ou a reflexão crítica sobre a validade desse pensamento, indicando como deve o intelecto agir, visa guiar e controlar a atividade científico-jurídica ao analisar a norma em seu aspecto proposicional, operando com o functor dever ser.

A Ciência do Direito, como toda ciência, se constitui por meio de um conjunto ordenado de processos mentais. A lógica jurídica é o instrumento da dogmática jurídica. Ela tem por objeto conhecer e sistematizar princípios gerais, leis e regras atinentes às operações intelectuais utilizadas no estudo do direito, na interpretação, na integração, na elaboração e na aplicação jurídicas.

Direito e Costumes.

Dentre as mais antigas formas de expressão do Direito temos o costume, decorrente da prática reiterada de certos atos com a convicção de sua necessidade jurídica. A lei, por mais extensa que seja, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de garantia jurídica, devido a grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa ou impossível sua extensão analógica, as fontes subsidiárias do direito que revelem o jurídico. O recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotarem todas as potencialidades legais. Daí seu caráter de fonte subsidiária, procurando cumprir a lei e preencher a lacuna.

Direito e Política.

Mais antiga que a Sociologia jurídica é a Teoria da Legislação, hoje chamada de Política do Direito, que representa o ponto de interseção entre política e Direito. Esse estudo é importante pois implica o problema da legitimidade do poder.

Se a política em geral visa à valorização dos fins da comunidade através da ação do Estado e de outros centros de poder, a política do Direito indaga das formas e meios jurídicos mais adequados à consecução daqueles fins.

Ao lado da teoria e da técnica da legislação, cabe ainda à política do Direito indagar dos campos de interesse que podem interferir no processo legislativo, como, por exemplo, os chamados “grupos de pressão”(lobbies), que por muitos modos, lícitos ou ilícitos, procuram determinar as opções normativas dos legisladores.

Rabiscos.

- O princípio não precisa estar escrito, é empírico.
- Empírico: - conhecimento prático devido unicamente a experiência.
- Epistemologia jurídica - é o segmento da filosofia do Direito voltado ao estudo das fontes jurídicas.

Código Civil vai até o artigo 1807.

Artigo de 1º à 9º . art. 10 , art. 11 etc.

& 1º , 2º etc. - parágrafo.

Artigo é o **CAPUT**, a cabeça.

I , II , III = inciso

Exemplo art.9º até vida civil – caput.

O Espírito das leis, Montesquie (noção de divisão do poder – Legislativo, Executivo, Judiciário)

Ninguém controla o judiciário, ele faz seu auto-controle.

- - O Poder faz as leis para o poder.

- Common Law – o direito derivado do costume.

O nosso direito é originário dos romanos e alemães e nasce das normas, do que está escrito.

Definições de Direito.

- **TOPOI** – é o juízo que nós fazemos das palavras. Vem do grego, significa Lugar Comum. As palavras, no direito é Topoi.

- **Essencialista** – Chegar a essência das palavras.

- **Convencionalista ou Analista** – Significado das palavras, conforme a visão comum de cada comunidade.

- **O Direito como Fato ou Fenômeno Social** – Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela.

- **O Direito como Ciência do “dever ser”** parte da rigorosa distinção que é preciso fazer entre “realidade” e “valor”. Entre “ser” e “dever ser”. A célula, oxigênio, os astros, são **realidades** ou seres. O bem, o belo, a verdade, a justiça são **valores**, pertencem a categoria do dever ser.

- “O direito é uma ciência de **investigação** de conduta que tem em vista um “dever – ser” jurídico, isto é, investiga e estuda as normas jurídicas”(Concepção Dogmática).

- “O Direito é o conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social, graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.”(Noção de Direito aos olhos leigos).

- “Ciência das normas obrigatórias que disciplinam as relações dos homens em sociedade; Jurisprudência”. (Dicionário Novo Aurélio – Séc. XXI)

- Lembrete : ; **Norma é gênero** As **espécies** vão ser : - lei, sentença, contrato, decreto, portaria, etc.

- Dogma – dokein, ensinar, doutrinar, impor. Verdade absoluta, ponto de partida inegável.

Conhecimento. – O conhecimento pode ser;

Comum – vulgar, senso comum, ordinário.

Científico – O conhecimento científico é aquele que é feito através de organização, sistematização, sendo passível de comprovação. Para se ter o conhecimento científico é necessário ter; - **objeto** – fator delimitador.

- **método**

- **sujeito** – o homem.

Leis Naturais – é a participação da criatura racional na lei cósmica, é a lei da natureza humana conhecida racionalmente pelo homem, independentemente de qualquer revelação sobrenatural. A lei natural é absolutamente imutável em seus primeiros princípios: o bem deve ser feito e o mal evitado; dar a cada um o que é seu, não lesar a outrem. Ex. Física, Matemática, etc.

Leis Culturais – no plano jurídico o Direito, pertence ao reino da cultura ou seja, ao mundo construído pelo homem, através da história. As leis culturais podem ser; Sociológica, Histórica, Econômica...

O DIREITO COMO FENÔMENO CULTURAL.

A doutrina da cultura ou dos valores é uma formulação moderna dos problemas da filosofia e das ciências. No plano jurídico sustenta que o direito, como a ciência, a arte e os demais fenômenos sociais, pertence ao reino da cultura, ao mundo construído pelo homem, através da história.

Se o “conhece a ti mesmo” foi a preocupação central da filosofia de Sócrates; se o conhecimento do mundo físico é a nota dominante da ciência moderna; o propósito básico dos **culturalistas** poderia ser assim sintetizado: “Homem, conhece a obra de teu espírito”.

Na necessidade de se ver o direito como um fenômeno inserido em situações vitais, dotado de sentido, a ciência jurídica surge como uma ciência cultural, não como conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações.

Por isso as mais recentes conquistas no campo da epistemologia jurídica situam-se no culturalismo jurídico, que concebe o direito como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido de conteúdo valorativo, sendo, portanto, pertencente ao campo da cultura.

Cultura é tudo que o ser humano acrescenta às coisas com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma nova dimensão que é o valor. Cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses. É o complexo de adaptações e ajustamentos feitos pelo homem, para que as coisas sirvam aos fins humanos.

A Ciência cultural ocupa-se com o espírito humano e com as transformações feitas pela atividade espiritual na natureza, isto é, com os **objetos culturais**. O objeto cultural compõe-se de um **substrato** ou **suporte**, que é sua matéria, e de um **sentido** ou **significado** que é a intenção objetivante. O **sentido** só pode constituir-se quando estiver referido a um valor e fundamentado no valor, de modo que o sentido se integra com esta valoração que o sustém.

Para o culturalismo, a ciência jurídica é uma ciência cultural que estuda o direito, como objeto cultural, isto é, como uma realização de espírito humano, com um **substrato** e um **sentido**. Se o substrato do direito for um **objeto físico**, temos **objeto cultural mundanal** ou **objetivo**, que corresponde ao espírito objetivo de Hegel e a vida humana objetivada de Recaséns Siches, e a corrente culturalista que o estuda será a **teoria cultural objetiva**, de que são representantes, dentre outros, Ortega Y Gasset, Recaséns Siches e Miguel Reale. Se seu substrato for a **conduta humana**, será um **objeto cultural egológico** (de ego) ou **subjetivo**, estudado pela **teoria egológica** do direito, representada por Carlos Cossio, Aftalión e outros.

O culturalismo jurídico enfatiza os valores do direito, sendo que alguns desses valores assumem maior importância sob o influxo de conteúdos ideológicos em diferentes épocas e conforme a problemática social de cada tempo e lugar.

Quatro são as direções principais das teorias culturalistas do direito; a concepção raciovitalista, A de Emil Lask, a concepção tridimensional de Reale e a egológica de Carlos Cossio.

OBJETOS CULTURAIS

- **Elemento** a) suporte (substrato, essencial) - objeto físico- cultural mundanal ou objetivo.
 - conduta humana - objeto cultural egológico- subjetivo
- b) sentido (significado)

- **Correntes** a) cultural objetiva (positivismo) norma posta.
- b cultural subjetiva (jusnaturalismo) conduta do homem.

O DIREITO E OS DEMAIS SISTEMAS NORMATIVOS.

Teoria Pura do Direito – Hans Kelsen.

Seu objetivo é responder a pergunta: que é o Direito? E, não, o que deve ser o Direito? É uma teoria do Direito positivo, preocupa-se, exclusivamente com a lei e as demais normas positivas, procurando purificar a ciência do direito, libertando-a da intromissão de ciências estranhas, como a moral, a sociologia, a psicologia. **Não se discute no Direito.**

Direito é comando emanado do Estado que vincula o comportamento.

Segundo **São Tomás de Aquino**, são três as espécies de leis (normas);

A – **Lei eterna** (divina) – governa o mundo. É o plano de Deus a respeito da criação e da ordem universal, "é a razão da sabedoria divina como diretora de todos os movimentos e ações no universo".

B – **Lei natural** – perceptível à razão do homem. É a participação da criatura racional na lei cósmica, é a lei da natureza humana conhecida racionalmente pelo homem, independentemente de qualquer revelação sobrenatural.

C – **Lei humana ou positiva** – tende, tem o objetivo de ser perfeita mas, só quanto mais se aproximar da lei natural. As leis não têm base na vontade de quem as cria. Obra do legislador humano, mas que deve ser conforme à lei natural e, portanto, à lei eterna.

A lei é **feita pelo homem para servir ao homem**, não para escravizá-lo.

Lei injusta não pode ser Direito. A regra é vida, a morte é exceção.

1.1-Teorias

a) Do mínimo ético – jusnaturalismo –Georg Jellinek – Consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. A moral, em regra, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social. Assim sendo, o Direito não é algo diverso da Moral, mas parte dela, armada de garantias específicas.

A teoria do mínimo ético pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o menor o do Direito. Haveria, portanto um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é Moral, mas nem tudo o que é moral é Jurídico”.

b) Dos círculos a) secantes (Du Pasquier)

b) concêntricos

RESUMO

1 – **Normas Morais** – unilateralidade, incoercibilidade interioridade.

2 – **Normas religiosas** – unilateralidade, incoercibilidade, interioridade.

3 – **Normas do trato social** – unilateralidade, incoercibilidade, exterioridade.

4 – **Normas Jurídicas** – bilateralidade, coercibilidade, exterioridade, heteronomia.

A norma faz com que eu adote a vontade dela e abandone a minha. Assumo a vontade da lei.

03.05.2000.

Técnica Jurídica - Conjunto de procedimentos para tornar prática e eficaz as normas para aplicar o direito diante do fato concreto

a) **a) de elaboração** - utilizado pelo poder legislativo no processo de criação da norma. (Ver LICC pag. 44 até 46).

b) **b) De interpretação** - a técnica da interpretação é necessária para o direito no sentido de tornar claro, entender as leis para poder aplicá-las ante um fato concreto.(LICC pag.137 até 173).

c) **c) De aplicação** - para poder aplicar as leis é preciso, primeiro, interpretá-las. (LICC pag. 137 até 173). Subsunção (LICC pag.6 e 7).

A Justiça como valor, se é um Estado justo. Hoje, o poder faz as leis para o poder.

A Lei está em crise, não está obedecendo ao ideal de Justiça.

Lex, legis = lei. Jus, juris, directo = reto, direito.

Jus vem do sanscrito **jós** = iussum = ordem - Positivismo (Kelsen - Positivismo puro)direito como ordem = lei.

"Jus vem do sanscrito **iū** = justum = justo. Jusnaturalismo = justo = direito achado na rua.

6 - Direito, Justiça e Equidade.

6.1 - A teoria da Justiça. (teoria é problematizar).

6.1.1 - Teoria do Direito. O Direito como norma; dever-ser. Regra social obrigatória (Beviláqua).

O Direito é o conjunto de preceitos ou regras, a cuja observância podemos obrigar o homem, por uma coerção exterior ou física (Aubry e Rau); Conjunto de normas, coativamente garantidas pelo poder público (Lhering). A norma busca : a ordem, a segurança jurídica e a Justiça (que é seu ideal).

6.1.2 - Teoria da Justiça. O Direito com sentido de Justo.

Se o Direito é essencialmente uma ciência normativa e a estrutura lógica de toda preposição jurídica é um **dever-ser**, o valor fundamental que o orienta, basicamente dir-se-ia que: - a sentença deve ser justa; a lei deve ser justa; a obrigação e a indenização devem ser justas; o salário e o preço devem ser justos.

Del Vecchio escreveu, "**A noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico**". A justiça, como o direito, não é uma simples técnica da igualdade, da utilidade ou da ordem social. Mais do que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa, fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens.

A justiça se opõe ao egoísta, exigindo que se respeitem os direitos e as pretensões das demais pessoas. Sem uma atitude pessoal de preocupação com os outros, e sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos. A justiça não é o sentimento que cada um tem de seu próprio bem-estar ou felicidade, mas o reconhecimento de que cada um deve respeitar o bem e a dignidade dos outros. É o reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.

"Tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades"(aristóteles).

"O Direito é o devido por justiça a uma pessoa ou comunidade" (gregos).

A Justiça é um conjunto de qualidades, ou seja, **para ser justo** é necessário ter **prudência** (cautela), **temperança** (equilíbrio) e **coragem** (ousadia).

O objetivo da justiça é a qualidade da ordem social.

Do ponto de vista dos moralistas, justiça é qualidade subjetiva do indivíduo, é uma virtude.

Para os juristas (os que estudam a norma como construção do homem), é uma exigência da vida social.

6.1.3 - Teoria da Ciência Jurídica. Epistemologia jurídica - estuda o Direito como ciência. Problematisa. O que é justiça? Quais as suas características, sua natureza, suas espécies, seu fundamento? Etc. Seu estudo recebe modernamente os nomes de axiologia jurídica, teoria dos valores jurídicos, deontologia jurídica, estimativa jurídica, etc.

6.2 - Conceito de Justiça. Virtude ou a vontade constante de dar a cada um o seu direito.

Ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem. Dois significados principais;

- a) a) como conformidade da conduta a uma norma.
- b) b) Como eficiência de uma norma.

Genericamente falando "para ser justa, uma norma deve adequar-se a um sistema de valores qualquer".

Os fins mais frequentes da justiça seriam quatro; felicidade, utilidade, liberdade e paz.

a) **felicidade** - Aristóteles - "As leis promulgadas sobre alguma coisa visam à utilidade comum a todos ou à utilidade de quem se destaca pela virtude ou por outra forma; desse modo, com uma só expressão definimos como justas as coisas que propiciam ou mantêm a felicidade ou parte dela na comunidade política".

b) **Utilidade** - Sofistas, na antiguidade e Hume no mundo moderno - "A utilidade e o fim da justiça é propiciar a felicidade e a segurança, mantendo a ordem na sociedade".

c) **Liberdade** - Kant - "A tarefa suprema da natureza em relação a espécie humana é uma sociedade em que a liberdade sob leis externas esteja unida, no mais alto grau possível, a um poder irresistível, o que é uma constituição civil perfeitamente justa".

d) **Paz** - hobbes - "É justa a ordenação que garanta a paz, afastando os homens do estado de guerra de todos contra todos, em que vivem no estado natural".

Justiça exprime, na linguagem jurídica, o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. É a prática do justo ou a razão de ser do próprio direito, pois que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei.

6.2.1 - Acepção Subjetiva. A Justiça como uma qualidade da pessoa, como virtude ou perfeição subjetiva. Fulano é um homem justo. O senso de justiça é fundamental no magistrado. É nesse sentido que nos referimos a justiça, à prudência, à temperança e a coragem como virtudes humanas. Refere-se ao homem individual. Justiça é quando nós damos a cada um o que lhe é devido.

6.2.2 - Acepção Objetiva. A Justiça designando objetivamente uma qualidade da ordem social. Nesse sentido, falamos da justiça de uma lei ou instituição. Ao jurista interessa a ordem social objetiva. Ele vê na justiça uma exigência da vida social.

6.2.3 - Acepção Histórica. A tradição filosófica, ética e jurídica da humanidade empregou a palavra justiça no sentido subjetivo e pessoal, como se pode perceber, através de algumas referências dessa tradição milenar;

A **Bíblia**, que traz as **primeiras idéias** de justiça identifica, no livro dos provérbios: "A justiça do **simples** (= qualidade = bondade) dirige o seu caminho". E, no livro da Sabedoria: "A **sabedoria** ensina a temperança, a prudência, a justiça e a fortaleza".

Entre os Orientais, Justiça tem sentido de **sabedoria**.

Aristóteles e pensadores da cultura grega consideram-na como hábito, "A justiça é um **hábito**"

Em Roma, Ulpiano a definia como **Virtude** "Vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu", ou, "Justo é viver honestamente".

Para Cícero, justitia est habitus animi.

A tradição patristica e medieval, representada por Santo Agostinho, Isidoro de Sevilha e S. Tomás, considera a justiça como uma **virtude, força da vontade**. E, Libniz, como um **hábito de amizade** em relação ao próximo.

Na moderna linguagem jurídica é usada, preferencialmente, a acepção **objetiva** da justiça, em que, justiça aplica-se à **ordem social** que garante a cada um o que lhe é devido.

Entre os povos organizados a justiça é o próprio fundamento dos poderes públicos, que se instituem por delegação da soberania popular.

6.2.3.1 - Sentido Latíssimo.- Justiça significa a virtude em geral. O conjunto de todas as virtudes. O justo é o virtuoso, significando santidade. É esta a acepção do vocábulo em diversas passagens da Bíblia, em que o justo é equiparado ao santo.

Essa filosofia estoica, que exerceu poderosa influência sobre o Direito Romano, pode ser notada no Digesto onde "Direito é a arte do bom e do equitativo". E para Ulpiano que, vem em primeiro lugar o "viver honestamente". E, para S. João Crisóstomo que definiu a justiça como o cumprimento dos mandamentos ou das obrigações em geral.

6.2.3.2 - Sentido Lato.- Acepção menos ampla onde justiça significa não a virtude em geral, mas apenas o conjunto de relação e convivência humana.

Justiça, em sentido lato, significa o conjunto das virtudes que regulam as relações entre os homens. Inclui, além dos deveres de justiça estrita, as virtudes da amizade, da veracidade, do respeito filial e outros.

6.2.3.3 - Sentido Estrito. - em sentido estrito e próprio, a justiça designa uma virtude com objeto especial. A essência da justiça consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade (simples ou proporcional), conforme definição de S. Tomás;

"Só é justiça propriamente dita a relação que tem por objeto:

- - dar a outrem;
- - o que lhe é devido;
- - segundo uma igualdade.

A essas três notas correspondem as características essenciais da justiça, em sentido estrito;

- - a alteridade ou pluralidade de pessoas;
- - o devido;
- - a igualdade.

6.2.3.4 - Características essenciais.

a) **a) Alteridade.(alteritas)** pluralidade de pessoas. A justiça consiste fundamentalmente na disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo. Por isso, para que ela se realize é necessário a existência de uma pluralidade de pessoas ou pelo menos uma outra pessoa (alteritas). Ninguém pode ser justo ou injusto consigo mesmo. Essa pluralidade é que distingue a justiça das outras virtudes morais, caracterizando-a como uma virtude social. As demais podem ser exercidas pelo homem, individualmente. A justiça é uma virtude moral e como tal não pode ser exercida pelos animais pois sua realização supõe conhecimento de princípios e liberdade de decisão. Logo, não existem relações de justiça entre o homem e os animais.

b) **b) Devido.(debitum) Legal e Moral.** - obrigatoriedade ou exigibilidade

Débito Moral é o dever simplesmente moral, menos rigoroso, que não pode ser imposto por lei ou exigido pelo interessado. No caso, gratidão, amizade ou veracidade.

O devido moral aperfeiçoa, aprimora a convivência entre as pessoas.

Débito Legal, estrito e rigoroso, que pode ser exigido e legalmente imposto. O devedor tem o dever estrito ou legal de efetuar o pagamento da dívida (obrigatoriedade) e o credor, o direito de exigí-lo (exigibilidade).

"O devido legal é necessário à existência da vida política, enquanto o devido moral apenas contribui para a perfeição dessa vida - Lachance".

Quando o respeito a determinado dever é necessário ao bem comum, a lei o torna exigível, atribuindo ao credor o poder de exigí-lo. É a atributividade.

O devido legal garante a ordem, a harmonia (normas de garantia, garantir o mínimo). Tem atributividade.

A diferença entre devido moral e devido legal é a exigibilidade.

c) **c) Igualdade (aequalitates)** - Dar a cada um o que lhe é devido, segundo uma igualdade.

A igualdade é a essência da Justiça.

c.1 - Igualdade como elemento essencial. A "pluralidade" de pessoas e o "devido"(exigibilidade ou atributividade) são elementos necessários, mas não suficientes para caracterizar uma relação de justiça. Um terceiro elemento é necessário; a "igualdade". **A** dá a **B** (alteritas) o que lhe é devido (debitum), segundo

uma igualdade (aequalitas), eis a estrutura elementar de um ato de justiça. "A justiça é uma igualdade e a injustiça uma desigualdade - Aristóteles". "A essência da justiça é a igualdade - S. Tomás". Das coisas que estão adequadas ou igualadas dizemos que estão ajustadas.

Da noção de igualdade derivam as de pluralidade (toda igualdade supõe, pelo menos, dois termos) e a de obrigatoriedade ou devido (numa relação de justiça, a prestação é devida, porque ela representa uma igualdade ou proporção, e não vice-versa. A matéria de justiça não é proporcionada a outrem porque lhe é devida, mas, ela lhe é devida, porque lhe é igual ou adequada proporcionalmente. A igualdade da justiça não é um dado subjetivo, mas uma exigência que pode ser fixada objetivamente.

Em que consiste a igualdade? - Duas realidades são;

- - **Idênticas** quando têm a mesma essência (o que constitui o ser e a natureza das coisas, substância.. - um homem é idêntico apenas a si mesmo.
- - **Semelhantes** quando têm as mesmas qualidades. - de duas pessoas que têm os mesmos traços dizemos que são semelhantes.
- - **Iguais** quando têm a mesma quantidade. - vinte é igual a dez mais dez.

A igualdade é, pois, uma equivalência de quantidades.

Na justiça não se trata de estabelecer "identidade"(entregar um objeto e receber o mesmo objeto), nem de receber um objeto "semelhante" ou parecido. Mas de estabelecer uma equivalência ou igualdade.

Somos semelhantes, idênticos, mas não iguais.

c.2 - Igualdade simples absoluta ou proporcional.

- - **igualdade simples ou absoluta** - é a equivalência entre dois objetos, que se verifica nas relações de troca. Se comprar um objeto que vale 1.000 devo efetuar pagamento de igual valor ($1.000 = 1.000$). igualdade aritmética
- - **igualdade proporcional ou relativa** - é a que se realiza na distribuição dos benefícios e encargos entre os membros de uma comunidade. **A** contribuiu com 50, recebe 5, e **B**, que contribuiu com 80 recebe 8 ($5/50 = 8/80$). Igualdade geométrica.

Aristóteles chamou à primeira igualdade de "aritmética" e à segunda "geométrica".

Como diz Lachance, na justiça devemos nos igualar ao próximo por um ato.

Se **A** recebe de **B** um objeto ou serviço que vale 100 e paga 100, a **igualdade** inicial foi mantida. A ação foi **justa**. Se pagar menos de 100, **violará** a justiça. Se der mais, praticará uma **liberalidade** (além do que é devido) e não, simplesmente, um ato de justiça.

c.3 - Igualdade fundamental -

A igualdade essencial de todos os homens é o fundamento da justiça.

Todos os homens têm a mesma natureza e dignidade fundamentais, não podendo ser considerado simples instrumento e ser usado como tal.

A finalidade da justiça é assegurar a igualdade pessoal dos homens.

"Fundamental é o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, uma natureza dotada de inteligência e vontade livre".

A verdadeira noção de justiça surge com o cristianismo que proclamou a igualdade fundamental e a universal fraternidade de todos os homens, de qualquer raça e condição.

É incompatível com a verdadeira noção de justiça toda doutrina que, negando essa igualdade de natureza, pretenda estabelecer raças de senhores e raças de servos.

Violam o princípio fundamental de justiça todos que tratam o trabalhador como escravo, quando é de justiça que se respeite nele a dignidade do homem.

Nortear a vida do grupo social. Nivelar as pessoas por cima.

6.2.3.5 - Princípio da Igualdade.

Princípio fundamental de igualdade - Declaração dos direitos do homem.

"O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo".

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Art. 5º da Constituição, é a fórmula comum do princípio de igualdade nas Constituições modernas" -

O respeito à dignidade fundamental da pessoa humana, que constitui a base da justiça, não pode ser considerada apenas abstratamente. É na realidade histórica, concreta e variável, em que as relações sociais se desenvolvem, que a justiça e suas exigências devem ser atendidas.

Distinção = discriminação - todo sistema que discrimina é um sistema incompatível com a justiça.

Fundamental = base = estrutura do edifício.

Clausula pétrea = lei irrevogável = base, estrutura do princípio de igualdade.

O Estado não está dando conta de organizar a sociedade com leis justas, a sociedade reage com o "direito achado nas ruas". "A estrutura está ruim porque a base é ruim, falta moral".

6.3 - Equidade -

6.3.1 - Conceito

Não é a justiça. Compõe o conceito de uma justiça fundada na igualdade, da conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios.

Disposição de ânimo, constante e eficaz, de tratar qualquer pessoa, segundo sua própria natureza, ou como é, contribuindo em tudo que se tem ao alcance, desde que não seja em prejuízo próprio, para torná-la perfeita e feliz. Funda-se na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável. É a régua de lesbos.

"Tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (Aristóteles)

"A justiça é boa mas a equidade é ótima".

A equidade é uma forma de preencher uma lacuna da lei e um parâmetro para o julgador amenizar os rigores excessivos da lei. Suplementa a lei, ante as possíveis lacunas.

É elemento de adaptação da norma ao caso concreto. Apresenta-se a equidade como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso sub judice.

A equidade seria uma válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e a antinomia entre a norma e a realidade, a revolta dos fatos contra os códigos.

Summum jus = summa injuria (Cícero) "suprema lei = suprema injustiça.

6.3.2 - Tipos - Legal, judicial, Cerebrina.

- **Equidade legal** - é aquela que está prevista nos textos legais. É aquela que está contida no texto da norma, que prevê várias soluções. É uma justiça aproximada, porque a lei não "individa", limita-se a especificar. Exemplos; Art. 8º CLT; 108 CTN; Art. 6º lei 9099.
- **Equidade judicial** - é aquela que o juiz aplica, autorizado implicitamente, pelo ordenamento jurídico. É aquela em que o legislador, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução do caso concreto por equidade. Exemplo; art. 11, da lei n.9307/96. Art.1456 CC. Art.127 CPC.
- **Art. 4º LICC.** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por que não está a equidade escrita no artigo 4º Resp. - porque arrepiava aos legisladores que o juiz vá decidir pela lei, pois nossa escola de direito predominante é a Dogmática Positivista, e essa prática contraria os conceitos dessa escola onde, o direito é lei.

Art.127. CPC. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 5º CC. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (é a equidade implícita).

Na lei 6.515 CC - todos os casos de equidade judicial.

Equidade celebrina - (é proibida)

Nasce do juízo pessoal e ideológico do magistrado. Criar o direito de acordo com a vontade dele.

6.4 - Tipos de Justiça - Particular, Comutativa, Distributiva; Social.

Podemos dizer que há;

- a) a) Uma justiça **Particular** - cujo objeto é o bem do particular; é praticada por particulares, sem interferência do Estado.
- b) b) Uma justiça **Geral ou Social** - também chamada legal ou social, cujo objeto é o **bem comum**.

A justiça **particular** pode se realizar de duas formas;

- **Justiça Comutativa** (também chamada corretiva ou sinalagmática). Justiça das **trocas**.

Comutativa, do latim commutare, porque versa sobre permutas ou trocas.

Corretiva, porque seu objetivo é corrigir ou retificar a igualdade nas relações entre particulares.

Sinalagmática, porque bilateral.

"A justiça particular está ordenada para as pessoas privadas. E estas podem ser comparadas à comunidade como as partes ao todo, ocorrendo de parte à parte, entre uma pessoa e outra. Procura adequar coisa a coisa, realizando uma **igualdade aritmética**.

Na justiça comutativa, a pluralidade de pessoas (alteritas) se realiza sob a forma de uma **relação entre particulares**. O debitum se apresenta como um devido, rigoroso e estrito. E a igualdade é simples ou absoluta, também chamada real ou aritmética, podendo ser definida como a virtude pela qual:

- - **um particular dá a outro particular**
- - **aquilo que lhe é rigorosamente devido,**
- - **observada uma igualdade simples ou real.**

"A justiça comutativa inclina a vontade a dar a cada particular o seu direito estrito, observando uma igualdade de coisa a coisa". "regula as relações entre pessoas diferentes e versa sobre o que é de cada indivíduo por direito próprio".

Por particular devemos entender diversas realidades; as pessoas físicas, as pessoas jurídicas, o Estado como particular e os Estados na comunidade internacional, as instituições privadas (todas as pessoas jurídicas de direito privado). Exemplos: o comprador paga ao vendedor o preço correspondente ao valor da mercadoria; O agressor é obrigado a reparar o dano na medida do prejuízo que causou à parte contrária.

Justiça Distributiva -

Como reguladora das relações entre a **comunidade e seus membros**, cabe à justiça distributiva regular a aplicação dos recursos da coletividade às diversas regiões ou setores da vida social, disciplinar a fixação dos impostos e sua progressividade, o voto plural nas sociedades anônimas, a participação dos empregados nos lucros, na gestão ou na propriedade da empresa, a aplicação do salário família, etc.

Os princípios da justiça distributiva inspiram planos de reforma agrária, urbana, tributária, educacional. Nela vão buscar seu princípio orientador importantes ramos do direito, como o administrativo, o fiscal, o do trabalho e da previdência social, entre outros.

- - A pluralidade de pessoas (alteritas) apresenta-se como relação entre a comunidade e seus membros, o todo e a parte.
- - O devido consiste em assegurar aos membros da coletividade uma **equitativa "participação no bem comum"**.

- - A igualdade, a ser estabelecida ou respeitada, é proporcional ou relativa. É a justiça **geométrica**.
Justiça distributiva é a virtude pela qual,
- - **a comunidade dá a cada um de seus membros**
- - **uma participação no bem comum,**
- - **observada uma igualdade proporcional ou relativa.**

"A justiça distributiva assegura ao particular uma parte do bem comum, distribuído proporcionalmente a seu valor como membro do corpo social e à posição que ele ocupa na sociedade.

Justiça Geral Social

É o nome novo de uma virtude antiga - justiça geral ou legal - estudada e exaltada por Aristóteles: "Nem a estrela da manhã, nem a estrela vespertina são tão belas quanto a justiça geral".

Na justiça social a "alteridade" ou pluralidade de pessoas tem como sujeitos, de um lado, os particulares ou membros da sociedade (como devedores), e, de outro, a sociedade (como credora).

O "devido" é a realização do bem comum, a contribuição de cada um para sua realização.

E a "igualdade" que a orienta é de natureza proporcional ou relativa.

Com esses elementos conceitua-se a justiça social como a virtude pela qual;

- - **os membros da sociedade dão a esta**
- - **sua contribuição para o bem comum,**
- - **observada uma igualdade proporcional.**

A obrigação de assegurar condições de higiene e segurança no ambiente de trabalho, o pagamento de impostos, a subscrição compulsória de títulos da dívida pública e outras medidas exigidas pelo bem comum constituem imposições da justiça social.

"Virtude pela qual damos à sociedade o que lhe é devido para promover o bem comum dos cidadãos - Marres".

"Virtude é o que inclina o homem a dar à comunidade aquilo que lhe é devido - Desrosiers.

"Virtude que impera, como devidos ao bem comum, os atos de outras virtudes exigidos dos cidadãos, por alguma lei positiva ou por sua conexão necessária com o bem comum - Vermeersch".

O objeto da justiça social é "ordenar os atos de todas as virtudes para o bem comum - S. Tomás".

Justiça social = justiça geral = justiça legal .

Justiça **geral** porque tem como objeto o bem "geral" ou comum (não um bem "particular", como a comutativa e a distributiva).e, porque sua matéria é constituída por atos de todas as virtudes.

Justiça **legal** pois, é finalidade da "lei" fixar as exigências do bem comum, sendo esse seu objeto.

7 - Os Métodos do Direito; (O Problema Metodológico).

Método é a idéia de ordenamento da razão, capaz de conduzir-nos a determinados resultados certos e comprovados, ou pelo menos, suscetíveis de fundado consenso.

7.1 - Introdução;

Todo conhecimento científico ou filosófico pressupõe uma ordenação intencional da inteligência e da vontade capaz de permitir ao investigador alcançar um resultado dotado pelo menos de relativa certeza. Relativa porque, nem todas as ciências podem lograr resultados rigorosamente certos, isto é, suscetíveis de igual verificação.

7.2 - Tipos de verdades;

7.2.1 - Verdade Analítica - diz-se que uma verdade é analiticamente verificável quando ela, ou é **evidente**, ou pode ser reconduzida, por **inferência** (indução, conclusão; passagem da premissa à conclusão), a uma verdade evidente, ou a um pressuposto admitido como certo ou válido.

Uma verdade se diz evidente quando ela manifesta a sua certeza no ato mesmo de ser enunciada, sendo como tal recebida, sem contestação, pelo espírito, graças a "intuição intelectual", não havendo necessidade de qualquer prova. Exemplo: - "o todo é maior que a parte".

Verdade Sintética - Nem todas as ciências podem realizar verificações de tipo analítico. É o que acontece com as ciências físicas, químicas, biológicas, etc., as quais realizam "verificações sintéticas, isto é, subordinam as suas hipóteses ao controle da experiência. É graças a processos de experiências intencionalmente programadas e dirigidas que os cientistas verificam, em função dos fatos observados, o resultado de suas pesquisas.

7.3 - Fatores para a obtenção da verdade. - a certeza, nas ciências sociais, é obtida mediante o

- a) **a) rigor de raciocínio,**
- b) **b) a objetividade da observação dos fatos sociais,**
- c) **c) e a concordância de seus enunciados.**

Ao obedecer essas exigências, as ciências sociais estabelecem princípios e leis. Não leis de causalidade, como as da Física, mas leis de tendência, que asseguram certo grau de certeza e previsibilidade, visto se basearem em dados estatísticos e probabilísticos, ou por terem sido estabelecidas "com rigor", à vista da observação positiva dos fenômenos ou fatos sociais.

As ciências sociais não são exatas, devem ser de rigor, ou seja, rigorosas quanto às técnicas de estudo e à coordenação lógica das proposições que formulam em correspondência cada vez mais completa com a realidade examinada, e de modo a excluir contradições.

Portanto, a Ciência do Direito, como investigação positiva desse campo da realidade social que chamamos experiência jurídica, não pode deixar de obedecer às regras da Lógica, nem deixar de seguir métodos adequados às suas finalidades.

7.4 - Processos de cognição.

7.4.1 - Mediatos

7.4.2 - Imediatos (que o homem contrai através da experimentação).

7.5 - Os Métodos do Direito

- a) **a) indução** - o método indutivo se caracteriza por ser um processo de raciocínio que se desenvolve a partir de fatos particulares, até atingir uma conclusão de ordem geral, mediante a qual se possa explicar o que há de constante ou comum nos fatos observados e em outros da mesma natureza.
- b) **b) dedução: silogística ou amplificadora.**

O método dedutivo se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, graças às regras que presidem à inferência das proposições ou em virtude das leis que regem o pensamento em sua consequencialidade essencial. Existem dois tipos de dedução;

- **silogística** - postas duas proposições, chamadas premissa maior e premissa menor, delas resulta necessariamente uma conclusão, a qual, se esclarece ou particulariza um ponto, nada acresce substancialmente ao já sabido.

Amplificadora - da comparação lógica de duas ou mais proposições podemos elevar-nos a uma verdade nova, que não se reduz, ponto por ponto, às proposições antecedentes. De verdades maiores para genéricas.

- c) **c) analogia** - quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhe sejam próprias, razoável é subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes, cuja similitude coincida em pontos essenciais. Raciocínio similar. Aplicar a um caso particular, o de outro caso semelhante. Garantia de estabilidade das relações jurídicas.

8 - Teoria da Argumentação - (outros métodos)

8.1 - Lógica da persuasão- implica trabalhos práticos da linguagem falada e escrita como um instrumento indispensável sobretudo ao exercício da advocacia.

Serve como instrumento de convencimento do direito na atuação do jurista.

8.2 - Dialética- saber defender um ponto de vista com clareza e vigor, de tal sorte que a sua convicção se transmita a quem vai julgar. É a arte de argumentar com êxito prático e aliciante. Aplicação do direito de discussão. É a arte da discussão e argumentação do direito.

Tese - idéia central. Pedido inicial.

Antítese - Contestação

Síntese - Acordo, solução

Ler definição completa no livro Lições preliminares de Direito pag. 81 até 91.

II - O DIREITO COMO NORMA - Teoria da norma jurídica.

2.3 - Dogmática das relações jurídicas - Doutrinar, ensinar. (Zetético = perguntar).

2.3.1 - Considerações.

a) ver caráter prescritivo.

b) tipos de relações que vou encontrar normatizada.

c) qualificar atos e omissões - o que é lícito e ilícito (fatos relevantes).

d) como se comporta a noção de impositividade sobre a liberdade das pessoas.

2.3.2 - Modais deônticos. - trata dos deveres, dos princípios morais.

a) **proibição** - estabelecer uma limitação para a conduta da pessoa.

b) **obrigatoriedade** - desde que não cumpra os modais.

c) **permissão** - desde que

2.3.3 - Conceito dogmático de norma jurídica.

2.3.3.1 Elementos.a) sanção - b) coercibilidade - c) coação - d) bilateralidade - e) generalidade -

2.3.4 - Tipos de Normas jurídicas.

Primeira classificação;

2.3.4.1 - Quanto à relevância.

2.3.4.2 - Quanto à Subordinação. 2.3.4.3 - Quanto à Estrutura. Segunda classificação;

2.3.4.4 - Quanto à hierarquia. 2.3.4.5 - Quanto à natureza das disposições.

2.3.4.6 - Quanto à aplicabilidade. 2.3.4.7 - Quanto à sistematização.

Para Rodolfo de Stéfano os tipos fundamentais de Estado podem ser reduzidos a três;

- - A Cidade - Estado, o Império Medieval e o Estado Moderno.

Já, Grappali, classifica os tipos de estado baseado no limite maior ou menor que encontra o poder do Estado:

a) **Estado patrimonial** - quando o Estado é considerado patrimônio pessoal do príncipe e o exercício da soberania decorre da propriedade da terra;

b) **Estado de polícia** o quando o soberano, embora não governando em nome próprio, mas em nome do Estado, exerce discricionariamente o poder público, de conformidade com aquilo que ele considera de interesse do Estado e dos súditos;

c) **Estado de Direito** - quando os poderes são rigorosamente disciplinados por regras jurídicas.

Este último tipo de Estado, do qual procura avizinhar-se o Estado Moderno, ainda não foi conseguido em realidade, uma vez que muitas relações entre o estado e os cidadãos carecem ainda de regulamento jurídico e de tutela jurisdicional.

As características fundamentais do Estado moderno são determinadas pelas deficiências do Estado Medieval que aspirava a antiga unidade do Império Romano, jamais conseguida.

O Estado Medieval compreendia uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, formadas de unidades familiares, voltadas para a produção de subsistência.

Os senhores feudais já não suportavam a pesada e indiscriminada tributação exigidas por monarcas aventureiros e circunstanciais, que mantinham um estado de guerra constante, causando prejuízos a vida econômica e social da época.

Essa insatisfação desperta a consciência para a busca da unidade que se confirmaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial.

O Estado moderno tem seu atestado de existência que é os Tratados de Paz de Westfália.

Os elementos essenciais indispensáveis para o desenvolvimento do Estado Moderno, desenvolvidos espontaneamente, tornam-se nítidos com o passar do tempo e tem sua definição e preservação convertidos em objetivos do próprio Estado.

Os teóricos divergem quanto a identificação e número desses elementos;

Santi Romano - Soberania e territorialidade;

Del vecchio - Povo, Território e um vínculo Jurídico;

Donato Donati - Povo, território, Pessoa Estatal

Groppale - Povo, Território, Poder e finalidade, pois, as pessoas só se integrariam numa ordem vivendo sob um poder, em função de um fim a atingir, e o Estado dotado de ordem e poder próprios, deve ter uma finalidade que justifique sua existência.

Ataliba Nogueira - desdobra o poder - dividindo em cinco os princípios; Território e Povo (elementos materiais), a Soberania e o Poder de império (elemento formal) e a finalidade.

Mas, basicamente, hoje, o Estado Moderno é constituído de quatro elementos essenciais; Povo, Território, Soberania e Poder.

A Soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido fundamental para que este se definisse. É o poder supremo do Estado em relação a outros poderes para decidir sobre determinadas matérias.

"poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência" (Miguel reale).

A Soberania é **una** (num mesmo Estado não podem sobreviver duas soberanias), **indivisível** (aplica-se à universalidade dos fatos), **inalienável**, **imprescritível** e também **originária** (nasce no mesmo instante em que nasce o Estado); é **exclusiva** (só o Estado possui), é **incondicionável** (só encontra limites postos pelo próprio Estado) e **coativa** (ordena e dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativamente)

Como direito subjetivo é um poder de vontade **comandante** (seu aspecto principal). A relação com as demais vontades é uma relação de superior e subordinados, e uma poder de vontade **independente** (o poder soberano não admite que qualquer convenção internacional seja obrigatória para o Estado)

Justificação e Titularidade da Soberania.

Teoria Teocrática - fim da idade média - princípio cristão externado por S. Paulo; todo poder vem de Deus; Direito divino sobrenatural; Soberania vem de Deus. O titular é o soberano.

Teoria Democrática ou Popular - a Soberania se origina do próprio povo. Três fases;

- Titular da soberania - o próprio povo;
- Titular é a nação - Revolução Francesa;
- Titular é o Estado.

Hoje, continua a ser concebido de duas maneiras;

- Sinônimo de independência invocado pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, principalmente ao seu povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; e,
- Expressão de poder jurídico mais alto, significando que dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.

A conceituação jurídica de soberania, baseia-se na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco, como regra de convivência.

Território

Espaço ao qual se circunscreve a validade da ordem jurídica estatal.

Relação de domínio - o Estado atua como proprietário do território.

É o espaço dentro do qual o Estado exerce seu poder de império.

Povo

É indispensável o elemento pessoal para a constituição e existência do Estado já que sem ele não é possível haver Estado, pois é para o povo que o Estado se forma.

É durante o primeiro período do Estado Moderno que se generaliza, sobretudo na França, a designação de **cidadão** que iria influir para que o conceito de povo (livre de qualquer noção de classe) se ampliasse, através da **ascensão política da burguesia**.

No Estado Moderno todo indivíduo submetido a ele é, por isso mesmo, reconhecido como pessoa.

Rousseau diz que, "os associados, que compõem a sociedade e o Estado, recebem coletivamente o nome de povo, com a designação de "**cidadãos**" quando participam da autoridade soberana e "**sujeitos**" quando submetidos às leis do Estado".

Povo é, então, o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Então, povo é o conjunto dos **cidadãos** do Estado.

Finalidade e Funções do Estado

O Estado como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares, portanto, o **fim** do Estado é o **bem comum**, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território.

O poder do estado ou poder de império

O Estado não só tem um poder mas é um poder.

Burdeau - Estado é a institucionalização do poder.

O Estado é poder, e por isso seus atos obrigam; mas é poder abstrato, não sendo afetado pelas modificações que atingem seus agentes.

Encarna uma idéia, a imagem de ordem, que é o próprio fundamento do poder.

O poder é o próprio Estado como expressão ordenada da idéia de convivência que prepondera no grupo.

No Estado moderno, o poder se apresenta como poder dominante originário e irresistível, pois se afirma a si mesmo como princípio originário dos submetidos.

1 - Conceito Dogmático de Norma Jurídica.

A norma jurídica pode ser vista como um **comando**, no qual não se identifica comandante ou comandado.

Na norma jurídica, não existe identificação individual dos destinatários, como por exemplo, João não deve matar.

É importante esclarecer que a norma **não é só um padrão de conduta a todos imposta**, mas sim, também **funciona para qualificar** os agentes sociais, conforme sua posição perante a sociedade (agente capaz, comerciante, consumidor, prestador de serviços, tomador de serviços, etc.), teoria desenvolvida por Lhering no século XIX.

Segundo Lhering, em virtude da norma servir como elemento de qualificação de pessoas, ela passa a ser **despsicologizada**.

Atualmente considera-se a norma simplesmente como uma **proposição vinculante**, imposta **coativamente** a observância de todos pelo Estado.

A **proposição vinculante** tem caráter **impositivo** e é uma base de decisão para o jurista, um ponto de partida. Assim, a dogmática analítica estuda, nesta parte, os **elementos da norma**.

Relativo aos elementos que compõem a norma, não existe uma unanimidade dos juristas. Todavia, alguns desses elementos devem ser estudados;

1.1- Coercibilidade - A coerção, segundo define Miguel Reale, é a **possibilidade** lógica de interferência da força, no cumprimento de uma regra de direito.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior "a coercibilidade seria uma característica que diz respeito a suscetibilidade de aplicação da coação.

A coerção exerce uma **pressão psicológica** no sentido de nos obrigar a cumprir a lei. Assim, ocorre vez que o poder estatal deve engendrar nos destinatários da norma o **medo de sofrer sobre si** uma sanção. Hoje, infelizmente, a coerção não cumpre totalmente com a sua função, exemplo: Favela Paraguaí em São Paulo.

1.2- Coação - Coagir significa forçar algo.

O termo, na linguagem jurídica pode ser encarado de duas formas:

- a) a) A coação no sentido de **vício do ato jurídico**. Neste sentido a coação é a **violência** física ou psíquica, contra uma pessoa ou grupo. Aqui a **força nasce de uma pessoa contra a outra ou contra o grupo**, ou seja, o **estado não participa**. Essa espécie de coação é considerada **ilegal**, conforme previsão do art. 98 CC.; art. 147, inciso II, todos do Código Civil, e pode acarretar a anulação do ato. Essa espécie de coação é condenada, além de outros fundamentos pertinentes a matéria de Direito civil, pelo fato de que o art. 5º, inciso II da Constituição Federal diz que , ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
- b) b) Força empregada pelo Estado. A coação quando utilizada para **assegurar o cumprimento das leis**. Aqui, a coação é uma **consequência da coerção**, ou seja, nós **somos coagidos** (forçados) a cumprir a lei, em virtude do **poder do Estado**.

Exemplo: - Quando alguém permanece no imóvel após a sentença de despejo, o Estado usa a força para fazer valer o cumprimento da lei.

1.3- Sanção - Sanção é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra.

Toda norma ética ou cultural obrigatória tem sanção. Entretanto, elas agem de modo diverso em cada caso.

Evolução das sanções.

Com a evolução da civilização humana, observou-se a passagem na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica.

No início da sociedade humana, tudo era resolvido pela vingança, sendo que a ofensa se estendia sobre todo o grupo (clã) a que pertencesse o indivíduo.

Posteriormente a vingança passou a ser privada.

Com o passar do tempo a vingança passou a respeitar certas regras (duelos, talião, ordálias), o que imperava aqui ainda era a força.

Finalmente, o Estado toma para si a força de distribuir a justiça. Só o Estado pode aplicar sanções, punições, penas, utilizando-se de uma força.

Para Kelsen, a sanção tem função primordial para a existência da norma jurídica.

Hoje, todavia, predomina o entendimento de que existem normas despidas de sanção. Tais normas cumprem uma função meramente formal, cuja finalidade é orientar ou dificultar certos atos, como por exemplo: - os artigos do Código Civil que fixam critérios para a distinção entre coisas (art. 43 e seguintes do Código civil Brasileiro); os art. 2º, caput e 3º, caput do CDC que definem consumidor e fornecedor; as regras de competência (art.100 do CPC, etc.).

1.4 - Bilateralidade - A norma jurídica, através de suas disposições, sempre vincula duas partes, dando a uma direitos e a outra, obrigações. Exemplo: O empregado tem o dever de trabalhar, em contrapartida, este tem o direito de receber o salário do empregador.

1.5 - Generalidades - A norma jurídica não nasce para regular coisas individuais, mas sim, abrange a todos de modo geral.

Bibliografia - Nunes pag. 162/168.

Tércio - pag. 118/123.

Miguel Reale - pag. 46/50 e 68/76.

Anotações da aula.

A norma jurídica é um comando, imperativo dirigido às ações dos indivíduos, e das pessoas jurídicas e demais entes.

Ente - aquilo que existe; coisa, objeto, matéria, substância, ser.

Ser - todo ente vivo e animado; homem, indivíduo, pessoa, criatura.

A norma jurídica opera com **Modais Deônticos**, que são três; de **proibição**; de **obrigatoriedade**; e de **permissão**.

Deontologia jurídica - é o estudo da influência da Ética sobre o direito. Refere-se também, ao conjunto de princípios éticos que norteiam a atividade do profissional do direito.

Modal - De modo, é relativo ao modo particular por que se deve executar ou cumprir ou deve ser executado, para que possa valer como de direito. E se o seu executante, a quem se impôs o encargo ou restrição, foge ao cumprimento da disposição, a execução não se entende perfeita e pode motivar a anulação do que é contratado ou a responsabilidade daquele que não cumprir o que lhe era ordenado ou imposto.

Deste modo, a norma jurídica, ao se dirigir ao destinatário, proíbe (modal de proibição) e obriga (modal de obrigatoriedade). Exemplos;- É proibido fumar. É obrigatório o uso de crachá.

O modal de permissão não gera comando mas, sim, prerrogativa ou faculdade ao destinatário. Exemplo; - É permitido o uso de traje de banho neste estabelecimento.

"O homem médio inclina-se a acreditar que aquilo que é, sobretudo se é de maneira durável, deve ser; um julgamento ontológico, referindo-se à conduta humana, torna-se à força de repetições um julgamento deontológico".(Nicolas Timascheff).

Ontológico - (pertencente ou relativo a ontologia). Parte da filosofia que trata do ser enquanto ser, do ser concebido como tendo uma natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres.

Norma Jurídica, Norma Moral e Norma Social; o traço distintivo que vai destacar a norma jurídica das demais é que, na norma jurídica existe a possibilidade de aplicação forçada da sanção ou o uso da força para obrigar alguém ao cumprimento da norma ou à reparação do dano e pagamento da pena.

A sanção é então, o elemento que distingue a norma jurídica das outras normas, morais e costumeiras.

Norma Jurídica - norma = derivado do latim **norma**, oriundo do grego gnomos (esquadria, esquadro), na linguagem jurídica é tido como regra, modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabelece em lei ou regulamento para servir de pauta ou padrão na maneira de agir.

Assim, Norma jurídica, instituída em lei, vem ditar a orientação a ser tomada em todos os atos jurídicos, impor os elementos de fundo ou de forma, que se tornam necessários, para que os atos se executem legitimamente.

É o preceito de Direito. Nela está contida a regra a ser obedecida, a forma a ser seguida, ou o preceito a ser respeitado.

Coercibilidade - qualidade da norma de exercer coerção. Ação de reprimir, de refrear. É usada para indicar a punição imposta aos delinquentes, como um atributo da justiça. É a força que emana da soberania do Estado e é capaz de impor o respeito à norma legal. Para Kelsen "o equilíbrio é mantido pelo Estado que tem o poder coercitivo, poder que força o homem a obedecer a norma.

Coação - derivado do latim coactio, de cogere (constranger, obrigar, violentar). Indica os meios de que dispõe o titular de um direito para que se conserve íntegra a relação jurídica, que o liga ao objeto do mesmo.

É, assim, um dos elementos fundamentais do próprio direito, mostrando-se o apoio legal ou a proteção legal, que é avocada pelo sujeito de direito, a fim de que se conserve preso ao objeto do direito que é seu, obrigando ou constringendo todos os que pretendam molestá-lo a que respeitem o seu direito.

Coação Ilegal (física e psicológica)- a coação física se caracteriza pela impossibilidade de poder a pessoa reagir ao constrangimento ou à violência, sendo, portanto, obrigada, pela coação, a anuir aos desejos ou a vontade da pessoa que a constrange pela força.

A coação psicológica ou moral é a que resulta da intimidação ou da ameaça, em virtude da qual a pessoa enfraquecida em sua vontade ou na espontaneidade de querer, termina por acordar-se com os desejos de outra pessoa.

Coação Legal - quando se tratar de um constrangimento imposto pelas normas. É aquela que é utilizada em defesa do cumprimento da lei.

Sanção - É a consequência jurídica, imputação de certa ação, comportamento ou efeito jurídico, que atinge o destinatário da norma jurídica, ou o ato jurídico praticado, quando ele descumpra a prestação prevista. Significa o meio coercitivo disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando ou a sua ordenança.

A coerção e a coação são, na verdade, elementos intrínsecos da sanção que atuam em momentos diferentes. A coerção é o efeito psicológico da sanção e que tem função preventiva. Age sobre o destinatário como um aviso.

A coação é o último estágio da aplicação da sanção, é a sua aplicação forçada, contra a vontade do agente que descumpriu a norma.

Direito Público e Direito Privado.

Designa-se por **direito positivo** o conjunto das normas jurídicas escritas e não-escritas (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.

O direito positivo é, então, conjunto de normas estabelecidas pelo poder político que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época. Portanto, é mediante normas que o direito pretende obter o equilíbrio social, impedindo a desordem e os delitos, procurando proteger a saúde e a moral

pública, resguardando os direitos e a liberdade das pessoas. No entanto, as normas não esgotam o direito positivo, que também está vinculado a fenômenos socioaxiológicos.

Esse direito positivo pode ser separado em dois **elementos**, o **direito objetivo** e, o **direito** e o dever **subjetivos**.

O **Direito objetivo** é o conjunto, em si, das normas jurídicas escritas e não escritas, independentemente do momento do seu exercício e aplicação concreta.

O **Direito Subjetivo** é a prerrogativa colocada pelo direito objetivo, à disposição do sujeito do direito. Prerrogativa que deve ser entendida como a possibilidade de uso e exercício efetivo do direito, posto à disposição do sujeito.

O Direito Positivo pode ser dividido em dois grandes **ramos ou setores**: o **Direito Privado** e o **Direito Público**.

Em verdade, não existe um critério satisfatório para qualificar determinada relação como pertencente ao Direito Público ou Privado. O que existe são várias tentativas imperfeitas.

O início da referida dicotomia (divisão que não passa de dois) ocorreu como uma construção do Direito Romano (Ulpiano), que fazia a seguinte distinção: "no estudo do Direito, dois são os aspectos; o público e o privado. O Direito Público diz respeito às coisas do estado, e o Privado, à utilidade dos particulares" (texto extraído do Digesto).

Nota-se que a distinção romana levava em conta principalmente o interesse em jogo na relação. Seria de Direito Público a regra que se referisse ao interesse do Estado; ou da sociedade representada pelo estado e, de Direito Privado, a que se orientasse no sentido do interesse dos indivíduos.

O critério romano acompanhou a evolução do Direito, não obstante ser impreciso e imperfeito, pois, em muitos casos, não se pode seguramente determinar qual é o interesse protegido. Além disso, é comum, que algumas regras de direito sirvam para proteger interesses comuns e mesmo assim pertençam ao Direito Privado, como por exemplo, o Direito de Família.

A distinção romana modernamente foi aprimorada, onde, o critério básico passou a ser a predominância (acrescentando o adjetivo preponderante ao critério da utilidade) do interesse em jogo (Savigny).

Essa concepção pouco acrescenta ao critério romano clássico. Contra ela permanecem de pé as objeções apresentadas.

Jellinek, em sua Teoria geral do Estado, estipulou outros critérios. Segundo ele, nas relações de Direito Público o Estado age com o poder de *Imperium*, ou seja, comanda e subordina a outra parte. Nessas relações, uma das partes comanda e outra é subordinada. Já o Direito Privado regula relações onde se encontram indivíduos em pé de igualdade, havendo desse modo certa coordenação e não subordinação.

Esse critério igualmente apresenta falhas, pois existem muitas relações de subordinação, como o poder de direção do patrão sobre o empregado, do pai sobre o filho, e outras que pertencem ao direito privado.

Na verdade, todos esses critérios isoladamente, não são suficientes para distinguir claramente o Direito Público do Direito Privado.

O correto é a utilização de todos em conjunto, o que não impede a concorrência de profundas dúvidas na doutrina e jurisprudência.

Em princípio, podemos dizer que o **Direito Público** regula as relações ou situações jurídicas em que o Estado é parte, como a competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a elaboração do orçamento, a fixação dos impostos, o processo de punição dos criminosos pelo Estado, etc. E, o **Direito privado** regula as relações jurídicas entre os particulares, como a compra e venda, a locação, o empréstimo e os contratos em geral, o casamento, a herança, etc.

Ramos do Direito Público e Privado;

Direito Público:

- a) **a) Interno** - (Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Judiciário, Direito Penal, Direito do Consumidor e Direito do Trabalho).
- b) **b) Externo** - (Direito Internacional Público).

Direito Privado:

- a) **comum** - Direito Civil e Direito comercial.
b) **Especial** - Direito Internacional Privado.

- 1 - Direito Constitucional** - fixa as bases do estado.
- 2 - Direito Administrativo** - regula a atividade do Executivo.
- 3 - Direito Tributário e Direito Financeiro** - tem por objeto as finanças públicas e os tributos em geral.
- 4 - Direito Judiciário** - disciplina a organização judiciária e o processo a ser observado quando as questões são submetidas à Justiça (Processo Civil e Processo Penal e do Trabalho).
- 5 - Direito Penal** - define os crimes e estabelece penas a serem aplicadas pelo poder público.
- 6 - Direito do trabalho** - regula as relações de emprego e a proteção à pessoa e aos direitos do trabalhador. Como o Estado tem forte atuação nesse ramo, pode ser considerado de direito público. Também é conhecido como Direito Social.
- 7 - Direito do Consumidor** - regula as relações de consumo.
- 8 - Direito Internacional Público** - regula as relações entre os Estados e a atividade dos organismos internacionais.
- 9 - Direito Civil** - considerado o Direito privado comum, rege as relações entre os particulares. Regula os direitos das pessoas enquanto tal, em suas relações de família e em suas relações patrimoniais. Do Direito nasceram os direitos especiais.
- 10 - Direito comercial** - estabelece normas especiais que disciplinam a atividade comercial.
- 11 - Direito Internacional Privado** - rege relações entre particulares no seio da sociedade internacional.

Ulpiano interesse Estado = Direito Público
Particular = Direito Privado

Segundo Ulpiano deveria-se indagar qual interesse está em jogo; do estado ou do particular? Só que ele não definiu como identificar esse interesse.

Savigny (Escola Histórica do Direito) - pregou o predomínio do interesse. Ele também não explicou como identificar.

Jellinek (jusnaturalista) - "imperium" sempre que o Estado estiver usando o poder de imperium, é público. O conceito também é falho pois o pai também exerce o poder de imperium sobre o filho.

Hoje, mesmo usando todos os critérios, há divergências.

Bibliografia - Franco Montoro - p.401/414
Nunes p. 109/122
m. Helena p. 239/271.

Direito Objetivo e Direito Subjetivo.

O Direito positivo, assim entendido como o conjunto de normas jurídicas escritas e não escritas vigentes em determinado espaço físico, pode ser dividido em dois elementos; o Direito Objetivo e o Direito Subjetivo. (DR = DO + DS).

O **Direito Objetivo** é toda e qualquer norma jurídica que estipula um padrão de conduta ou comportamento modelo, que deve ser seguido por todos. Assim, por exemplo, as normas do Código penal, Civil, Comercial, etc., sempre estabelecem padrões de conduta e, portanto são consideradas Direito Objetivo.

O **Direito Subjetivo** é a prerrogativa colocada à disposição pela lei, para que o subjetivo possa socorrer-se ao poder estatal (Poder Judiciário), no intuito de fazer valer os seus direitos objetivos.

1 - A lei nº 8245/91, que rege a locação de imóveis urbanos (Direito Objetivo), estabelece que se o locatário não pagar o aluguel, o locador terá direito de pleitear a ação de despejo (Direito Subjetivo). A faculdade que o locado tem de intentar a ação de despejo, para obrigar o locatário a pagar os alugueres é chamado de Direito subjetivo.

2 - O art. 524 do CCb, consagra o direito do proprietário de livremente usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los a quem quer que injustamente as possua (Direito Objetivo). Se, e eventualmente, o proprietário tiver sua posse turbada (perturbada) ou esbulhada, ele terá a sua disposição à prerrogativa de pleitear junto ao Poder Judiciário a ação de reintegração de posse para reaver o seu bem (Direito subjetivo).

Nota-se assim, que o Direito Subjetivo, existe para fazer cumprir os direitos assegurados no Direito Objetivo.

O Direito Subjetivo pode ser usado como ameaça, desde que nos limites da lei.

Exemplo - se você não pagar o aluguel, até amanhã, vou entrar com ação para despejá-lo.

Não podem ocorrer abusos nesse direito, como por exemplo, se você não pagar 100% de multa, irei despejá-lo.

DP = DO + DS.

DO = normas jurídicas com padrão de conduta.

DS = prerrogativa, faculdade - livre arbítrio da vontade.

Ameaça do DS - **lícita** - quando a ameaça é prevista na lei.

- **ilícita** - cobrar multa excessiva, não autorizada em lei.

Corrente Negativista - Hans Kelsen - negava que $DP = DO + DS$ e alegavam que o $DP = DO$, ou seja, simplesmente a lei.

Todas as normas do Direito brasileiro estabelecem conduta.

Turbação - a posse é perturbada. Não chega a perder a posse. Entra e sai rapidamente.

Esbulho - perde a posse completamente.

Tipos de Regras Jurídicas.

As regras jurídicas podem ser classificadas de vários modos, conforme o ponto de vista adotado.

(Nunes 73) - O vocábulo **lei** apresenta uma série de significado; lei divina; leis da natureza; lei jurídica, etc..

A lei jurídica, por seu lado, aponta para vários sentidos análogos. A lei é tanto a norma constitucional, quanto lei ordinária, ou uma cláusula contratual, que se diz ser "lei entre as partes".

Norma jurídica é Gênero, e as espécies são Normas Jurídicas Escritas e Normas Jurídicas Não-escritas.

a) **a) Leis Constitucionais** - as normas constitucionais formam um conjunto de regras que estão em plena vigência dentro do sistema desde a sua edição (05.10.1988), espalhando no sistema sua influência (princípio da constitucionalidade), que obriga a que todas as outras normas de hierarquia inferior

estejam conforme seus fundamentos, sob pena de se tornarem inconstitucionais e deixarem de pertencer ao ordenamento jurídico.

b) Leis Complementares (aprovadas por maioria absoluta - art. 69 da CF/68) - têm como função tratar de certas matérias que a Constituição entende devam ser reguladas por normas mais rígidas que aquelas disciplinadas por leis ordinárias e demais de mesma hierarquia.

b) c) Leis Ordinárias (aprovadas por maioria simples - art. 59, III da CF/88). - São fruto da atividade típica e regular do Poder Legislativo. Exemplos são o Código Civil, CPC, CP, etc.

c) d) Medidas Provisórias (art. 59, V da CF/88) - "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias". Quando a medida provisória não é aprovada, o Poder Executivo pode editar nova M.P com o mesmo teor e assim sucessivamente. O uso e abuso das M.P. gera grave insegurança em relação a necessária garantia de manutenção de nossos textos legais.

d) e) Leis Delegadas (art. 59, IV da CF/88) - elaboradas pelo Presidente da República, com a devida autorização do Congresso Nacional.

e) f) Decretos Legislativos (art. 59, VI da CF/88) - compreende as deliberações em que se consagra uma medida qualquer de caráter administrativo ou político do Congresso Nacional. Mas, não se confunde com a lei pois não tem por função estabelecer direito novo, nem possui a natureza e caráter orgânico, que é elementar na lei.

f) g) Resoluções (art. 59, VII da CF/88) - ato pelo qual o Poder Público toma uma decisão, impõe uma ordem ou estabelece uma medida. Em regra recebem qualificativos, segundo a origem ou o poder que as dita; resoluções legislativas, resoluções do executivo, etc.

g) h) Decretos Regulamentares.- Ato do Poder Executivo que deve ser baixado para regulamentar norma de hierarquia superior, como por exemplo, a lei ordinária. Adstrito ao princípio da legalidade, deve apenas detalhar certas formas bem como apontar e normatizar caminhos para o fiel cumprimento da lei que ele visa regulamentar, facilitando sua execução e aplicação.

i) Portarias, Circulares, Ordens de Serviços, etc.

Norma Jurídica não escrita - costume jurídico.

2 - Quanto à natureza de suas disposições;

a) a) Regras Jurídicas Substantivas (substanciais) - São regras que criam, declaram e definem direitos, deveres e relações jurídicas como, por exemplo, o Código Civil, CDC, Código Penal, etc..

b) Regras Jurídicas Adjetivas ou processuais (só em processos judiciais) - São regras que regulam o trâmite dos processos judiciais. Em outras palavras, regulam o acesso ao Poder Judiciário. Estão previstas no CPC, CPP, CLT, etc.

3) Quanto à obrigatoriedade.

- a) a) **Regras de Ordem Pública** - São regras jurídicas que não podem ser modificadas pela convenção (acordo) das partes. São chamadas de cogentes ou imperativas. Exemplo; pagamento de salário para o empregado. Bens jurídicos não disponíveis. A maior parte é de família.
- b) b) **Regras de Ordem Privada** - São regras jurídicas que permitem aos particulares estabelecer regras próprias modificando o que a lei prescreve. Exemplo; art. 31 do CCb, as regras sobre contratos, etc..

4) Quanto à esfera do Poder Público que emanam.

- a) **Federais** - instituídas pela União.
- b) **Estaduais** - instituídas pelos Estados Membros..
- c) **Municipais** - instituídas pelos Municípios.

Norma Fundamental de Hans Kelsen.

Pirâmide das normas segundo Hans Kelsen

Norma Fundamental
Constituição Federal
Leis Complementares
Leis Ordinárias
M.P.
Leis delegadas.
Decretos Legislativos
Resoluções
Decretos regulamentares
Portaria, Circular, etc.

Norma fundamental para Kelsen é a consciência, a vontade do povo de que deve cumprir a constituição. Crítica: - apesar de que a consciência sempre existe. Se a sociedade não aceita determinada norma ela acaba por ignorá-la.

Para saber qual é a regra de maior hierarquia tem de procurar qual é a força normativa que traz dentro de si. Qual a maior força vinculante.

Até o século XIX não havia idéia de hierarquia. A partir da escola de Exegese - código de Napoleão.

Nunes - pag. 170/174.

Reale - pag. 117/136.

O Direito Como Garantia.

Doutrina do Abuso do Direito. (Nunes 144 à 148).

Abuso do Direito é o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem.

O abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.

O abuso do direito não é propriamente caracterizado pelo ordenamento jurídico. Mas sim pelo exercício irregular de fato concreto, de um direito, este reconhecido pelo ordenamento como direito. É, portanto, o exercício irregular que pode caracterizar o abuso do direito, que no ordenamento é regular.

Assim, por exemplo, abusa do direito o patrão que ameaça mandar embora o empregado sem justa causa, caso ele não se comporte de certa forma.

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. Como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor que proíbe o abuso e nulificam cláusulas contratuais abusivas

Art. 28 CDC - dispõe que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, entre outras circunstâncias.

Este é um caso de reconhecimento legal expresso do abuso do direito que, uma vez identificado - pelo exercício - dá causa a consequências jurídicas.

A interpretação histórica é que mostra que, antes do CDC, aquelas práticas, agora proibidas e nulificadas, eram abusivas. Contudo, no momento em que a lei, reconhecendo as práticas abusivas proibiu-as, tornaram-se elas ilícitas determinadas e não mais abuso do direito típico, residindo nisso o maior mérito da doutrina do abuso do direito: - auxiliar o legislativo para que as práticas abusivas identificadas venham no futuro a ser proibidas.

A Ordem Jurídica. (1.000 perguntas pag. 112/113)

É o sistema de legalidade do Estado. É a organização e disciplinamento da sociedade, através do Direito.

É a parte do ordenamento social que estabelece ou restabelece a ordem e a segurança, o equilíbrio, enfim, das relações intersubjetivas, pelo Direito, nestas compreendidas, não só as normas jurídicas, como todas as demais fontes componentes do sistema de legalidade do Estado.

"Ordem Jurídica é o conjunto das instituições, formas de organização social e diplomas legais que, em dado momento histórico, resultam do direito positivo em atuação. É, pois, resultado da ação do ordenamento jurídico (Luiz Fernando Coelho)".

Segundo Hans Nawiasky, ordem jurídica é, "sistema dos preceitos, sustentados e determinados em seu conteúdo por uma especial e temporalmente delimitada comunidade social, ou pela classe dirigente da mesma, para a conduta externa dos membros de dita comunidade, cuja inobservância é coibida mediante sanções ou penas".

Sobre a Ordem - Dallari pag. 25.

Não basta uma reunião de pessoas para que se tenha por constituída uma sociedade, sendo indispensável, entre outras coisas, que essas pessoas se tenham agrupado em vista de uma finalidade. E, quanto à sociedade humana, que é a reunião de todos os homens e que, portanto, deve objetivar o bem de todos, a finalidade é o bem comum.

Entretanto, o simples agrupamento de pessoas, com uma finalidade comum a ser atingida, não seria suficiente para assegurar a consecução do objetivo almejado, sendo indispensável que os componentes da sociedade passem a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim. Mas, para assegurar a orientação das manifestações num determinado sentido e para que se obtenha uma ação harmônica dos membros da sociedade, preservando-se a liberdade de todos, é preciso que a ação conjunta seja ordenada.

Em face dos objetivos a que elas estão ligadas, e tendo em conta a forma de que se revestem, bem como as circunstâncias em que se verificam, as manifestações de conjunto devem atender a três requisitos: -

Reiteração - Ordem - Adequação.

Reiteração - que os membros da sociedade se manifestem em conjunto reiteradamente (repetidamente), pois só através da ação conjunta continuamente reiterada o todo social terá condições para a consecução de seus objetivos. O que importa é que, permanentemente, a sociedade, por seus componentes, realize manifestações de conjunto visando à consecução de sua finalidade. Para que haja o sentido de conjunto e para que se assegure um rumo certo, os atos praticados isoladamente devem ser conjugados e integrados num todo harmônico, surgindo assim a exigência da **ordem**.

Ordem - dentro da diversidade de preferências, aptidões e possibilidades entre os homens, a ordem deve assegurar a unidade, respeitando a liberdade, conjugando todas as ações humanas em função de um fim comum.

Esse fim para ser alcançado com harmonia deve observar e diferenciar a ordem da natureza (mundo físico) e a ordem humana (mundo ético) que compreende todas as leis que se referem ao agir humano.

Para Kelsen a **ordem da natureza** está submetida ao princípio da **casualidade** onde, se "A" (condição) é - "B" (consequência) é, indicando que, sempre que for verificada a mesma condição, ocorrerá a mesma consequência, não podendo haver qualquer interferência que a altere. Exemplo - o aquecimento do metal que acarreta sua dilatação. E a **ordem humana** está submetida ao princípio da **imputação** onde, se "A" (condição) é - "B"(consequência) deve ser. Neste caso, a condição deve gerar determinada consequência, mas pode não gerar. Exemplo - aquele que rouba, deve ser preso. Assim, se surgirem interferências de fator humano ou natural, a consequência pode não se verificar.

Em resumo, o que se verifica é que as manifestações de conjunto se produzem numa ordem, para que a sociedade possa atuar em função do bem comum. Essa ordem, regida por tais leis sujeitas ao princípio da imputação, não exclui a vontade e a liberdade dos indivíduos, uma vez que todos os membros da sociedade participam da escolha das normas de comportamento social, restando ainda a possibilidade de optar entre o cumprimento de uma norma ou o recebimento da punição que for prevista para a desobediência.

O terceiro requisito das manifestações de conjunto, para que elas se ajustem às exigências da finalidade social, é a **adequação** onde, cada indivíduo, cada grupo humano e a própria sociedade como um todo devem ter em conta as exigências e as possibilidades da realidade social, para que as ações não se desenvolvam em sentido diferente daquele que conduz efetivamente ao bem comum, ou para que a consecução deste não seja prejudicada pela utilização deficiente ou errônea dos recursos sociais disponíveis.

Para assegurar a permanente adequação mister se faz não impedir a livre manifestação e a expansão das tendências e aspirações dos membros da sociedade. Os próprios componentes da sociedade é que devem orientar suas ações no sentido do que consideram o bem comum. (fim Dallari)

(Dic. Jurídico) Então, ordem jurídica é aquele complexo de regras e princípios ditados pelo poder público, como normas obrigatórias, para que se regulem e se protejam todas as relações e interesses dos cidadãos entre si, e entre eles e o próprio Estado, no intuito de manter a própria ordem social e política do Estado.

Violação da ordem jurídica

É o desrespeito, o não cumprimento, ou a quebra ao mando legal, em virtude do qual se é obrigado, seja à prática de um ato, ou a sua abstenção. Assim, a violação da lei pode resultar da ação, ou de omissão, sempre se revelando a quebra, ou a não satisfação de um dever jurídico. Nesta hipótese, traz o sentido de transgressão, desrespeito, inobservância, ofensa ou infração à lei.

Defesa da Ordem Jurídica.

Defesa - indica todos os meios que assistem a cada pessoa para contrapor-se aos ataques dirigidos à sua pessoa ou a seus bens, em virtude dos quais opõe justa repulsa às ofensas físicas ou jurídicas, pelos mesmos intentados.

O homem, ser social que é, devido a complexidade de seus desejos e relações precisa de normas para organizar e garantir a sua convivência em sociedade.

Reale - pag.71. Todas as regras, quaisquer que sejam, religiosas, morais, jurídicas ou de etiqueta, são emanadas ou formuladas, pela sociedade, para serem cumpridas.

O Direito, então, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar a mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever-se a possibilidade do seu cumprimento obrigatório, que pode ser através da coação, que é a força organizada, em defesa do cumprimento do Direito.

Para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, estas são providas de sanções.

Tudo no direito obedece a esse princípio da sanção organizada de forma predeterminada. As leis todas têm, portanto uma sanção, motivo pelo qual o Código Civil, em seu artigo 75, reza que a "todo direito corresponde uma ação que o assegura".

Então, na defesa da ordem jurídica, para garantir o bem comum da sociedade, surge o Estado, que é a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal.

O Estado, como ordenação do poder, disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito.

O Estado caracteriza-se por ser a instituição, cuja sanção possui caráter de universalidade, representando o ordenamento jurídico soberano, ao qual todos recorrem para dirimir os conflitos recíprocos.

Para se ter um Estado de Direito, que só pode ser de base democrática, o essencial é que a sociedade civil e o Estado não se confundam, mas se mantenham como valores distintos e complementares, correlacionados entre si, mas cada um deles irredutível ao outro.

O Estado é uma instituição, a qual não se abdica, mas nem por isso pode ele ser visto como um ente absoluto, superior aos indivíduos e à sociedade civil, visto como é em razão destes que o Estado se constitui.

O Estado é então, um meio e um fim.

É um meio na medida em que sua estrutura e força originam-se historicamente para possibilitar aos indivíduos uma vida digna no seio de uma comunidade fundada nos valores da paz e do desenvolvimento.

E, é um fim, enquanto representa uma ordem jurídica e uma ordem econômica, cujos valores devem ser respeitados por todos como condição de coexistência social harmônica, onde os direitos de cada um pressupõem iguais direitos dos demais, assegurando-se cada vez mais a plena realização desse ideal ético.

Dallari pag.131. Então, como se verifica, o Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quanto possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e a integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social.

Aplicação do Direito.

(A Equidade, Interpretação das Leis, Métodos e Fins).

A interpretação jurídica.

Interpretar significa fixar o sentido de alguma coisa, buscando captar do objeto de interpretação sua essência, colocando-a de forma traduzida como um novo plano de entendimento.

O juiz, ao interpretar a norma jurídica busca a fixação do seu sentido e do seu alcance. Procurando definir a que situações ou pessoas a norma jurídica interpretada se aplica. Assim, no ato de interpretar o juiz deve levar em conta não só a norma jurídica mas, também, todo o sistema ao qual ela pertence.

A lei é uma forma imperativa de comunicação, destinada a regular a conduta de um grupo social e emanada de um homem, de um grupo de homens, de uma classe, ou da totalidade do grupo social, para traduzir os interesses absolutos da classe minoritária dominante, numa sociedade de opressão ilimitada, ou para expressar soluções de compromisso, numa sociedade onde os dominados tenham possibilidade de fazer valer sua força, ou para estabelecer a igualdade e o direito de todos, numa sociedade que tenha superado, ou esteja em vias de superar, qualquer forma de dominação e exploração.

Normalmente a lei é codificada através da escrita. Porém, a palavra escrita não é o único meio de comunicação entre o legislador e o receptor

No caso da comunicação através da lei, a fonte deve cuidar da fidelidade à mensagem, no momento da codificação. A hermenêutica então, é usada como sinônimo de interpretação da lei.

Interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas. A interpretação do Direito consiste em submeter o fato concreto a norma que o regule; a aplicação, então, transforma a norma geral em norma individual, sob forma de sentença ou decisão administrativa.

Na pesquisa da relação entre o caso concreto e o texto abstrato, entre a norma e o fato social, a tarefa do aplicador, não se resume a um mero silogismo no qual a lei fosse a premissa maior, o caso, a premissa menor, e a sentença judicial, a conclusão.

A liberdade maior ou menor do juiz, ao julgar, marcam posturas ligadas às diversas escolas hermenêuticas.

Para descobrir o sentido e o alcance das normas, o hermeneuta se serve dos Métodos de interpretação que, segundo João Batista Herkenhoff são;

- **Método Literal, Gramatical ou Filológico** - Método que estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra, no valor das palavras, no exame da linguagem dos textos, na consideração do significado técnico dos termos. A lei é uma realidade morfológica e sintática.

- **Método Lógico ou Racional.** - método que se baseia na investigação da razão da lei (ratio legis). Busca descobrir o sentido e o alcance da lei, sem o auxílio de qualquer elemento exterior, aplicando ao dispositivo um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Funda-se na idéia de que onde está o racional, ali se encontra a correta disposição legislativa. Baseia-se no pressuposto de que a razão da lei pode fornecer elementos para a compreensão de seu conteúdo, sentido e finalidade.

- **Método sistemático ou orgânico** - é o método que considera o caráter estrutural do Direito, pelo que não interpreta isoladamente as normas. Vê cada regra legislativa como parte do inteiro organismo dos princípios de determinado regime ou sistema de direito positivo, e consiste na adaptação do sentido de uma norma ao espírito do sistema.

- **Método Histórico ou Histórico Evolutivo.** - é o método que leva em conta as idéias, os sentimentos e os interesses dominantes, ao tempo da elaboração da lei. A lei representa uma realidade cultural que se situa na progressão do tempo. Tem como convicção que o Direito é produto histórico, herança cultural. Criação da vida social, capaz de adaptar-se a todas as condições e exigências novas, fruto da comunidade, e não resultado da vontade do legislador.

- **Método Teleológico** - é o método que busca a finalidade da lei. A lei não explicita os interesses que defende, nem as valorações que a fundamentam. Cabe ao hermeneuta pesquisá-los, com vistas a descobrir o fim da lei.

Assim, na concepção de Reale, toda interpretação jurídica é teleológica; funda-se na consistência axiológica do Direito.

- **Método Sociológico** - é o método que conduz à investigação dos motivos e dos efeitos sociais da lei. Leva a aplicar os textos de acordo com as necessidades contemporâneas. Considera a consciência jurídica da coletividade, as aspirações do meio. Atende às consequências econômicas, políticas e sociais da exegese.

Segundo Machado Neto, são objetivos pragmáticos do método sociológico;

- a) conferir a aplicabilidade da norma às relações sociais que lhe deram origem;
- b) estender o sentido da norma a relações novas inexistentes ao tempo de sua criação,
- c) temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

Aplicação do Direito.

O juiz, ao aplicar o Direito, deve fazê-lo, simultaneamente, sob três perspectivas;

- **axiológica** - onde, o juiz ajusta a lei a seus valores, a sua consciência, a seu mundo.
- **fenomenológica** - o juiz ajusta a lei à percepção da pessoa julgada.

- **sociológico-política** - o juiz promove a abertura da lei ao fato social; deixa de perceber apenas o subsistema jurídico e nele situar-se, para apreender, mais amplamente, todo o sistema social e neste atuar.

Deve pois, o juiz, na aplicação da lei, atender as exigências gerais do bem comum e do fim social.

É ao legislador que cabe a elaboração da lei. Mas a lei, por sua generalidade, fixa apenas a diretriz geral. A tarefa do legislador termina na edição da lei (Recaséns). Quando se tratar de aplicar o Direito caberá ao próprio juiz pois, a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa. Não cabe ao juiz revogar a lei, mas pode afastar a aplicação diante do caso concreto, quando a aplicação resultaria em injustiça.

Por mais que, pormenorizadamente, preveja exceções à regra geral, o legislador não esgotará as exceções que devem ser admitidas. Outrossim, a lei acompanha sempre, com passo tardo, as mudanças sociais.

Caberá ao juiz, como cientista do Direito, fazer a justiça do caso individual vencendo a insensibilidade da lei para adaptar-se à emergência dos fatos novos.

Na aplicação do Direito, as três perspectivas devem fundir-se numa perspectiva humanística pois, como arte do bom e do justo, o Direito não poderá ser instrumento de dominação, a acirrar a injustiça, a desigualar ainda mais os homens, a oprimir os oprimidos. Será, pelo contrário, um Direito a serviço do homem e de sua libertação.

Eqüidade.

Para resolver os casos que lhe são apresentados, o juiz procura, dentro da sistemática do Direito, a lei que se deve aplicar a hipótese sub judice. Tal operação consiste em transferir para um caso particular e concreto a decisão que se encontra na regra abstrata. É a subsunção.

Por vezes, o juiz não encontra na legislação escrita uma norma de aplicação ao caso concreto. Compete ao Estado, através do Poder Judiciário, solucionar os conflitos entre os particulares. Quando a lei é omissa sobre algum problema ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma lacuna da lei. Esta é inevitável em qualquer ordenamento jurídico, pois o legislador, não pode prever todos os casos capazes de aparecer nas relações entre os indivíduos.

O art. 4º, diz; "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

- **Analogia** - significa aplicar as hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos.

- **Costumes** - é o uso implantado numa coletividade e considerado por ela como juridicamente obrigatório, provém da prática reiterada e uniforme de um certo procedimento.

- **Princípios gerais de direito** - aqueles princípios que, baseados na absorção sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, impõe-se, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade.

No entanto, se nenhum dos casos anteriores atender ao preenchimento da lacuna o legislador poderá utilizar-se da eqüidade.

A **eqüidade** é uma forma de preencher uma lacuna da lei e parâmetro para o julgador amenizar os rigores excessivos da lei. É atributo do Direito.

"É a disposição de ânimo, constante e eficaz, de tratar qualquer pessoa, segundo sua própria natureza, ou como é, contribuindo em tudo que se tem ao alcance, desde que não seja em prejuízo próprio, para torná-la perfeita e feliz" (De Plácido e Silva).

Tem seu fundamento na circunstância especial de cada caso que se apresenta concretamente, de acordo ao que for justo e razoável. É a régua de "*Lesbos*", que deve adaptar a norma às circunstâncias de cada caso particular. Segundo Aristóteles é "Tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades".

Deve ser usada racionalmente. Pode ser Legal, Judicial e Cerebrina.

A cerebrina é condenada pois seria a decisão pela cabeça do juiz.

A Legislação diz que o juiz só poderá usar a equidade nos casos previstos em lei.

A Jurisdição.

Limites ao campo de aplicação das normas jurídicas (montoro)

As leis, como as demais normas jurídicas, têm seu campo de aplicação limitado:

- a) a) em relação ao **tempo** - assim o Código Civil brasileiro entrou em vigor em 1917 e muitas de suas disposições já perderam sua vigência, a partir da data de sua revogação por leis posteriores;

O DIREITO COMO GARANTIA A APLICAÇÃO DO DIREITO (A Equidade, Interpretação das Leis, Métodos e Fins)

Para resolver os casos que lhe são apresentados, o juiz procura, dentro da sistemática do direito, a lei que se deve aplicar à hipótese sub judice. Tal operação consiste, segundo Pasquier, em transferir para um caso particular e concreto a decisão que se encontra na regra abstrata. É a **subsunção**.

No entanto, casos há em que o juiz não encontra, na legislação escrita, uma norma para aplicar ao caso concreto. Quando a lei é omissa sobre algum problema, ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma **lacuna da lei**.

Isso acontece porque o legislador não consegue prever todos os casos capazes de aparecer nas relações entre os indivíduos de uma sociedade e, mesmo que o pudesse, não teria o dom de adivinhar coisas que o progresso pode trazer.

Como o juiz não pode eximir-se de proferir decisão sob o pretexto de que a lei é omissa, deve valer-se dos mecanismos legais destinados a suprir as lacunas da lei.

Alguns autores sustentam a tese de que não existem lacunas porque há juizes. Pois o juiz está obrigado a decidir todo e qualquer litígio jurídico, como diz, por exemplo o art. 126 do Código de Processo Civil; "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

- **Analogia** - julgar por analogia é aplicar às hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos. Condensa-se no adágio *ubi esden ratio, idem jus*, ou seja, onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito.

- **Costume** - é o uso implantado numa coletividade e considerado por ela como juridicamente obrigatório. Provém da prática reiterada e uniforme de um certo procedimento, a qual vai gerar, no espírito da comunidade, a persuasão de sua necessidade e de sua obrigatoriedade.

- **Princípios gerais de direito** - àqueles princípios que, baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, impõem-se, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade. São regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas.

"No silêncio da lei e não havendo um costume a regular uma relação jurídica, deve o juiz decidir - segundo as regras que ele estabeleceria se tivesse de agir como legislador - Art. 1º do Código Civil suíço".

Há uma hierarquia na utilização desses mecanismos. Não encontrando solução para o preenchimento da lacuna na analogia, nem nos costumes, o juiz deve buscá-la nos princípios gerais de direito e, se mesmo assim não encontrar solução para a lacuna, poderá o juiz socorrer-se da equidade.

A **equidade** não constitui meio supletivo de lacuna da lei, sendo mero recurso auxiliar da aplicação desta. Não considerada em sua acepção lata, quando se confunde com o ideal de justiça, mas em sentido

estrito, é empregada quando a própria lei cria espaços ou lacunas para o juiz formular a norma mais adequada ao caso.

É usada quando a lei expressamente o permite. Prescreve o art. 127 do Código de Processo Civil que o "juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". Ocorre geralmente nos casos de conceitos vagos ou quando a lei formula várias alternativas e deixa a escolha a critério do juiz. Como, por exemplo, o art. 113 da Lei do Divórcio, que autoriza o juiz a regular por maneira diferente dos critérios legais, se houver motivos graves e a bem do menor.

Apresenta-se a equidade como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso sub judice. É o poder conferido ao magistrado para revelar o direito latente.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O **fim social** é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses, numa escala hierárquica de valores, entre eles; a subsistência da sociedade, a liberdade, a segurança, a igualdade, a abundância, enfim, a felicidade da sociedade política.

Assim, o juiz, ao aplicar uma lei em cada caso sub judice, deverá averiguar se a mesma atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, atendendo também as exigências do bem comum que são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento.

O **bem comum** é o direito fundamental da sociedade, que exige certos requisitos condicionantes de uma vida digna para os cidadãos, a preeminência dos valores da pessoa humana sobre os interesses particulares dos indivíduos.

Árdua tarefa esta, a de um juiz!

As normas são genéricas e contêm um comando abstrato, não se referindo especificamente a casos concretos. O magistrado é o intermediário entre a norma e o fato. Quando o enquadramento não ocorre, não encontrando o juiz nenhuma norma aplicável à hipótese sub judici, deve proceder à integração normativa, mediante o emprego da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito e, quiçás, da equidade.

Para verificar se a norma é aplicável ao caso em julgamento (subsunção) ou se deve proceder à integração normativa, o juiz procura descobrir o sentido da norma, interpretando-a.

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica. Toda lei está sujeita a interpretação, não apenas as obscuras e ambíguas pois, até para afirmar-se que a lei é clara é preciso interpretá-la. A interpretação é simples quando a norma é clara, e complexa, quando de difícil entendimento.

A Hermenêutica é a ciência da interpretação das leis e, como toda ciência, tem seus métodos.

Quanto às **fontes ou origem**, os métodos de interpretação classificam-se em:

- **Interpretação autêntica** - feita pelo próprio legislador que, reconhecendo a ambigüidade da norma, vota uma nova lei, destinada a esclarecer sua intenção.
- **Interpretação Jurisprudencial** - é a fixada pelos tribunais que, embora não tenha força vinculante, influencia grandemente os julgamentos em instâncias inferiores.
- **Interpretação Doutrinária** - é a feita pelos estudiosos e comentaristas do direito.

Quanto aos **meios**, a interpretação pode ser feita pelos:

- **Método Gramatical ou Literal** - que consiste em exame do texto normativo sob o ponto de vista lingüístico, analisando a pontuação, a colocação das palavras na frase, a sua origem etimológica, etc.
- **Método Lógico** - onde procura-se apurar o sentido e o alcance da norma, a intenção do legislador, por meio de raciocínios lógicos, com abandono dos elementos puramente verbais.
- **Interpretação Sistemática** - que parte do pressuposto de que uma lei não existe isoladamente e deve ser interpretada em conjunto com outras pertencentes à mesma província do direito. Assim, uma norma tributária deve ser interpretada de acordo com os princípios que regem o sistema tributário.

- **Interpretação Histórica** - baseia-se na investigação dos antecedentes da norma, do processo legislativo, a fim de descobrir o seu exato significado. É o melhor método para se apurar a vontade do legislador e os objetivos que visava atingir (ratio legis).

- **Interpretação Sociológica ou Teleológica** - tem por objetivo adaptar a sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais, com abandono do individualismo que preponderou no período anterior à edição da Lei de Interpretação do Código Civil. A lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições desconhecidas do legislador. Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que ela se destina. O intérprete, na procura do sentido na norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca, qual o problema que ela almeja resolver. Só assim é que se pode compreender a regra do Art. 5º da lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Os diversos métodos de interpretação não operam isoladamente, não se repelem reciprocamente, mas se completam.

O juiz, ao aplicar o Direito, deve fazê-lo, simultaneamente, sob três perspectivas;

- **Perspectiva axiológica** - onde, o juiz ajusta a lei a seus valores, a sua consciência, a seu mundo;

- **Perspectiva fenomenológica** - o juiz ajusta a lei à percepção da pessoa julgada;

- **Perspectiva sociológico-política** - o juiz promove a abertura da lei ao fato social; deixa de perceber apenas o subsistema jurídico e nele situar-se, para apreender, mais amplamente, todo o sistema social e neste atuar.

Deve pois, o juiz, na aplicação da lei, atender as exigências últimas e gerais do bem comum.

É ao legislador, sem dúvida, que cabe a elaboração da lei. Mas a lei, por sua generalidade, fixa apenas a diretriz geral. Jamais terá a lei a possibilidade de apanhar a multiplicidade das situações da vida. A tarefa do legislador termina na edição da lei (Recaséns). Quando se trata de aplicar o Direito, não é o legislador que ensinará ao juiz como fazê-lo.

Essa missão cabe ao próprio juiz, pois que a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa. Não cabe ao juiz revogar a lei, mas pode afastar a aplicação diante do caso concreto, quando a aplicação resultaria em injustiça, feriria a consciência jurídica do povo, o sentido de "justo" do julgador e da comunidade.

Por mais que, pormenorizadamente, preveja exceções à regra geral, o legislador não esgotará as exceções que devem ser admitidas. Outrossim, a lei acompanha sempre, com passo tardo, as mudanças sociais.

Caberá ao juiz, como cientista do Direito, como sociólogo, no desempenho de um poder político, fazer a justiça do caso individual.

Na aplicação do Direito, as três perspectivas devem fundir-se numa perspectiva humanística pois, como arte do bom e do justo, o Direito não poderá ser instrumento de dominação, a acirrar a injustiça, a desigualar ainda mais os homens, a oprimir os oprimidos. Será, pelo contrário, um Direito a serviço do homem e de sua libertação.

RELAÇÃO JURÍDICA

Noções: - O ser humano na vida social está em constante interação com seus semelhantes. Em outras palavras, cada um de nós, por viver em sociedade, está o tempo todo comunicando-se, relacionando-se, num fenômeno de interação necessária, da qual não podemos escapar.

Muitas dessas relações realizadas no nosso dia-a-dia, em nada interessam ao direito, sendo apenas reguladas pela moral, religião, costumes, etc.

Todavia, existem outras relações que, em virtude da sua importância, são observadas e reguladas por normas jurídicas.

Sempre que uma relação intersubjetiva **for regulada por norma judicial**, se diz que estamos face a uma **relação jurídica**, ou seja, uma interação regulada pelo direito.

Assim sendo, a relação jurídica pode ser definida 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.

Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normando, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo.

As pessoas, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direito, ou seja, o titular, aquele a quem cabe o dever a cumprir ou o poder de exigir, ou ambos, é que se denomina sujeito de direito.

A **transformação** do vínculo de fato em jurídico acarreta os seguintes efeitos:

- 1) Tem-se uma **relação** entre sujeitos jurídicos (sujeito ativo, sujeito passivo). Relação intersubjetiva.
- 2) O **poder** do sujeito ativo passa a incidir sobre um objeto imediato, que é a prestação devida pelo sujeito passivo, por ter a permissão jurídica de exigir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, e sobre um objeto mediato (bem, imóvel, semovente, etc.), sobre o qual recai o direito.
- 3) Há necessidade de um **fato propulsor**, idôneo à produção de consequências jurídicas. Um acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a que a norma jurídica dá a função de criar, modificar ou extinguir direitos, que vincula os sujeitos e submete o objeto ao poder da pessoa, concretizando a relação.

Logo, numa relação jurídica há, pelo menos, duas pessoas inter-relacionando-se, numa relação regulada pelo ordenamento, que traz a possibilidade de exigência da ação ou comportamento para uma das partes. Como o que se exige é configurado na qualidade de objeto, diz-se que essa relação vincula, pelo menos, um objeto protegido.

Segundo se abstrai da definição os **elementos da relação jurídica** são:

1 - Os sujeitos da relação.

Sujeitos da relação jurídica, ou sujeitos de direito, são os que estão aptos a adquirir e exercer direitos e obrigações; qualquer ente capaz de adquirir e exercer direitos e obrigações. Podem ser:

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

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

Podem ser sujeitos ativos e passivos da relação jurídica: a **pessoa física** (natural), **pessoa jurídica**, e os **entes despersonalizados**.

- **Pessoas naturais ou físicas** são aquelas que têm a existência orgânica, ou na definição romana, que advém de mulher. A partir do nascimento com vida adquirem a personalidade jurídica, que pode ser limitada pela capacidade jurídica: - se menor de 21 anos tem capacidade apenas de **direito**, acima desta idade capacidade de **fato e de direito**.

- **Pessoa jurídica** é a entidade ou instituição que, por força das normas jurídicas criadas, tem personalidade e capacidade jurídica, para adquirir direitos e contrair obrigações. Nasce de instrumento formal e escrito que a constitui (pessoa jurídica de direito privado), ou diretamente da lei que a institui (pessoas jurídicas de direito público). A capacidade jurídica da pessoa 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.

- **entes despersonalizados**, 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 especial. Se encaixam nesta definição as **pessoas jurídicas de fato** (CDC, art. 3º, caput), a **massa falida** e o **espólio**.

Pessoa jurídica de fato - são pequenos comerciantes (ou pessoas que exerçam algum tipo de atividade comercial, industrial, prestação de serviços, etc.), que não têm uma sociedade comercial regularmente constituída.

Massa falida - surge a partir da declaração de insolvência de alguma sociedade comercial. É constituída do patrimônio - bens, direitos e obrigações - arrecadado pelo juízo falimentar.

Espólio - é composto do patrimônio oriundo da arrecadação dos bens, direitos e obrigações de pessoa falecida.

A pessoa física tem **personalidade jurídica**, que não se confunde com a **personalidade natural**. A natural é individual, composta pelo complexo psíquico e físico da pessoa natural (cada um tem a sua). A personalidade jurídica é a **aptidão** que todos têm para adquirir direitos e contrair obrigações. A personalidade jurídica é igual para todos os seres humanos. Todos a têm na mesma medida.

A pessoa física tem, também, **capacidade jurídica** (é a medida jurídica limitadora ou delimitadora da possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações, das atribuições da personalidade jurídica), que não se confunde com personalidade jurídica nem com a capacidade natural. Mas, nem todos têm a mesma capacidade jurídica. Tal capacidade subdivide-se em:

a) capacidade de fato e de direito - é aquela exercida pessoalmente pelo titular do direito ou do dever subjetivo. Exemplo, a capacidade plena que tem uma pessoa maior de 21 anos em comprar ou vender um imóvel.

b) capacidade apenas de direito - é aquela em que o titular não pode responder pessoalmente, necessitando ser substituído ou assistido por terceiro.

2 - O vínculo que une os sujeitos - Vínculo jurídico é simplesmente a interação humana.

3 - O objeto protegido - Objeto é aquilo que se está buscando na relação jurídica.

Bibliografia:

- Nunes, 127/134
- Reale, 227/242
- Maria Helena, 500/509 (Compêndio de Introdução a Ciência do Direito).

Anotações da aula:

As relações humanas são as interações entre os seres humanos.

Para a manutenção da sociedade, a relação humana é regulamentada pela norma jurídica, fazendo surgir uma relação jurídica. Portanto, relação jurídica é a relação humana regulamentada pelo Direito através das normas jurídicas.

Os entes despersonalizados são espécie de pessoa jurídica que por não possuírem certos requisitos para assim serem chamados, são entes despersonalizados. Exemplo: camelô.

O ente despersonalizado pode ser exigido e exigir judicialmente para efeitos de direitos e obrigações. Um exemplo banal disto é que se uma pessoa compra um produto com defeito em um camelô e este não quer trocar, ela pode exigir judicialmente seu direito de receber outro produto.

2 - O Objeto da relação Jurídica.

Objeto da relação jurídica é aquilo que as partes estão disputando. A doutrina costuma referir-se ao objeto dividindo-o em duas espécies: Objeto Imediato e Objeto Mediato.

2.1 - Objeto imediato - é a obrigação de dar, de fazer, e de não fazer.

O objeto imediato, isto é, o que toca imediatamente o sujeito, é chamado de prestação. Esta, por sua vez, consiste em certo ato, ou em uma abstenção, que o sujeito ativo da relação jurídica tem o direito de exigir do sujeito passivo.

A prestação está dividida em positiva e negativa. A positiva consiste num ato imputado ao sujeito passivo. É a obrigação de dar, ou de fazer. A prestação negativa, por sua vez, consiste numa abstenção, obrigação de não fazer.

A prestação a que o sujeito passivo está obrigado pode se referir a fazer alguma coisa. É a chamada obrigação de fazer. Por exemplo, quando o consumidor adquire carpete para sua residência e paga pelo serviço de instalação, o fornecedor de serviço (sujeito passivo) tem a obrigação de fazer o serviço de instalação.

A prestação pode constituir em dar ou entregar alguma coisa. É a chamada obrigação de dar. Por exemplo, o banco que empresta certa quantia pode exigir (sujeito ativo) o pagamento dela, na data aprazada, do devedor (sujeito passivo). É o mesmo caso da relação inquilino/locador.

Por fim, o objeto imediato, pode se constituir em uma prestação negativa, ou seja, de não fazer certo ato. Nesta, o sujeito ativo exige que o sujeito passivo não pratique determinado ato. Por exemplo, quando uma empresa de televisão contrata certo ator com exclusividade.

2.2 - Objeto Mediato - (coisas e pessoas).

São objetos mediatos porque **tocam o sujeito** apenas de **modo indireto**. O objeto mediato nada mais é do que os bens jurídicos, aí incluídos as coisas e as pessoas.

Como bens jurídicos (coisas) podemos entender aqueles previstos nos art. 53 até 73 do CCb, ainda que incluam no conceito de bens jurídicos os direitos relativos às pessoas como: a integridade física, a liberdade, a dignidade, a honra, a imagem, o nome, etc. (art. 5º caput CF/88)

O termo "Bens Jurídicos" tem o sentido de valor, utilidade ou interesse de natureza material, econômica ou moral, ou, em outras palavras, é tudo aquilo que é protegido pelo Direito, tendo ou não conteúdo ou valorização econômica. Assim, o conceito jurídico de "bem" tem significação bem mais ampla do que o mero conceito econômico de bem.

3 - O Vínculo Jurídico (Nascimento da relação jurídica).

A relação jurídica nasce sempre de um **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** e **atos ilícitos** e **abuso do direito**.

3.1 - Os fatos naturais - São os alheios à vontade e à ação humana ou a elas apenas indiretamente relacionados.

Como exemplo de **fatos naturais ordinários** temos: o nascimento, a morte, as figuras da maioridade, etc.

Como exemplo de fatos **naturais extraordinários** temos o caso fortuito e a força maior: a inundação, a queda de raio, incêndio.

3.2 - Os atos jurídicos Lícitos - Quando o ato é celebrado preenchendo todos os requisitos legais exigidos pelas normas jurídicas, visando ou gerando a criação, a modificação ou a extinção da relação jurídica. se diz que ele é lícito e que produz regularmente os seus efeitos (art. 82 CCb.).

3.3 - Os atos jurídicos ilícitos - Como o nome está a indicar são atos levados a efeito, contra disposição de lei, assim, por exemplo, o homicídio, o furto, a fraude, a simulação, etc. São atos que infringem as normas legais instituídas. E, uma vez praticados, geram relação jurídica, independentemente da vontade do agente. Muitas vezes o ato ilícito gera efeitos no campo do direito penal e direito civil.

Designam-se **jurídicos**, os atos que dependem da vontade e/ou ação humana.

Quando se fala em "**ação humana**", para a prática de ato jurídico lícito ou ilícito, não se exclui a pessoa jurídica e os entes despersonalizados.

A ação humana, capaz de gerar ato jurídico ilícito, é qualificável tanto subjetivamente quanto objetivamente.

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.

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

Negligente é aquele que causa dano a outrem por omissão.

Imprudente é o que causa o dano por ação.

Imperito é o profissional que não age com o cuidado que dele se espera .

Responsabilidade **objetiva** é a que gera a relação jurídica com a correspondente obrigação de indenizar, independentemente da apuração do dolo ou da culpa.

3.4 - Abuso do direito - resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. É o uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.

Inobstante o indivíduo ter a seu favor um direito, ele acaba por extrapolar os limites impostos pelo ordenamento jurídico para o seu exercício. Exemplo, Pedro deve R\$100,00 para João, sendo que este, no dia do vencimento da obrigação, invade a casa do devedor e, arbitrariamente leva sua televisão.

Nunes - 134/144.

MHD - 516/534.

Objeto	Imediato (prestação)	Obrigação de Dar Obrigação de fazer Obrigação de não fazer.
	Mediato (indireto)	Coisas (art. 53/73 CCb. Pessoas - (direitos que nascem imanentes à pessoa humana, Art.5º CF/88. Direitos personalíssimos).

Vínculo Jurídico – nascimento da relação jurídica através dos fatos:

- Fatos naturais - Ordinários
Extraordinários.
- Atos jurídicos Ato lícito.
 Ato ilícito.
 Abuso do direito.

JUSPOSITIVISMO.

1 - O Direito é um fato e não um valor.

Segundo entendem os estudiosos, o trabalho científico é sempre avalorativo. Isto é, no campo científico deve haver uma total exclusão dos juízos de valor e a manutenção apenas dos juízos de fato.

Juízos de fato representam uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a contestação das coisas como elas são.

Por outro lado, os **juízos de valor**, representam uma tomada de posição frente à realidade visto que, sua formulação, possui a finalidade não de informar, mas sim de influir sobre o outro.

Exemplo - diante do céu rubro do por-do-sol, se eu digo: "o céu é rubro", formulo um juízo de fato; se digo "este céu rubro é belo", emito um juízo de valor.

O Direito é fato:

- Juízo de fato (Positivismo) - Vê uma realidade e descreve como ela é.
- Juízo de valor (Jusnaturalismo) - Vê uma realidade e a descreve inserindo algum valor. O que vale é o valor, que é Justiça.

2 - A definição do Direito em função da coação.

Foi através dos estudos de Cristian Thomasius, que o pensamento jurídico começou a dar importância ao estudo da coação como elemento do Direito.

Segundo ele, o Direito pode ser dividido em duas partes: **jus perfectum** e **jus imperfectum**, ou seja, **Direito perfeito** é aquele onde existe o uso da força por parte do Estado para obrigar os indivíduos a respeitarem as leis e o **Direito imperfeito** é aquele que não tem coação (moral). Assim, para este autor a coação era um instrumento assegurador do cumprimento da norma.

Inobstante o trabalho de outros juristas como E. Kant e Lhering, foi com Kelsen que a coação ganhou sua forma mais importante para o juspositivismo. Para ele, a coação (sanção), não é um instrumento (meio) para realizar a norma jurídica ou assegurar o seu efetivo cumprimento, mas sim é um elemento da própria estrutura da norma jurídica.

O Direito como sanção:

- Direito perfeito - com sanção (P+S).
- Direito imperfeito - sem sanção (P).

E. Kant e Lhering - exemplo CP art.121.

não matar, é o padrão de conduta - é a norma = P.

pena, 2 à 6 anos = sanção (S) = meio para se fazer cumprir a norma.

3 - A teoria do ordenamento jurídico.- O Estado é o único ente legitimado para criar leis.

Unidade - a unidade a que se refere o juspositivismo é a formal em oposição clara aos jusnaturalistas que acreditam na unidade material ou de conteúdo. A unidade material significa que todas as normas do ordenamento jurídico contém, em tese, o mesmo tipo de matéria, o que no caso dos naturalistas seria a justiça.

Já para Kelsen a unidade do ordenamento nasce do fato de que todas as normas jurídicas, direta ou indiretamente, advém da mesma autoridade legitimada a criar o Direito (Estado).

Unidade formal - todas as normas, dentro do ordenamento jurídico, nascem de uma única fonte, o Estado = Positivismo.

Material ou de conteúdo - todas as normas que existem dentro do ordenamento jurídico teriam o mesmo conteúdo ou matéria, ou seja, a justiça.

Coerência - O princípio, sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que nele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si. Assim, não podem, mais de uma norma válida, a resolver o mesmo caso concreto.

Para evitar as antinomias entre as normas, o positivismo jurídico formulou três critérios;

- critério hierárquico, critério cronológico e o critério da especialidade.

Coerência:

- caso concreto - uma única lei a regulamentar o caso concreto.
- Positivismo de Kelsen - antinomia = mais de uma norma regulamenta um mesmo caso concreto. Aplicar os critérios para a solução.

Positivismo de Hans Kelsen - maior teoria científica do Direito, de todos os tempos. Paradigma do Direito em todo o mundo.

- - **Completeness** - para os positivistas o ordenamento jurídico é sempre completo não apresentando lacunas, por isso mesmo a máxima de que o juiz não pode se esquivar de decidir alegando lacuna.

Ordenamento = conjunto de todos os atos normativos.