

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO**

Curso de Mestrado em Direito

CONSTITUIÇÃO E RELAÇÃO JURÍDICA

ALUÍSIO GURGEL DO AMARAL JÚNIOR

**FORTALEZA
2006**

ALUÍSIO GURGEL DO AMARAL JÚNIOR

CONSTITUIÇÃO E RELAÇÃO JURÍDICA

Dissertação apresentada à banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Lima Guerra

FORTALEZA

2006

AMARAL JÚNIOR, Aluísio Gurgel do

Constituição e Relação Jurídica – Fortaleza, 2006. 102 p.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

Dissertação de Mestrado em Direito Público - UFC.

1. Relações Jurídicas; 2. Teoria Geral das Obrigações;
3. Vínculo Jurídico; 4. Princípio da Legalidade;
5. Autonomia Pública e Privada.

Universidade Federal do Ceará

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito necessário para obtenção do título de Mestre.

Alúísio Gurgel do Amaral Júnior

Defesa em: ____/____/____

Orientador: Professor Dr. Marcelo Lima Guerra

1º Examinador Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão

2º Examinador Prof. Dr. José Júlio da Ponte Neto

Coordenador do Curso

É impossível ser feliz sozinho.

Wave, João Gilberto

Para Dodora

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido possível sem a colaboração dos meus alunos da graduação do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Na realidade, eles constituíram o maior laboratório da minha experiência pedagógica, no sentido de buscar identificar o vínculo jurídico da teoria geral das obrigações no princípio da legalidade. Sou-lhes imensamente grato por isto.

O Professor Marcelo Lima Guerra sempre foi mais do que orientador em todos os momentos e os Professores Raimundo Bezerra Falcão e José Júlio da Ponte Neto estiveram presentes na hora mais difícil – a eles a gratidão sincera.

Outro agradecimento absolutamente necessário vai para José Sarquis Queiroz, Juiz de Direito e meu irmão por adoção na casa da existência, amizade que me foi dada através do exercício da função jurisdicional e a quem devo muito. José, você faz por mim até quando não faz.

Uma indispensabilidade na minha vida é, igualmente, irmã por adoção; trata-se da Professora Milena Moreira de Souza, Juíza Federal do Trabalho, a quem agradeço diariamente.

Silvio Pinto Falcão Filho, Juiz de Direito e José Gusmão Bastos Júnior, Promotor de Justiça, freqüentaram a área e contribuíram com o desenvolvimento das idéias aqui expostas.

Maria do Socorro Gurgel Serra, Iguarassy e Mônica Lavor, Promotores de Justiça, merecem minha gratidão pelo convívio.

Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto, Promotor de Justiça, tem afirmado mais e mais a minha crença na simplicidade e na humildade como forma de promover o crescimento individual e social.

A Professora Ivanice Montezuma merece especial destaque nesta página pelo apoio que me emprestou na hora mais corrida, quando me vi obrigado a submeter meus esforços a uma análise isenta e crítica, apontando as incorreções metodológicas e sugerindo as modificações pertinentes.

Também deixo anotados aqui os agradecimentos a Raïssa Facó, a José Maria Mendes, a Alberto Lincoln, a Costa Neto, a Ivan Frota, a Kleber Leite, a Lídia Lúcio, a Marta Esdras, a Paulo Mota, a Evandro Ximenes, a Patrício Noé, a Ana Karla Maia, a Bárbara Maciel, a Lídia Lúcio, a Roberto Barroso e Aguiar, pessoal com quem tenho trabalhado ao longo destes anos e que contribuiu para que eu chegasse até aqui.

Arthur Maximus e Ana Orgete foram fundamentais no apoio intelectual. A Professora Denise Lucena acreditou desde o início, não sei como agradecê-la sem tratá-la como a orientadora maior da nossa turma. A Professora Germana Moraes também merece menção nesta nota pela inestimável lição que me transmitiu.

Dona Naide, 'Seu' Luiz, Luiz Ângelo, Marcos, Cláudio e Elvis, pais e irmãos por adoção, nunca me faltaram.

Meus queridos filhos me perdoaram a falta de convívio quando foi necessário.

Mãe, obrigado por me dar vida e Pai, um dia vamos nos ver de novo na eternidade, até lá, querido.

A Existência é Sagrada. Obrigado, Deus.

RESUMO

O presente trabalho encerra uma reflexão sobre o amparo legal favorecido pela Constituição Federal de 1988 às relações jurídicas, aliada às normas contidas no atual Código Civil posto em vigor em 11 de janeiro de 2003, mais especificamente à relação jurídica de obrigação e ao seu núcleo essencial: o vínculo jurídico. O interesse pelo tema se relaciona ao fato de se exercer a função de professor da disciplina Teoria Geral das Obrigações no Curso de Direito de uma instituição de ensino superior cearense. O objetivo geral do trabalho foi analisar as modificações ocorridas na Legislação Brasileira, que reconhecendo novos valores sobre os quais se assentam os preceitos legais da ordem civil, contribuindo significativamente para a dicotomização dos conceitos referentes ao público e ao privado, tendo a dignidade humana como valor norteador de todo o ordenamento jurídico, por ser o ponto de confluência dos interesses individuais e coletivos que não podem mais ser considerados como antagônicos, mas como complementares. A metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho se restringiu a uma descrição teórica, à luz de doutrinadores como Amaral (1998), Bastos (1997), Bem (2004), Betioli (1996), Beviláqua (1979), Boulos (2003), Campos (1995), Cordeiro (1980), Correia (1987), Couto e Silva (1987), Diniz (2002), Fachin (2002), Meyer (2006), Prata (1982), Reale (1973), dentre outros. Concluiu-se que o vínculo jurídico que constitui o núcleo da relação obrigacional tem na normatividade a sua verdadeira característica; que o vínculo jurídico é a própria norma e que essa norma é de índole constitucional e está expressa no princípio da legalidade.

Palavras chaves: Relações Jurídicas; Teoria Geral das Obrigações; Vínculo Jurídico; Princípio da Legalidade; Autonomia Pública e Privada.

ABSTRACT

This study presents a reflection about the legal support given by the Federal Constitution of 1988 to the legal relations, allied to rules contained in the current private law system, valid since 11 of January of 2003, specifically the juridical relation of obligation and its essential core: the juridical link (*vinculum juris*). The interest in this subject relates to the teaching duty of General Theory of the Law of Obligations in the Law Course of a private university in Ceará. The general purpose of this dissertation was to analyze changes in Brazilian Legislation, which recognizing new values that fix legal precepts of the civil order, contributed to the dichotomization of concepts referring to public and private, showing human dignity as head value of legal system, as the confluence point of individual and collective interests that can not be considered antagonistic, but complementary. The methodology used in developing this study is restricted to a theoretical description on writers as Amaral (1998), Bastos (1997), Bem (2004), Betioli (1996), Beviláqua (1979), Boulos (2003), Campos (1995), Cordeiro (1980), Correia (1987), Couto e Silva (1987), Diniz (2002), Fachin (2002), Meyer (2006), Prata (1982), Reale (1973), among others. In conclusion, the juridical link (*vinculum juris*) that constitutes the core of obligation relations has in normativity its true characteristics; the juridical link is the rule itself and this rule has constitutional nature expressed by the Principle of Legality.

Keywords: Legal Relations; General Theory of Obligation; Juridical Link (*vinculum juris*); Principle of Legality; Public and Private Autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I	
As RELAÇÕES JURÍDICAS E AS DISPOSIÇÕES LEGAIS.....	13
1.1 Teoria da relação jurídica.....	15
1.2 Teoria dos sujeitos.....	17
1.3 Das pessoas jurídicas.....	37
1.4 Teoria dos objetos.....	39
1.5 Teoria dos fatos jurídicos.....	41
CAPÍTULO II	
ESTRUTURA DAS OBRIGAÇÕES.....	47
CAPÍTULO III	
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	63
3.1 Autonomia privada e liberdade contratual.....	75
3.2 Natureza da autonomia pública contratual.....	80
3.3 Natureza Jurídica do contrato administrativo.....	84
CAPÍTULO IV	
AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA.....	86
CONCLUSÃO.....	92
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	96

INTRODUÇÃO

Ao início de cada semestre letivo, era de bom acerto metodológico elaborar um quadro conceitual para facilitar os alunos que iniciavam seus estudos de direito civil II quanto à compreensão dos lineamentos da teoria geral das obrigações. A princípio, dizia da função operativa de um conceito, depois expunha como se compreendia a idéia de obrigação no âmbito doutrinário e deduzia quais eram os elementos que compunham a estrutura da relação obrigacional.

Nesse ponto, era comum surgirem acaloradas discussões acerca do vínculo jurídico tratado como elemento ideal, imaterial, espiritual; os alunos aprofundavam suas reflexões e concluíam que essa 'idealidade', essa imaterialidade, essa espiritualidade não era suficiente para justificar a 'cor' jurídica do vínculo. Por isso, o avanço no sentido da doutrina bipartida que vê no vínculo jurídico dois elementos distintos: o débito e a responsabilidade.

Mas toda a sala é um laboratório e nada é melhor para quem tem o hábito de pensar juridicamente do que se deparar e se envolver com mentes ávidas que ainda estão livres dos grilhões teóricos o suficiente para pensar por conta própria e ousar com destemor. Os professores somos abençoados por isso, porque aprendemos muito mais do que transmitimos – é uma via de mão dupla.

Corria o ano de 2001 – um ano que parece não ter sido bom para muitos – e aqui ficam as homenagens aos que perderam a vida (vitimados pela violência da luta pelo que se acredita ser direito), naquele 11 de setembro. Entre nós se avizinhava o tempo em que seria editado o Novo Código Civil brasileiro, o qual receberia registro

como Lei nº 10.406 em 10 de janeiro de 2002, com prazo de um ano para entrar em vigor.

Foi por essa época que, pela primeira vez, em sala de aula as discussões sugeriram que o vínculo não devesse ser um elemento jurídico sustentado simplesmente no binômio débito/responsabilidade (*schuld/haftung*), mas sim na própria norma jurídica, de modo a satisfazer o melhor espírito de positividade que justifica e embeleza a tentativa humana de escrever para si os preceitos do direito natural.

Com efeito, dizer que o vínculo jurídico era um *elemento normativo* soava muito mais elegante e convincente do que dizer que ele era simplesmente o produto da relação entre débito e responsabilidade. Mas se era elemento normativo deveria ser expresso em uma norma. Qual norma expressaria o vínculo jurídico?

A partir do consenso conceitual, segundo o qual obrigação é o vínculo jurídico que constrange alguém a dar, fazer ou não fazer algo em virtude de outrem, se estabeleceu uma comparação com a norma contida no art. 5º, inciso II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

O resultado da comparação demonstrou que tanto no conceito doutrinário quanto na declaração normativa coincidem os elementos subjetivos e objetivos da relação jurídica de obrigação e que a própria declaração normativa é o vínculo jurídico, ou seja, o elemento normativo.

Dessa dedução derivam conseqüências reflexivas em torno do princípio da legalidade e da autonomia pública e privada, cuja compreensão exige, como guia

metodológico, uma abordagem apriorística da teoria da relação jurídica.

Diante dessa nova forma de entender o vínculo jurídico, optou-se por este tema com o objetivo geral de analisar as modificações ocorridas na Legislação Brasileira, reconhecendo novos valores sobre os quais se assentam os preceitos legais da ordem civil.

Didaticamente, o trabalho foi organizado em quatro capítulos assim organizados:

No Capítulo I, cuida-se de abordar as relações jurídicas e as disposições legais a partir da teoria da relação jurídica e, em específico, dos sujeitos, das pessoas jurídicas, dos objetos, dos fatos jurídicos. Daí se deduz que as relações jurídicas se classificam em familiares, sucessórias, obrigacionais e contratuais.

O Capítulo II traça uma exposição da estrutura das obrigações, em específico dos aspectos teóricos concernentes à relação jurídica de obrigação, a partir da sua conceituação e da identificação de cada um dos seus elementos. Aí se questiona a juridicidade do vínculo e se demonstra a pertinência da sua identificação com o princípio da legalidade – é o núcleo do trabalho, onde aflora a constitucionalidade.

Segue-se o Capítulo III que trata dos aspectos teóricos do princípio da legalidade, agora visto sob o prisma contratual público e privado, em razão das conseqüências que derivam da identificação do vínculo jurídico da relação obrigacional com a norma contida no art. 5º, inciso II da Constituição Federal.

O Capítulo IV constitui uma nova leitura da autonomia pública e privada a partir da proposição teórica lançada nos capítulos anteriores como preparação para a conclusão, no sentido de que a identificação do vínculo jurídico da relação

obrigacional com o princípio da legalidade espelha a tendência atual de constitucionalização do direito civil, como forma de assegurar a consideração prática da dignidade da pessoa humana e a realização dos objetivos fundamentais.

CAPÍTULO I – AS RELAÇÕES JURÍDICAS E AS DISPOSIÇÕES LEGAIS

O convívio humano é marcado por relações interpessoais que são reguladas pelo Direito, que as ordena, proíbe ou permite. Assim, os atos humanos são classificados como atos devidos (ordenados ou proibidos) ou atos permitidos. Os atos são ordenados, proibidos ou permitidos no sentido de proteger e beneficiar a comunidade, os grupos, ou os indivíduos determinados ou indeterminados. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que as relações interpessoais reguladas pelo Direito são conhecidas como *relações jurídicas* que, segundo Amaral (1998, p. 156), são definidas como “relação social disciplinada pelo direito e, concretamente, é uma relação entre sujeitos, um titular de um poder, outro, de um dever.”

Para Betioli (1996, p.212), a relação jurídica estabelece um ‘vínculo entre pessoas, do qual derivam conseqüências obrigatórias, por corresponder a uma hipótese normativa. Campos (1995, p. 125) refere-se à relação jurídica como sendo a “relação da vida disciplinada pelo direito, vinculando o titular do direito subjetivo e o obrigado, relativamente ao objeto ou bem jurídico.”

Percebe-se, portanto, que a relação jurídica pode ser conceituada no plano objetivo ou no subjetivo. No plano objetivo, a relação jurídica é toda relação social disciplinada pelo direito, enquanto no plano subjetivo ela representa o vínculo entre dois ou mais indivíduos, dotado de obrigatoriedade (BEM, 2004, p. 16). Nessa perspectiva, as *situações subjetivas* são momentos de uma relação jurídica, frações temporais de uma relação interpessoal regulada pelo Direito.

Nas relações jurídicas pressupõem-se um ato, devido ou permitido, e dois sujeitos, um dito ativo e outro, passivo. Sujeito ativo não é necessariamente aquele que pratica o ato, mas aquele que, na situação jurídica, encontra-se na posição subordinante. Simetricamente a este, está o sujeito passivo, aquele que se encontra na posição subordinada, em relação ao ato considerado. A subordinação é estabelecida pelo Direito em benefício de quem pratica o ato, a benefício de terceiro ou da comunidade.

Bem (2004, p. 16) conceitua a relação jurídica como a ligação entre dois ou mais sujeitos, em razão de um fato previsto no ordenamento jurídico em que um dos sujeitos tem o direito de exigir uma prestação e o outro, o dever de cumpri-la. Assim, vê-se que a existência de uma relação jurídica pressupõe o posicionamento de duas ou mais pessoas dotadas de poderes e deveres resultantes das normas jurídicas, daí porque só interessam ao direito as relações que estejam, de alguma forma, previstas num modelo jurídico.

Segundo Fachin (2002, p. 4), a relação jurídica se constitui o elemento unificador do Código Civil, padecendo dos vícios da abstração e da generalidade que conduzem à exclusão social. Nesse sentido, o autor citado (*idem. ibidem*) afirma que,

... há divisão entre as relações sociais abrangidas pelo manto jurídico e aquelas que estão excluídas do âmbito da regulação [...] os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam se ater às vicissitudes das relações fáticas [...] o Código Civil é visto como um sistema *prêt-à-porter*. Mais do que isso, o direito se reduz a essas soluções prévias, se reduz a modelos.

Discordando dessa crítica expressa por Fachin (*op. cit.*), Bem (2004, p. 17) se justifica ao dizer que a relação jurídica é um fato geral e abstrato, por ser próprio da

ciência jurídica, sendo impossível o legislador elaborar normas sem deixar de tutelar certos bens jurídicos, uma vez que sua intenção maior é “regular a vida das pessoas naquilo que elas têm de maior ou mais importante no cotidiano” (BEM, 2004, p. 17).

Quanto à abstração, não há dúvida de que a relação jurídica é um conceito geral e abstrato. Mas isso é próprio de qualquer ciência, por mais concreta que se queira fazê-la, porque é pelo pensamento, necessariamente abstrato, que o homem apreende a realidade, sendo, portanto, abstrata a própria idéia de ‘homem concreto.’

Entretanto, algumas relações são reguladas pelo Direito e outras não, o que não caracteriza nenhuma perversidade. Ainda que o número dessas relações seja cada vez menor, é bom que ainda haja relações interpessoais imunes à autoridade do Estado, não havendo nenhuma caracterização de maldade nesses conceitos, mas dependência em relação à natureza do pensamento humano.

1.1 Teoria da relação jurídica

A “relação jurídica é relação entre pessoas tuteladas pelo ordenamento jurídico” (BEM, 2004, p. 17). Nessa perspectiva, é importante ressaltar que dois requisitos são essenciais para que se perceba a tutela pelo Direito, sendo um de ordem material, a ligação intersubjetiva, e outro de natureza formal, a hipótese normativa ou laço entre as partes, necessariamente previsto por normas.

As relações de direito privado são classificadas em quatro categorias: familiares, sucessórias, obrigacionais e contratuais que apresentam uma semelhança em relação aos elementos externos que nelas estão inseridos: sujeitos,

objetos, fatos jurídicos e garantias. Assim, toda relação jurídica corresponde a uma ação com a intenção de assegurar a proteção do Estado aos litigantes, como meio processual.

O sujeito de direito é aquele que participa da relação jurídica, como sujeito ativo, o titular do direito ou passivo, o titular do dever. O objeto da relação é o bem ou a prestação em que incide o poder jurídico, com a intenção de favorecer o sujeito ativo. O fato jurídico é todo e qualquer acontecimento que gera uma relação jurídica contribuindo com a criação, modificação ou extinção de direitos (BEM, 2004, p. 21).

Para Diniz (2002, p. 229), o fato jurídico é o “acontecimento previsto em norma de direito, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem ou se extinguem as relações jurídicas.” Reale (1973, p. 22) define fato jurídico como ‘todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito.’ E, sucintamente, Gomes (2001, p. 127) apresenta sua conceituação de fato jurídico, ao referir que ele é “o elemento propulsor da relação jurídica.”

A garantia, quarto elemento da relação jurídica, assegura a proteção ao direito do sujeito por meio da ação que, na concepção de Beviláqua (1979, p. 319), é um dos elementos constitutivos do direito que, como tecido tegumentar, protege a parte nuclear do interesse. Ela é um meio que leva o sujeito a reagir com a ajuda dos aplicadores do direito, quando se sentir desrespeitado em seus direitos e pretensões, como é referido por Santos (1964, p. 231) quando esclarece que “o sujeito deixa a atitude de tranqüilidade em que permanece, para se por em movimento, uma vez que seja violado o direito ou a pretensão.”

Para Monteiro (1979, p. 16), “o princípio consagrado na lei, segundo o qual a

todo direito corresponde uma ação que o assegura, não é, senão, o próprio direito no esforço da própria conservação integral.”

1.2 Teoria dos sujeitos

Para que um sujeito seja considerado sujeito de direito, é necessário que seja reconhecido como capaz para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. Para Beviláqua (1979, p. 110), “a capacidade é a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade.” Assim, concebe-se a capacidade como a medida da personalidade de um sujeito.

A capacidade pode assumir dois aspectos: capacidade de gozo ou de direito e a capacidade de exercício ou de fato. A capacidade de gozo é abstrata e todos os indivíduos a possuem em decorrência do princípio da igualdade (CÓDIGO CIVIL, artigo 1º.), e não podem ser privados dela pelo ordenamento jurídico. O outro aspecto é a capacidade de exercício ou de fato que concede aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos que tenham valor econômico.

A incapacidade de exercício não suprime a capacidade de gozo, mesmo no caso dos incapazes, cuja capacidade de ser sujeito de direito não lhes é negada, podendo exercer seu direito por meio de representação (BEM, 2004, p. 24).

Ao ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como absolutamente incapaz para o exercício de direitos, uma pessoa poderá ser sujeito de direito por meio da representação por outro indivíduo, enquanto os relativamente incapazes serão assistidos em seus atos.

Segundo Diniz (2002, p. 141), “o instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável.” O reconhecimento da incapacidade advém da lei e culmina com a proibição legal ao exercício de atos da vida civil podendo ser encarada em sentido estrito, uma vez que a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção (BEM, 2004, p. 26).

Os absolutamente incapazes são os menores de dezesseis anos; aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o discernimento necessário a exercer atos da vida social, sendo reconhecidas como portadoras de doença ou deficiência mental permanente; os que, por deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido, excetuando-se os eventualmente drogados ou alcoolizados; os pródigos.¹

São relativamente incapazes, as pessoas impossibilitadas de expressar sua vontade em razão de causas transitórias; os ébrios ou alcoólatras e os viciados em tóxicos.

A idade avançada não impossibilita o exercício de atos normatizados pelo direito, a não ser nos casos em que sejam comprovadas alterações que coloquem o idoso em discrepância com os padrões da normalidade. As pessoas consideradas relativamente incapazes necessitam de um assistente para acompanhá-los em certos atos da vida civil, sob pena destes serem considerados nulos.

A proteção aos absolutamente incapazes se dá pela representação, enquanto os relativamente incapazes são protegidos pela assistência legalmente constituída ou por medidas tutelares previstas pelo código penal ou pelas leis extravagantes (BEM, 2004, p.31). Quando as normas de proteção aos absolutamente capazes

¹ Pródigo - pessoa *sui generis* que dilapida, em prejuízo dos filhos, o patrimônio recebido por sucessão legítima dos parentes paternos.

forem infringidas, os atos decorrentes serão sujeitos ao instituto da nulidade. No caso da infração às normas voltadas aos relativamente capazes, ela será submetida à anulabilidade.

Quando uma pessoa for reconhecida como incapaz, será submetida à interdição, cujo rito está determinado no artigo 1.777 e seguintes do, Código de Processo Civil, que define a interdição como um ato judicial que declara a incapacidade de determinada pessoa privada de discernimento para a prática de certos atos da vida civil, sendo-lhe nomeado um representante, geralmente escolhido dentre seus parentes muito próximos (BEM, 2004, p.31). A incapacidade cessará quando sua causa for eliminada, como é o caso do menor de dezesseis anos que atinge a maioridade ou que é emancipado por seus pais, ou o fim comprovado de uma doença mental (*idem. Ibidem*).

A personalidade é um atributo jurídico capaz de caracterizar ou individualizar uma pessoa física ou jurídica, capacitando-a a se tornar sujeito ativo ou passivo de direitos. Para Miranda (1999, p. 154), “ser pessoa constitui a possibilidade de ser sujeito de direito.” Assim, para o autor supra citado, a personalidade “é um bem juridicamente relevante e de interesse central no ordenamento jurídico” (MIRANDA, 199, p. 3).

O início da personalidade natural é explicado por três teorias: a teoria natalista, segundo a qual só é sujeito de direitos aquele que nasceu vivo; a teoria da personalidade condicionada; a teoria conceptista, segundo a qual há personalidade plena desde a concepção, reconhecendo personalidade plena ao ser, mesmo antes de seu nascimento. Nesse sentido, o nascituro pode ser considerado como o autor do pedido de reconhecimento de paternidade, sendo representado por sua mãe.

(BEM, 2004, p. 40-41).

A personalidade civil se inicia com o nascimento, colocando-se a salvo os direitos do nascituro. Entretanto, com o nascimento sem vida, a pessoa não adquire a personalidade.

Por outro lado, a personalidade se extingue com a morte, quando também se extingue a aptidão para figurar como titular de direitos e deveres, pondo-se fim às relações personalíssimas das quais o falecido era titular (BEM, 2004, p. 43).

O artigo 16 da Lei n.10.406, de 10.01.2002 enaltece o direito, agora positivado, segundo o qual cada pessoa física tem, entre outros direitos da personalidade, o de possuir o prenome e o nome, e, por eles ser identificada. No direito ao nome, o bem jurídico tutelado é a identidade.

O civilista França (1964, p. 183) afirma que,

O nome, de modo geral, é elemento indispensável ao próprio conhecimento, porquanto é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua rápida caracterização e o seu relacionamento com os demais. De circunstâncias que tais, não discrepa o nome civil das pessoas físicas, porque é através dele que os respectivos titulares são conhecidos e se dão a conhecer.

A garantia do direito ao nome já era um tema acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, ressaltando e respeitando o direito ao nome como elemento da identidade e, conseqüentemente, parte dos direitos da personalidade.

Assim, todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser levado a cartório de registro público, conforme o artigo 9º. do Código Civil, no lugar em que tiver ocorrido o nascimento ou no lugar de residência dos pais, dentro do prazo de

quinze (15) dias, que, nos lugares distantes mais que trinta (30) quilômetros do cartório, será ampliado para três (3) meses (BEM, 2004, p. 56).

O prenome e o nome podem, no decorrer da vida, deixar de identificar a pessoa que os possuem ou as famílias às quais pertence, ou pior, podem, nunca ter identificado aquelas, sofrendo alterações de fato que geram o direito de modificá-los, por meio de processo judicial que assegure o direito de alteração no registro público.

Os elementos fundamentais do nome (sentido amplo) são: o prenome o nome (sentido estrito). Em síntese: prenome é o nome individual, próprio da pessoa, enquanto o nome é o mesmo que apelido de família que designa a família à qual pertence seu detentor.

O direito ao nome começa com o nascimento, com vida, quando se inicia a personalidade civil da pessoa natural sendo oportuna a transposição da definição dada por França (1964, p. 63) sobre direitos da personalidade, o qual assevera que são as faculdades jurídicas cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.

O direito ao nome é adquirido com o nascimento, com vida, pois ao nascituro não é dado o direito a nome, uma vez que esse é, cientificamente, um feto, sendo-lhe assegurados outros direitos, como o de um registro civil em livro auxiliar (C. Auxiliar), no qual serão lavrados os elementos que couberem, dentre os do nascimento com vida, mencionados no art. 54 da Lei de Registros Públicos - LRP, substituída a atribuição de nome pela menção feto.

É imperioso destacar que possuir um nome é um direito e não, uma obrigação. O atual Código Civil traz, de modo claro, preciso e louvável, inovações a

respeito do nome. Reza o artigo 16, que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Sobre esse dispositivo, não havia qualquer correspondente no antigo código, posto que não era regulado especificamente o direito ao nome.

O artigo 17 refere que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (CÓDIGO CIVIL, p. 42).

O artigo 18 diz que sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial (CÓDIGO CIVIL, p. 42) e o artigo 19 permite que o pseudônimo seja adotado para atividades lícitas, gozando da proteção que se dá ao nome (CÓDIGO CIVIL, p. 42).

O nome designa, individualiza e reconhece o indivíduo no meio social. Até aqui, fez-se referência ao nome no sentido genérico. O Código Civil, no capítulo destinado à eficácia do casamento civil, estabelece no parágrafo primeiro do art.1.565 que, qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

É o correspondente, em parte, do contido artigo 240, parágrafo único do antigo Código, cuja redação originária já havia sofrido modificação com a Lei do Divórcio. Esse dispositivo baseia-se no princípio da igualdade de direitos insertos no item I do art. 5º da Constituição, cujo título versa sobre os direitos e garantias fundamentais.

Artigo 5º - 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 a propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Segundo Mello (1999, p. 240), a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei).

O estado ou *status* de uma pessoa, no direito privado, é uma noção técnica voltada à caracterização da posição jurídica da pessoa no meio social (BEM, 2004, p. 57). Assim, pelo estado, se define a posição do indivíduo na sociedade, na política e na família.

Para Beviláqua (1979, p. 92), o estado de uma pessoa “é o modo particular de existir; é a situação jurídica resultante de certas qualidades inerentes à pessoa.” Gomes (2001, p. 180) ressalta que “o estado da pessoa é a qualificação que encerra elementos de individualização da personalidade.”

O estado é, portanto, o conjunto das diversas qualidades que caracterizam a pessoa como cidadão, capaz ou incapaz, e como participante de uma família. Segundo Monteiro (1979, p. 52), o estado da pessoa regula-se por preceitos de ordem pública, pois a situação jurídica de cada indivíduo interessa a toda a sociedade.’

O estado de uma pessoa é determinado, em suas qualidades necessárias e básicas, no código civil, que, segundo Amaral (1998, p.241), é bastante útil por tornar ‘público o estado da pessoa, dando ciência da data e local do seu nascimento, casamento, morte, ausência, interdição; facilita a prova desse estado e goza de presunção de autenticidade, o que garante a validade e eficácia de seus elementos.’

O estado de uma pessoa é definido sob o ponto de vista político, familiar e individual. Do ponto de vista político, o indivíduo pode ser um cidadão nacional ou estrangeiro, cidadão, ou não. Em relação ao estado familiar, pode ser solteiro, casado viúvo, separado, divorciado ou, parente consanguíneo ou por afinidade. O estado individual diz respeito à sexualidade, masculina ou feminina, à maioridade ou menoridade, à capacidade ou incapacidade (BEM, 2004, 58).

O estado familiar se constitui um pressuposto de direitos e deveres, influenciando, ainda, na legitimidade e na capacidade de fato do sujeito. A importância do estado político está na titularidade de direitos e seu respectivo exercício. Pelo estado individual, são reconhecidos os elementos integrantes da capacidade de fato da pessoa, ressaltando-se que o sexo não influi nessa capacidade.

O estado de uma pessoa é regulado por preceitos de ordem política, pois a situação jurídica de cada pessoa interessa a toda a sociedade (MONTEIRO, 1979, p.152).

Outro fator de identificação da pessoa é o domicílio, local em que a pessoa é encontrada ou, melhor dizendo, sede jurídica da pessoa que é definido, no artigo 70 do Código Civil como “o lugar onde a pessoa natural estabelece a sua residência, com ânimo definitivo,” sendo inegável o seu interesse público.

O domicílio é constituído por dois elementos, sendo um de ordem objetiva, decorrente do fato de se permanecer em um local por força de atividade a ser desempenhada, e outro, de ordem subjetiva que é o ânimo definitivo de se ter um lugar como sede das ocupações habituais ou a intenção de se estabelecer em um local com permanência. O concurso simultâneo desses dois elementos é definido

como domicílio.

O domicílio pode ser classificado como voluntário aquele escolhido por ato de vontade que, para se tornar eficaz exige a capacidade do sujeito, daí se caracterizando, em sentido estrito, como um ato jurídico unilateral, podendo ser subdividido em convencional, aquele em que a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo, e contratual, aquele que é fixado por determinadas situações. De acordo com o artigo 78 do Código Civil, “nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar o domicílio onde se exercitam e cumparam os direitos e obrigações deles resultantes.”

O domicílio legal ou necessário é o que resulta da própria lei e, segundo Miranda (1999, p.170), sua fixação “é um fato jurídico quando fixado pela lei e não, um negócio jurídico.” Para Amaral (1998, p. 243), “o domicílio legal é o lugar onde a lei presume que o indivíduo reside permanentemente.”

O domicílio profissional é o lugar em que a pessoa exerce sua atividade profissional ou econômica, pois, de acordo com o artigo 72 do Código Civil, “é também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde ela é exercida.”

A perda do domicílio da pessoa natural ou jurídica pode ser determinada por lei, por simples mudança ou por cláusula contratual.

O direito, por meio do ordenamento jurídico, assegura a proteção aos direitos da personalidade da pessoa natural, assumindo o papel de mediador de interesses. Assim, a relação jurídica de personalidade é uma relação jurídica fundamental por ter importância significativa para a pessoa humana, envolvendo sujeitos (ativos e

passivos), tendo como bem jurídico protegido a personalidade, objeto tipicamente humano.

Gomes (2001, p. 168) prescreve que as relações jurídicas de personalidade “destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana”. Essa dignidade só será alcançada se seus fins forem promovidos, prestigiados e protegidos, sendo ela a base e o filtro para o respeito (BEM, 2004, p. 70).

Telles Júnior (2002, v. 28, p. 315-316) define as relações jurídicas de personalidade como “direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.” Para Diniz (2002, p. 135), elas são ‘direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, intelectual e moral.’ Miranda (1999, p. 161) as considera como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.”

Diante dessas conceituações dos doutrinadores citados, podem-se resumir seus preceitos referindo que as relações jurídicas de personalidade se instituem o um conjunto de direitos voltados à proteção dos valores essenciais da pessoa humana, considerados pelo ordenamento jurídico em um determinado contexto histórico (BEM, 2004, p. 71).

São duas as teorias que tratam dos direitos da personalidade: a teoria pluralista, cujos adeptos reconhecem a existência de múltiplos direitos à personalidade, enquanto a teoria monista aceita somente um direito da personalidade, originário e geral, que tutela toda a dignidade do sujeito, não sendo necessário estar tipificado, uma vez que é essencial a cláusula geral da

personalidade (BEM, 2004. p. 71-72).

Essas duas teorias têm um ponto em comum que é a preocupação com a estrutura subjetiva e patrimonialista da relação jurídica, a qual vincula a proteção da personalidade à prévia definição de um direito subjetivo e, em um segundo momento, Como limita a proteção da personalidade aos seus momentos patológicos, “no binômio dano-reparação, segundo a lógica do direito de propriedade, sem levar em conta aspectos distintivos da pessoa humana, na hierarquia dos valores constitucionais” (TEPEDINO, 2000, p. 44).

De acordo com as palavras de Lorenzetti (1998, p.61), “os direitos personalíssimos, que constituem, talvez, o aspecto mais inovador da parte geral, não são uma criação própria,” isso porque, apesar deles representarem uma inovação do atual Código Civil, suas características já estavam presentes nos tratados e Constituições e consagrados pela jurisprudência brasileira.

Diante dessas considerações, os direitos da personalidade são classificados como gerais, extrapatrimoniais, absolutos, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis.

O sentido da generalidade reside no fato de os direitos da personalidade serem naturalmente concedidos a todos, indistintamente, ao mesmo tempo em que são inatos, pois o nascimento é o pressuposto para o posicionamento da pessoa natural como titular do direito, independentemente do direito positivo (BEM, 2004, p.74). A esse respeito, Tepedino (2000, p. 33) se posiciona contrário, por entender que “esses direitos não independem do dado normativo; portanto não são inatos.”

A característica da extrapatrimonialidade é definida no sentido de que

nenhum direito pode ser encerrado, limitando-se simplesmente, aos aspectos essencialmente patrimoniais, não podendo ser definido patrimonialmente, ainda que, alguns de seus aspectos possam ser utilizados de forma patrimoniais (BEM, 2004, p. 74).

Os direitos da personalidade são caracterizados como absolutos por serem direitos de todos e a todos se impor o dever de respeitá-los (BEM, 2004, p. 74). Esses direitos se dizem relativamente indisponíveis por serem presumidas situações em que seja viável a sua disponibilidade. Nesse sentido, os atos de disposição devem ser interpretados de maneira restritiva, considerando-se o pensamento de Cupis (1961, p. 50), quando expressa que “da indisponibilidade deriva o intenso debate sobre a licitude dos atos lesivos aos direitos da personalidade, praticados com o consentimento do interessado.”

A característica da irrenunciabilidade é definida no artigo 11 do Código Civil, ao declarar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, deixando claro, portanto, que será considerado nulo, qualquer ato de absoluta renúncia.

Ainda no artigo 11 do Código Civil, está definido que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis.” Os direitos da personalidade, por natureza, são personalíssimos, não podendo ser objeto de sucessão *causa mortis*, mas podem se objeto de proteção à memória do morto, conforme os artigos 12 e 20 do Código Civil, em seus parágrafos únicos.

Os direitos da personalidade são imprescritíveis, pois, segundo as palavras de Tepedino (2000, p. 34), “a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, pudesse convaler, acarretando o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora.”

Campos (1995, p. 43) esclarece a característica da imprescritibilidade do direito da personalidade, ao afirmar que,

... embora a morte cesse a personalidade, as leis e a doutrina afirmam a permanência, depois da morte, de um certo número de impasses e dos direitos respectivos; o direito à sepultura e a sua proteção; o direito ao cadáver e de decidir seu destino; o direito à imagem que era e, também, o direito à imagem do cadáver; o direito ao nome e outros.

Esses direitos da personalidade se classificam em direitos à integridade física e direitos à integridade moral.

A integridade físico-corporal é um bem vital do indivíduo. A proteção ao corpo e à mente consiste em manter a saúde desses, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-los. Esse, portanto, é um direito fundamental do homem.

O direito à integridade física acompanha o indivíduo desde a concepção até a morte, alcançando tanto o nascituro como o cadáver. Ao contrário do direito à vida, ele é disponível sob certos aspectos nos quais deverão estar conciliados os interesses do indivíduo aos da família e aos da sociedade. Assim, a pessoa cumpre interesses superiores, refletidos na coletividade, seguindo sempre os limites impostos pela lei.

Agredir o corpo humano é um modo de ofender o direito à vida. Assim, as lesões corporais levam a sanções pelos campos penal e civil, sendo que também está presente no ordenamento constitucional brasileiro.

Dentre vários artigos que garantem o direito à integridade física na Constituição brasileira, podemos destacar o artigo 5º, inc. III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento degradante. Neste artigo, percebe-se o amplo amparo constitucional ao direito à integridade física.

O estatuto penal define figuras delituosas em que existe dano ou perigo à saúde corporal ou intelectual da pessoa, sendo distribuídas por vários crimes. O delito central é o de lesões corporais, com ações de ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem. São exacerbadas as sanções frente à gravidade do resultado, como debilidade, deformidade, incapacidade para o trabalho e outras situações, disciplinando-se, ainda, a lesão seguida de morte e a lesão meramente culposa.

Vê-se, portanto, que a Integridade Física é o pressuposto básico da vida da pessoa natural e, conseqüentemente, da vida em sociedade e do Direito em si. Dessa forma, o direito à integridade física é um tema que tangencia, com particular desenvoltura, outras esferas do conhecimento humano, como a puramente jurídica e, particularmente, a filosófica e a religiosa (BEIGNIER, 1992, p. 11).

Nessa perspectiva, a tutela da integridade física alcança, até mesmo, o que já deixou de ser sujeito de direito, no caso o cadáver. Segundo Gonçalves (1994, p. 11), “o cadáver não é coisa, porque, como resíduo ou invólucro da personalidade, é ainda objeto de respeito.”

A revolução terapêutica e, principalmente as manipulações sobre a vida, a utilização do ser humano e de seus elementos levaram à produção de novas normas jurídicas, sendo que em certas ocasiões surgem situações emergenciais, até mesmo pelo fato de todas essas descobertas estarem envolvidas com diversos interesses, tornando-se necessário que se estabelecessem normas de proteção ao ser humano em seu aspecto psíquico e físico, que culminaram com mudanças na legislação nacional e internacional decorrentes de novas interpretações, normas profissionais, jurisprudências e doutrina.

Sendo o direito à vida o maior dos direitos, uma vez que sem ele todos os

demais perdem o sentido, ele é ressaltado por Rizzardo (2003, p. 150), como “o mais primário dos direitos, pressuposto ontológico de todas as aspirações [...] engloba todos os componentes necessários para o proveito e o pleno desenvolvimento.”

O direito à integridade física é um bem vital, sendo “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (artigo 5º., XLIX). Também, a norma constitucional veda todo o tipo de comercialização de órgãos (artigo 199, § 4º.).

O direito à vida não permite o aborto, salvo se não houver outro meio de salvaguardar a vida da gestante ou se a gravidez resultar de estupro, sendo o aborto realizado, unicamente, mediante o consentimento da gestante ou do seu representante legal, quando esta for reconhecida como incapaz.

No âmbito dos crimes de saúde, destacam-se: a exposição a contágios de moléstias venéreas; o perigo de contágio de moléstia grave, o perigo para a vida ou saúde de outrem; o abandono de incapaz; a exposição ou abandono do recém-nascido; a omissão de socorro; os maus tratos. Pune-se também a participação em rixa, com sanções mais graves em caso de lesão ou morte (BITTAR, 2000, p. 71-72).

Além da repressão penal, existem várias sanções indenizatórias “em que se realça a ação da jurisprudência, que tem definido critérios seguros para a liquidação do dano, à luz das normas básicas do Código Civil, artigo 949 e seguintes” (BITTAR, 2000, p. 71-72).

Tratando-se de uma série de instrumentos que visam, por meio de coerção física e moral, a extorquir, mediante confissão ou depoimento, a verdade da

acusação, sem dúvida alguma, a tortura é o maior meio de violação à integridade física de um indivíduo.

A Constituição Brasileira de 1988 condena expressamente a tortura, no artigo 5º. em seu inciso III, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” Assim, o texto legal repudia inteiramente a tortura, considerando sua prática crime inafiançável e insuscetível de graça, respondendo por este crime os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem (artigo 5º., XLIII). É a tortura uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões e a humanidade como um todo.

Enfim, a tortura é muito mais que uma violação ao direito à integridade física, a tortura é um crime contra a própria vida. Sendo uma crueldade que atinge o indivíduo em todas as suas dimensões (física, moral, intelectual), configurando-se um crime contra toda humanidade.

As intervenções cirúrgicas só ocorrerão com a anuência do interessado, sendo dispensável apenas em caso de necessidade. A pessoa pode se recusar à internação em hospital, ou a fazer qualquer tratamento, cabendo apenas a ela definir a ação aplicável à sua condição física. Da mesma forma, a doação de órgãos só poderá ocorrer com a autorização do doador. Porém, nesse caso, as regras são diferenciadas.

A eutanásia é proibida pelo direito à vida consagrado constitucionalmente. Por isso, o Estado continua a proteger a vida como valor social. A disposição *post mortem* de tecidos para fins de transplantes presume-se autorizada, salvo manifestação em contrário expressa na Carteira de Identidade ou na Carteira de

Habilitação.

Já as doações de órgãos ou tecidos com o doador vivo, a legislação só permite quando se tratarem de órgãos duplos, ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco a sua integridade, saúde física e mental, e que não cause deformação inaceitável ao doador; além do que deve corresponder a uma necessidade indispensável ao receptor. Ressalta-se, ainda, que, também neste caso, existe a necessidade de autorização expressa do doador.

Vale ressaltar que a Constituição em seu artigo 199, § 4º veda todo tipo de comercialização no que diz respeito a transplantes. Nesses casos, os profissionais seguem regulamentos específicos que visam a aumentar sua segurança, sujeitando-se aos riscos, mas com cautela e limites de ação que cercam a respectiva prática.

Inexiste delito na autolesão, pois no regime jurídico atual, o crime de lesão caracteriza-se por crime a outra pessoa. A entrada no campo jurídico apenas ocorre quando o objetivo da autolesão não é permitido pelo ordenamento (fraudar terceiros, receber seguros, isenção de serviço obrigatório e outros).

Vê-se, pois, que tanto o direito à vida, como o direito à integridade física estão entre os principais direitos da personalidade. Esses dois direitos são complementares, não existem isoladamente, estando um ligado ao outro intimamente, uma vez que, ao se analisar um deles, automaticamente, analisa-se o outro e a violação da integridade física de um indivíduo pode levar à sua morte.

Pode-se concluir que esses dois direitos não existem isoladamente, pois, ao violar a vida de um indivíduo, conseqüentemente ocorrerá a violação de sua

integridade física. Enfim, cabe ao Direito, como ciência que regulamenta a sociedade, garantir a plena proteção a esses direitos, assim como, a todos os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade compreendem, além dos direitos à integridade física, os direitos à integridade moral que abrangem o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome, o direito moral do autor. A Constituição Federal, no artigo 5º. incisos V e X, refere-se aos direitos subjetivos privados pertinentes à integridade moral.

O direito à integridade moral é um valor moral, ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV), sendo o valor da moral individual um bem indenizável (artigo 5º, V e X). A pena de morte é vedada, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (artigo 5º. XLVII, a), porque a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual.

A integridade moral é expressa pelo direito à honra, à dignidade, ao bom conceito no ambiente social. A integridade moral poderá ser violada pela injúria, a calúnia, a difamação, ou qualquer outro modo como se possa configurar: pela palavra oral ou escrita, ou divulgada pelo rádio ou televisão.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º. inc. V assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e, também, o direito à imagem, concedendo indenização por dano material ou moral. A reprodução da imagem para fins publicitários ou comerciais somente é permitida com prévia autorização.

O artigo 5º. X da Constituição brasileira assegura o direito à intimidade, à vida

privada, à honra e à imagem das pessoas. O artigo 20 do Código Civil refere-se à proteção dos direitos autorais, bem como a outras manifestações da criatividade: pintura, escultura, composição musical, dentre outras.

A Constituição Federal resguarda o direito à imagem, que se representa pela expressão externa e, também, pela descrição do caráter da pessoa. O direito à imagem pode ser ofendido pela divulgação da fotografia como também, pela exposição de partes do corpo como pernas, mãos, cabeça e outras.

Segundo Pereira (1976), constitui atentado contra o direito à imagem a sua representação em artigos, em peças de teatro, em livro, em novela, em quadro de programa, em caricatura, em charge jornalística, despertando o desrespeito, o ridículo ou a execração pública. A divulgação da imagem sem autorização pode ter como consequência a reparação material e moral do dano, como também, a apreensão do material exibido e sujeitar o exibidor aos efeitos penais. A divulgação da imagem será sempre vedada quando importe lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade e a outros valores não patrimoniais da pessoa. A voz também está no contexto da proteção da intimidade e da imagem.

Somente se divulgará sem autorização do interessado a transmissão de palavra, exposição ou utilização de imagem, se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. O direito à privacidade subsiste enquanto não embaraçar o andamento da justiça ou atentar contra a ordem pública.

A legitimidade para reprimir todo abuso, usurpação ou atentado é o próprio indivíduo. Estando morto, a legitimidade para requerer as medidas de proteção transferem-se, de pleno direito, para o cônjuge, ou companheiro, ascendentes e descendentes.

O direito à privacidade está previsto no art. 21 do CC, que impõe ao juiz a adoção das providências necessárias, a requerimento da parte ofendida.

O artigo 5º. X da Constituição Federal de 1988, refere-se ao direito à intimidade, direito à vida privada. Esse direito tem caráter dúplice: direito de estar só, de não se comunicar e, simultaneamente, de não ser molestado por outrem, salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo. A proteção da intimidade é relativa, na dependência da profissão, da atividade ou da posição social ou política.

Não há hierarquia entre os princípios constitucionais, considerando-se o ponto de vista jurídico, porquanto todas as normas constitucionais têm igual dignidade e importância, no plano teórico, daí porque, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais (ROLIM, 2006, p. 2).

Existirá uma colisão autêntica de direitos fundamentais no momento em que o exercício de um direito fundamental, por parte de seu titular, colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular (ROLIM, 2006, p. 3).

O princípio da concordância prática ou da harmonização baseia-se na unidade constitucional. Esse princípio visa a estabelecer um equilíbrio entre os direitos e bens jurídicos protegidos, harmonizá-los no caso concreto por intermédio de um juízo de ponderação, no intuito de preservar ao máximo os direitos em conflitos.

1.3 Das pessoas jurídicas

Como elementos essenciais das relações jurídicas, as pessoas jurídicas são o centro de imputação de direitos e deveres autônomos de seus participantes ou instituidores (BEM, 2004, p. 98).

Para Rodrigues (1996, p.64), as pessoas jurídicas “são entidades a que a lei empresta personalidade, isso é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidades diversas das dos indivíduos que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.”

Gomes (2001, p. 209-210) define as pessoas jurídicas como ‘entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, adquirindo personalidades distintas de seus componentes.’

A lei concede às pessoas jurídicas a capacidade de ter direitos e de contrair obrigações. O Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, classifica as pessoas jurídicas sob o aspecto da sua função e capacidade, dividindo em dois grandes segmentos. Estabelece o seu artigo 40 que as pessoas jurídicas são: a) de direito público e b) de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito público são: de direito público externo (os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público); e de direito público interno (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público, criadas por lei).

O artigo 44 do Código Civil, com sua nova redação dada pela Lei 10.825/03 estabelece que as pessoas jurídicas de direito privado são classificadas em cinco

espécies: a) as associações; b) as sociedades; c) as fundações; d) as organizações religiosas; e) os partidos políticos.

As associações são aquelas entidades sem fins lucrativos, a exemplo dos sindicatos, associações dos servidores de uma determinada entidade pública e outras. As fundações são instituições constituídas através de patrimônio livre doado por seu instituidor para uma finalidade específica. Os partidos políticos e as organizações religiosas foram incluídas na categoria de pessoa jurídica através da Lei Nº 10.825, de 22.12.2003. Este mesmo diploma legal estabeleceu que as organizações religiosas, que normalmente são as igrejas, são livres no que se refere à criação, a organização, a estruturação interna e seu funcionamento, sendo ainda vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

O novo Código Civil permite que as igrejas e outras organizações religiosas deixem de ser simples entidades de classe sem conotação jurídica, passando agora a poder ter seu estatuto devidamente registrado no cartório do registro competente.

Quanto às sociedades, estas são constituídas quando duas ou mais pessoas celebram um contrato em que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. É bom observar que as disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial do Código.

1.4 Teoria dos objetos

A relação jurídica é constituída pelo direito, entre dois sujeitos, com referência a um objeto, sendo este um dos elementos essenciais da relação jurídica, o qual pode ser definido como um bem ou prestação sobre o qual incide o poder jurídico do sujeito ativo (BEM, 2004, p. 115).

Para Beviláqua (1979, p. 214), “bens são valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica.” Assim, presume-se que uma relação jurídica só pode existir em função de um objeto e este deve apresentar características próprias como estimativa econômica, disponibilização, ser apropriável pessoalmente, ser passível de titularidade, de posse e de transferência por atos *inter vivos* (BEM, 204, p. 115).

Em toda relação jurídica há um bem imediato, que é a posição ativa e passiva do sujeito, isso é, os direitos e deveres de titularidade dos sujeitos na relação, e um bem mediato que é o bem jurídico sobre o qual incidem os poderes em uma relação. O objeto mediato é ‘formado por bens jurídicos que correspondam a qualquer bem voltado para a satisfação dos interesses humanos tutelados pelo direito (BEM, 2004, p. 116).

Quando dotados de valor econômico, os bens passam a constitui um patrimônio no qual estão incluídos, segundo Gomes (2001, p. 227), “as coisas, os créditos e os débitos, enfim, todas as relações jurídicas de conteúdo econômico, das quais participe a pessoa, ativa ou passivamente.”

Os bens podem ser considerados em sua individualidade; reciprocamente considerados; bens considerados em função da titularidade e do domínio e bens de

família.

Os bens considerados em sua individualidade são os bens imóveis e os bens móveis. De acordo com Santos (1964, p. 8), “os bens imóveis ou bens de raiz, são os que absolutamente não se podem transportar sem a alteração de sua essência.” Os bens móveis, conforme está prescrito no artigo 82 do Código civil, “são bens susceptíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

Os bens reciprocamente considerados se subdividem em principais, pertencas e bens acessórios. Os bens principais possuem uma parte integrante essencial que integra a própria constituição do objeto, a qual sendo retirada, o bem se destrói; são bens que têm existência jurídica própria, autônoma e soberana, não dependendo de outro objeto, ressaltando-se que estes bens não podem ser objetos de relações jurídicas autônomas (BEM, 2004, p. 127).

Pertencas são bens jurídicos, auxiliares do bem principal e são definidos no artigo 93 do Código Civil como ‘bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento do outro.’ Convém salientar que a relação entre as pertencas e o bem principal se dá num vínculo funcional (BEM, 2004, p. 129).

Os bens acessórios são aqueles que possuem vínculo com o principal e sua existência pressupõe a do principal, Esses bens podem ser objeto de relações jurídicas autônomas, seguindo a mesma sorte do bem principal, salvo se houver disposições contrárias.

Os bens considerados em função da titularidade são subdivididos em públicos

e privados. Os bens públicos são aqueles que pertencem ao poder público e são disciplinados pelo direito administrativo e constitucional, embora seu conceito seja dado pelo direito civil; os bens privados são do domínio de particulares e são regulados pelo Diploma Civil (BEM, 2004, p. 135).

Os bens de família são aqueles que, mediante escritura ou testamento, são instituídos como bens da família, tendo como características principais a impenhorabilidade e a inalienabilidade. Segundo Venosa (2003, p. 356), “essa inalienabilidade pode ser removida, desde que haja aquiescência dos interessados.”

1.5 Teoria dos fatos jurídicos

Todo direito nasce do fato, isso é, o fato pode ter conseqüências jurídicas justamente por ter sido previsto pelo direito. Tais fatos com conseqüências jurídicas dividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito e em atos jurídicos.

Os fatos jurídicos em sentido estrito representam todos os fenômenos atuantes sobre o mundo exterior que, não obstante gerem efeitos jurídicos, não são frutos da vontade humana. Segundo Miranda (1999, p. 77), o fato jurídico é “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica.”

Os atos jurídicos são os acontecimentos que geram efeitos legais e que são fruto da consciência e da vontade humanas, subdividindo-se em atos lícitos - conforme o direito - e atos ilícitos - em contraposição ao direito.

Aqui serão abordados, apenas, os fatos jurídicos decorrentes da consciência e da vontade humanas, tanto na modalidade lícita como na modalidade ilícita, uma

vez que, como afirma Falcão (1959, p. 136), “todos os fatos que não produzem, pela norma, efeitos jurídicos serão irrelevantes para o direito.”

Nessa perspectiva, conceitua-se fato jurídico, em sentido lato, todo acontecimento natural ou humano, suscetível de produzir efeitos jurídicos. Entretanto, usualmente, essa expressão tem sido utilizada em sentido estrito, como fato independente da vontade humana que suscita efeitos jurídicos (BEM, 2004, p. 141).

Os fatos jurídicos, em sentido estrito ou fatos naturais independem da vontade humana, mas apenas da natureza humana, e podem ser classificados como fatos naturais ordinários e fatos naturais extraordinários. Os fatos naturais ordinários trazem em si uma posição jurídica, produzindo efeitos como a aquisição e a extinção de direitos, como é o caso do nascimento e da morte que são os termos inicial e final da personalidade (BEM, 2004, p. 148).

Os fatos naturais extraordinários se originam de casos fortuitos, força maior ou acontecimentos humanos como terremotos, raios, tempestades, inundações, epidemias, incêndios, revoluções, guerras, greves, crises econômicas e outros, incidindo sobre situações, direitos e obrigações (BEM, 2004, p.148).

O ato jurídico em sentido amplo, ou ato humano, é um acontecimento que depende da vontade humana. Estando essa vontade de acordo com o direito, a moral e os bons costumes, tem-se um fato lícito e têm efeitos esperados pelo agente humano (BEM, 2004, p. 149).

Os atos jurídicos ilícitos pressupõem uma atuação contrária a alguma regra pré-existente - culpa em sentido lato, pouco importando a efetiva intenção de causar

o dano, podendo caracterizar responsabilidades direta e indireta, na exata medida em que provenham, respectivamente, de um fato efetivamente praticado pelo próprio responsável ou de um fato imputável efetivamente a outra pessoa ou a uma coisa ligadas ao responsável.

A responsabilidade direta pode decorrer de ato caracterizado como ilícito em função da violação de um contrato - em situação que pressupõe um prévio e específico vínculo entre a vítima e o responsável -, ou em função da violação de uma regra geral independente de prévio ajuste entre as partes; trata-se, respectivamente, das responsabilidades contratual e extracontratual. Já no que tange à responsabilidade indireta, revela-se a sua natureza extracontratual, uma vez que somente a lei poderia transferir o dever de reparar àquele a que estivessem subordinados os efetivos causadores do dano.

Convém ressaltar, citando as palavras de Azevedo (2002, p. 304), “o ato ilícito não origina direito subjetivo a quem o pratica, mas sim deveres que variam de acordo com o prejuízo causado a outrem.”

Há, ainda, atos jurídicos que, não obstante lícitos, podem gerar o excepcional dever legal de ressarcir os danos resultantes; trata-se da teoria da responsabilidade objetiva, que se baseia tão-somente na constatação do risco da atividade desenvolvida, afigurando-se irrelevante que a conduta implique em si mesma a violação de um dever. Visa à teoria da responsabilidade sem culpa, portanto, à efetiva reparação de qualquer resultado prejudicial.

O negócio jurídico é um fato jurídico que consiste na declaração de vontade para alcançar fins queridos e permitidos pelo ordenamento jurídico, como meio de atuação das pessoas na esfera de sua autonomia. Segundo Mello (1999, p. 142),

“no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser determinados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um.”

A vontade é o elemento principal do negócio jurídico, porquanto, ela determina a criação, a modificação ou a extinção da expressão do ser humano. Rodrigues (1966, p. 10) define a vontade como “o substrato do negócio jurídico.”

A finalidade do negócio jurídico é a satisfação da vontade de criar, conservar, modificar ou extinguir direitos. Sem essa intenção, caracteriza-se, apenas, um ato jurídico, conforme a compreensão de Gonçalves (2003, p. 109) assim expressa: “a existência do negócio jurídico depende da manifestação da vontade, com a finalidade negocial...”

Para que um fato jurídico seja considerado válido, são necessários alguns elementos determinados em lei, independente da vontade dos sujeitos de direito. Para Amaral (1998, p.387), esses elementos são as entidades que compõem a estrutura do negócio jurídico. Assim, são elementos primários indispensáveis para que um negócio jurídico seja considerado válido: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável e forma prescrita ou não defesa da lei (BEM, 2004, p. 157).

Segundo Mello (2002, p. 86):

O plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade. Por isso, o que se passa para que o fato jurídico tenha acesso ao plano da eficácia pode assim ser descrito:

a) quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fato jurídicos, e fatos ilícitos *lato sensu*, salvo *lex specialis*, basta que existam. Quer isto dizer que essas espécies de fato jurídico do plano da existência ingressam, diretamente, no plano da eficácia e irradiam, instantaneamente, a sua eficácia [...]

b) quanto aos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos há que se distinguir três situações: b.a.) os atos jurídicos válidos têm entrada imediata no plano da eficácia, mesmo enquanto pendentes termos ou condições suspensivos. [...] b.b.) os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas interinisticamente, pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha à decretação de sua anulabilidade. [...] b.c.) os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia.

No caso do negócio jurídico não estar em conformidade com o ordenamento jurídico ou se lhes faltar qualquer um dos requisitos essenciais à sua validade, será considerado inválido, estando sujeito à nulidade, que decorre da falta dos requisitos legais da formação do ato ou de expressa disposição legal; ou à anulabilidade que decorre da incapacidade relativa do agente ou de um vício de vontade (CÓDIGO CIVIL, artigo 171).

Interpretar o ato jurídico é determinar o sentido que ele deve ter, procurando-se compreender o conteúdo de suas normas e as manifestações das vontades das pessoas (BEM, 2004, p. 226). Inexiste negócio ou ato jurídico sem a vontade, pressuposto, aliás, elementar, ainda que seja produzida por meio da linguagem do silêncio.

Na concepção de Von Savigny (1900, p. 134),

a essência do negócio jurídico está no querer individual, isto é, na vontade mesma do autor da declaração negocial. Esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela. Por isso, quando há conflito entre a vontade e a declaração, é a vontade que há de prevalecer.

No negócio jurídico ou ato jurídico benéfico se sobrepõem a natureza da benevolência, da generosidade, da liberalidade, que traduz a disposição do agente em ofertar um direito ou um benefício em favor de outrem, sem contrapartida. Nesse negócio, quer o agente conferir, voluntariamente, a outrem, uma vantagem fruível juridicamente por quem passa a tê-la, na condição de titular de um direito, nascido

em face à dádiva.

CAPÍTULO II – ESTRUTURA DAS OBRIGAÇÕES

A teoria da relação jurídica demonstra existir equivalência entre ‘poder’ e ‘dever’, entendido este termo no sentido de ‘obrigação.’ Amaral (1998, p.156) concorda com essa concepção quando define, concretamente, a relação jurídica como sendo “uma relação entre sujeitos, um titular de um poder, outro, de um dever.” Nessa perspectiva, Betioli (1996, p. 212) esclarece que as relações jurídicas “derivam de conseqüências obrigatórias do vínculo que se estabelece pela relação jurídica.”

Campos (1995, p.125) não discrepa desse entendimento ao sustentar que, tanto o titular do direito subjetivo como o obrigado ficam, pela relação jurídica, vinculados, quanto ao objeto ou ao bem jurídico. Bem (2004, p.16) também se refere ao vínculo dotado de obrigatoriedade que se estabelece entre dois ou mais indivíduos. Por isso, há pressuposição de um ato, devido ou permitido, e dois sujeitos, um dito ativo e outro, passivo.

Convém lembrar que o sujeito ativo não é, necessariamente, aquele que pratica o ato, mas, como já se disse, aquele que, na situação jurídica, se encontra na posição subordinante. Simetricamente a este, está o sujeito passivo, aquele que se encontra na posição subordinada, em relação ao ato considerado. A subordinação é estabelecida pelo Direito, em benefício de quem pratica o ato, a benefício de terceiro ou da comunidade.

A subordinação reforça, por assim dizer, a equivalência entre ‘poder’ e ‘dever’

ou 'obrigação' no âmbito da relação jurídica. Por isso mesmo, é que, por consenso geral, se costuma dizer que a todo direito corresponde um dever, uma obrigação. Da mesma forma, não é sem razão que as relações de direito privado se classificam em quatro categorias: familiares, sucessórias, obrigacionais e contratuais.

Pode-se indagar por que as relações empresariais não são enquadráveis entre as categorias de direito privado acima elencadas. A resposta, certamente, passa pela consideração da empresa e do empresário, como pessoas jurídicas que têm disciplina normativa na Parte Geral do Código Civil. Tais pessoas, como é fácil de perceber, não são (nem podem ser) relações jurídicas, mas sujeitos dessas relações.

Importa ressaltar sem demasia que, dentre as relações jurídicas, aquelas denominadas 'obrigacionais' são as que constituem o objeto dessa investigação e que, por petição de método, aqui se cuidará especificamente de um de seus elementos estruturais: o vínculo jurídico. A razão pela qual o vínculo jurídico interessa a este estudo está em que, como será demonstrado a partir dele, a relação jurídica obrigacional buscará seu fundamento de validade na positividade da ordem constitucional.

Para Venosa (2006, v. 2, p. 04)

É absolutamente clássica a definição das *Institutas* de Justiniano: *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* (Liv. 3º., Tit. XIII) (a obrigação é um vínculo jurídico que nos obriga a pagar alguma coisa, ou seja, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa).

A concisão e a elegância da definição das *Institutas* de Justiniano são, segundo Venosa (*idem*), capazes de conduzir a compreensão de todo tipo de

obrigação jurídica e, não apenas, o sentido restrito do Direito das Obrigações, que é um ramo marcadamente patrimonial cuja pessoalidade é a característica preponderante.

Beviláqua (1979, p. 14) define obrigação como sendo:

A relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.

Monteiro (1979, v. 4, p. 08) tem na obrigação:

A relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.

Gagliano & Pamplona Filho (2006, v. 2, p.15) entendem-na como:

A relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coercitivamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credora).

E Venosa (2006, v. 2, p. 5) a conceitua como “uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação à outra (o credor).”

Nas definições aqui apresentadas, é possível identificar alguns elementos comuns que servem à dedução constitutiva da estrutura da relação jurídica obrigacional: há sujeitos e, como tais, são considerados os devedores e os credores; há objetos ou prestações, que são identificáveis pelas condutas ‘dar’, ‘fazer’ e ‘deixar de fazer’ e há o liame, o vínculo em si, que constitui a própria noção de obrigação.

Pode-se dizer que a idéia estrutural da relação jurídica de obrigação é capaz

de ser desenhada considerando-se o elemento subjetivo (os sujeitos – devedor e credor), o elemento objetivo (a prestação, consubstanciada nas condutas ‘dar’, ‘fazer’ e ‘não fazer’) e o elemento normativo (o vínculo jurídico). Nesse sentido, é possível esboçar um desenho esquemático da estrutura conforme a figura apresentada a seguir, compondo uma relação triádica.

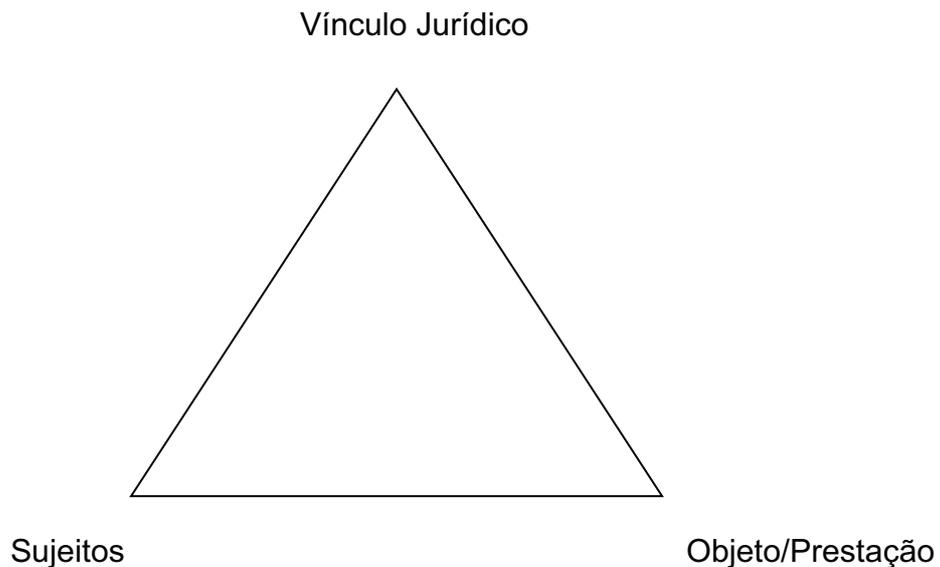


Figura 1 – Relação jurídica triádica

A estruturação espacial da relação jurídica de obrigação permite visualizar concretamente os três elementos (subjetivo, objetivo e normativo) que a compõem. Aliás, essa mesma estrutura triádica possibilita outras conexões no plano da teoria da relação jurídica. Note-se que aos ‘sujeitos’ é possível corresponder as ‘pessoas’, que ao ‘objeto’ é possível corresponder os ‘bens’ e que ao ‘vínculo jurídico’ é possível corresponder os ‘fatos jurídicos.’

Sob esse aspecto, os três livros que compõem a Parte Geral do Código Civil (Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos) se amoldam perfeitamente à estrutura triádica e funcionam como um modelo do qual deriva a estrutura da relação jurídica de

obrigação. Isso significa dizer que a tridimensionalidade que afeta o direito (fato, valor e norma), afeta, também, a teoria da relação jurídica (pessoas, bens e fatos jurídicos) e, mais especificamente, afeta a teoria da relação jurídica de obrigação (sujeitos, objeto e vínculo jurídico).

Nesse ponto, é necessário examinar, um a um, os elementos que compõem a relação jurídica de obrigação para posicionar com clareza as respectivas funções operativas de cada um deles no plano da estrutura tridimensional já apontada. Cumpre esclarecer que essa opção metodológica de exposição decorre da facilidade de compreensão do problema específico concernente à normatividade do vínculo jurídico, o que será demonstrado neste mesmo capítulo, mais adiante.

Gagliano & Pamplona Filho (2006, v. 2, p16) lecionam que:

O credor, sujeito ativo da relação obrigacional, é o titular do direito de crédito, ou seja, é o detentor do poder de exigir, em caso de inadimplemento, o cumprimento coercitivo (judicial) da prestação pactuada. O devedor, por sua vez, sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, é a parte a quem incumbe o dever de efetuar a prestação.

No mesmo sentido se expressa Venosa (2006, v. 2, p.16), para quem “a polaridade da relação obrigacional apresenta, de um lado, o sujeito ativo (credor) e, de outro, o sujeito passivo (devedor).” A multiplicidade de sujeitos (ativos e ou passivos) é admissível, resultando da divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação, ou da solidariedade ativa e ou passiva.

Há, da parte do sujeito ativo, o interesse em que a prestação seja cumprida e para que a proteção de seu direito seja eficaz ele pode, na condição de credor, dispor de vários meios que a ordem jurídica lhe confere. Pode exigir o cumprimento da obrigação (CC, artigo 331), pode requerer a execução, que é a sua realização

coativa, pode dispor do seu crédito através da remissão a dívida no todo ou em parte (CC, artigo 385) e também pode dispor do seu direito de crédito por meio de cessão para outra pessoa (CC, artigo 286).

O sujeito passivo, o devedor, é a pessoa que deve praticar certa conduta, determinada atividade, em favor do interesse do credor, ou de quem este determinar. Trata-se da pessoa sobre a qual recai o dever de efetuar a prestação. Os autores costumam ser bastante econômicos no que concerne à definição dos sujeitos passivos da relação jurídica de obrigação e muito dessa economia, ao que se pode observar, decorre precisamente do modo como normativamente tem sido abordado esse ramo do direito marcadamente de crédito denominado direito das obrigações.

A este respeito cabe esclarecer que a resistência às modificações ao longo dos tempos consolidou a nomenclatura específica de 'direito das obrigações' a uma metodologia jurídica que se desenvolveu e tem por objetivo realizar a eficácia de um 'direito de crédito.' Essa resistência se deve em muito ao aspecto lógico da relação jurídica obrigacional, assim admitido pela maioria absoluta dos autores que se ocupam da matéria.

Convém advertir que este aspecto lógico é da maior importância para o prosseguimento desta investigação dissertativa, principalmente no que diz com o vínculo jurídico que será abordado a seguir. O problema nuclear proposto é precisamente este: em que consiste esse vínculo? Ele é um elemento ideal? É um elemento espiritual? É um elemento moral? Ou é um elemento normativo? Até aqui se tem defendido ser ele um elemento normativo. Antes de justificar a normatividade do vínculo enquanto elemento, uma abordagem a respeito do objeto da relação

jurídica obrigacional se faz indispensável.

O objeto da obrigação é sempre uma conduta ou ato humano de dar, fazer ou não fazer. Ele se chama prestação, podendo ser caráter positivo ou negativo. É, por assim dizer, a ação ou omissão a que o devedor fica submetido e que o credor tem direito de exigir. Qualquer que seja a obrigação assumida pelo devedor, ela se subsumirá sempre a uma prestação. A prestação (dar, fazer ou não fazer) é o objeto imediato da obrigação.

O objeto mediato na obrigação de dar é a própria coisa a ser dada. Na de fazer, é a própria obra ou serviço encomendado. Não se confunde, pois, o ato da prestação, a que o obrigado se encontra vinculado, com a coisa material sobre a qual aquele ato incide.

A prestação do objeto imediato deve obedecer a certos requisitos, para que a obrigação se constitua validamente. Assim, deve ser lícito, possível, determinado ou pelo menos determinável.

O objeto lícito é o que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes. Quando o objeto jurídico da obrigação é ilícito, imoral, os tribunais por vezes aplicam o princípio do direito de que ninguém pode valer-se da própria torpeza ou então a parêmia *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, segundo a qual se ambas as partes, no contrato, agiram com torpeza, não pode qualquer delas pedir devolução do que pagou.

O objeto deve ser, também, possível. Quando impossível, o negócio jurídico é nulo. A impossibilidade física é a que emana de leis físicas ou naturais. Configura-se sempre que a prestação avençada ultrapassa as forças humanas. A impossibilidade

deve ser real, não se tratar de mera faculdade, e absoluta, isto é, alcançar a todos, indistintamente (ninguém conseguirá cumprir a prestação). A impossibilidade relativa que atinge o devedor, mas não as outras pessoas, não constitui obstáculo ao negócio jurídico. Prescreve o artigo 106 do Código Civil que “a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.”

Por outro lado, a impossibilidade jurídica do objeto ocorre quando o ordenamento jurídico proíbe, expressamente, negócio a respeito de determinado bem, como herança de pessoa viva (CC, artigo 426), o bem público (CC, artigo 100) e os gravados com a cláusula de inalienabilidade, por exemplo.

O objeto da obrigação deve ser determinado ou, ao menos, determinável (indeterminado relativamente ou suscetível de determinação no momento da execução). Admite-se, pois a venda da coisa incerta, indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade (CC, artigo 243), que será determinada pela escolha, bem como a venda alternativa, cuja indeterminação cessa com a concentração (CC, artigo 252).

O objeto da obrigação deve ser economicamente apreciável. Obrigações jurídicas, mas sem conteúdo patrimonial, como dever de fidelidade recíproca entre os conjugues e outros meios do direito ou família, são excluídas do direito das obrigações.

Uma vez conhecidos os elementos subjetivo e objetivo da relação jurídica obrigacional, cumpre adentrar ao ponto essencial de que trata esta investigação dissertativa: a análise do vínculo jurídico, sob a ótica constitucional. E como se frisou, anteriormente, a análise do vínculo jurídico importará na descoberta, no ‘achamento’ da juridicidade deste mesmo vínculo enquanto norma, cuja índole deve

ser, por petição de método, necessariamente constitucional.

Adverte-se, mais uma vez, quanto ao fato de que a defesa da juridicidade do vínculo diz diretamente com a sua normatividade, em contraposição às idéias que até então têm sido utilizadas para a explicação do fenômeno institucional.

Segundo Gagliano & Pamplona Filho (2006, v. 2, p.19) “cuida-se do elemento espiritual ou abstrato da obrigação, consistente no vínculo jurídico que une o credor ao devedor.” Venosa (2006, v. 2, p. 22), a seu turno, explica que “o vínculo jurídico que ligava o devedor ao credor nos primórdios de Roma tinha caráter estritamente pessoal, notando-se um direito do credor sobre a pessoa do devedor.”

Daí justificar-se a possibilidade de apropriação da liberdade do devedor pelo credor em caso de inadimplemento. Havia, mesmo, um concurso que alguns autores consideram odioso, conhecido pela denominação de *manus injectio*, que consistia na apropriação do próprio corpo do devedor pelos credores que lhe fossem comuns, os quais estavam autorizados a dividi-lo como forma de haver o pagamento.

O percurso de caracterização do vínculo jurídico transitou da apropriação da vida do devedor para a apropriação de sua liberdade e, depois, para a apropriação do patrimônio deste, em valor que fosse suficiente para honrar o débito e, assim, satisfazer o interesse do credor de haver o que lhe era devido.

Venosa (*idem*) dá bem a idéia do caráter de pessoalidade do vínculo jurídico na atualidade, a exemplo do que ocorria em Roma, mas acrescenta a essa pessoalidade um outro caráter: o de patrimonialidade. Dessa forma, a idéia do vínculo que se preconiza como a mais aceita atualmente, é aquela que contempla a existência de dois elementos: um pessoal e outro patrimonial.

O elemento pessoal, como se vê, permanece o mesmo, porém experimentando a atenuação no que concerne ao aspecto da apropriação que se consolidou exclusivamente no patrimônio do devedor. Nas palavras de Venosa (2006, v. 2, p. 22),

Nessas noções preliminares e introdutórias até aqui vistas, já acenamos que, normalmente, na obrigação, existe um elemento pessoal e um elemento patrimonial. O primeiro é relativo à decantada atividade do devedor, ou mais exatamente a um comportamento deste, já que a obrigação pode ser negativa; comportamento esse que se liga à vontade do credor. O segundo elemento, o patrimonial, é passivo com relação ao devedor, pois se refere à disposição de seu patrimônio para a satisfação do credor. O devedor deve suportar a situação de servir seu patrimônio de adimplemento da obrigação.

Nitidamente, pois, divisam-se os dois elementos da obrigação: o débito (debitum, schuld, em alemão) e a responsabilidade (obligatio, haftung).

Embora o primeiro aspecto que surge na obrigação seja o débito, ele não pode ser visto isoladamente, sem a responsabilidade, já que esta garante aquele. Toda obrigação, como expresso, dá lugar a uma diminuição da liberdade do sujeito passivo e a constrição que pode advir a seu patrimônio é o espelho dessa diminuição. A responsabilidade, por seu lado, revela a garantia de execução das obrigações, pelo lado do credor, que muitos consideram como elemento autônomo. A garantia, no entanto, deve ser vista como o aspecto extrínseco do elemento do vínculo.

É certo que essa garantia se manifesta no ordenamento jurídico das mais variadas formas processuais para permitir que o credor satisfaça o seu interesse. O art. 580 do Código de Processo Civil, por exemplo, é uma manifestação dela ao outorgar ao credor a iniciativa de promover a ação de execução. Da mesma forma, o art. 621 constitui outra manifestação de forma garantidora da execução para entrega de coisa certa.

Por isto se diz que o núcleo da relação jurídica de obrigação é o vínculo. E hoje é consenso entre os doutrinadores admitir-se a sua bipartição no 'débito' e na 'responsabilidade.' É assim que se diz criar uma relação de subordinação jurídica segundo a qual o devedor 'deve' praticar ou deixar de praticar algo em favor do credor.

Não se descure que os aspectos morais, ideais, espirituais, ou seja lá como se lhes denomine, estejam realmente presentes no âmbito da relação jurídica de obrigação. Mas a indagação que persiste é: e o aspecto jurídico propriamente dito? Porque até aqui a juridicidade do vínculo abandonou a moralidade, a idealidade, a espiritualidade, para se centrar nas idéias de 'débito' e 'responsabilidade', estas sim, formuladoras de concretude.

Mas ao buscar nas idéias de 'débito' e 'responsabilidade' o sumo de juridicidade justificador do vínculo, bem verificado, a doutrina acabou restabelecendo a velha dualidade '*debitum*'/'*obligatio*'. Se houver alguma dúvida a este respeito, basta ver que à idéia de 'débito' estão ligados os termos '*debitum*' e '*schuld*', e à idéia de 'responsabilidade' estão ligados os termos '*obligatio*' e '*haftung*.'

Em última análise, nada se construiu de novo no plano da relação jurídica de obrigação, porquanto tudo não passou de mera transmutação de termos e de tentativas retóricas para justificar o óbvio: o direito das obrigações parece ter realmente algo de imutável, muito provavelmente por causa da lógica interna produto da construção pragmática dos romanos.

Se fosse possível trazer para o presente, em uma máquina do tempo, um jurista romano para apresentá-lo ao mundo atual, ele, certamente, ficaria maravilhado com o avanço do conhecimento em todos os sentidos. Mas quando lhe fosse mostrado o direito civil da atualidade (leia-se o direito civil de qualquer Estado da Comunidade Internacional), e mais especificamente o direito das obrigações, o romano certamente exclamaria que os juristas atuais não foram capazes de acrescentar praticamente nada ao que eles elaboraram.

Logo, o que quer se construa será a partir do legado romano, mediante o

acréscimo de um *plus* que já vem sendo anunciado desde o princípio, como tal denominado de 'elemento normativo.' Em poucas palavras, trata-se de se identificar o vínculo jurídico na própria norma. Mas em qual norma? Eis a questão.

Quando Canaris (2006, p. 19) anunciou no Simpósio da Associação dos Professores de Direito Civil em Aachen, no princípio da década de noventa, que proferiria uma conferência sobre o tema 'Direitos fundamentais e direito privado', nas suas palavras "alguns colegas questionaram, irritados, sobre os motivos pelos quais havia optado justamente por este tema, uma vez que a controvérsia científica a seu respeito já estaria definitivamente esgotada."

Adverte ele que, desde então, a situação alterou-se substancialmente: a problemática encontra-se hoje virtualmente em todas as bocas. Para isto contribuiu, dentre outros fatores, uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal. Na doutrina ocorreu uma verdadeira inundação de publicações centradas na relação entre Constituição e direito privado. Não é diferente entre nós. Fala-se abertamente na constitucionalização do direito civil como vanguarda de última hora.

Canaris (2006, p. 129/130) conclui que os direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de direito privado como direito imediatamente vigente, pois não se permite reconhecer qualquer exceção para o legislador no campo do direito privado, que a vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata, que os direitos fundamentais não vigoram em relação aos preceitos de direito privado apenas na sua função de normas objetivas de princípio, mas antes nas suas funções normais, como proibições de intervenção e imperativos de proteção, que os direitos fundamentais valem também para a aplicação e desenvolvimento do direito privado. No mesmo sentido, Alexy (2002, p. 27) para

quem “os direitos fundamentais são substancialmente direitos do homem transformados em direito positivo.”

Note-se que o direito público e o direito privado, atualmente, convergem visivelmente, evocando a univocidade fenomenológica do jurídico. A esse respeito veja-se a concepção de Facchini Neto (2006, p. 28):

... do ponto de vista jurídico, percebe-se claramente que o público e o privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao direito público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão ‘função social da propriedade’ somente apareça na Carta de 67), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil – arts. 421 e 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei n. 6.404/76 – Lei das S.A. –, arts. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – ‘a menor célula da sociedade’ – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como ‘ninho’, e não como simples ‘nó’, na evocativa imagem de Michelle Perrot), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais). Também percebemos uma outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar (hipótese, por exemplo, do art. 39, inciso IX, do Código de Defesa do Consumidor). Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado*.

Neuner (2006, p. 270) constata que a descrição do primado da Constituição restringe, num primeiro momento, a percepção da autonomia do direito privado. Segundo ele, essa impressão se robustece quando os direitos fundamentais são considerados, abrangentemente, como mandamentos de otimização.

É, pois, no ordenamento constitucional que se deve buscar a normatividade do vínculo jurídico como elemento nuclear da relação de obrigação para, assim, se dizer que ele é realmente o elemento normativo da relação, compondo a tríade juntamente com os elementos subjetivo e objetivo. E a norma constitucional identificadora da normatividade do vínculo deve ser aquela que revele, por igual, os elementos subjetivo e objetivo.

Ei-la expressa no art. 5º. inciso II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Conhecida de muito tempo como princípio da legalidade, a norma contida no art. 5º., inciso II da Constituição Federal estampa os elementos subjetivo e objetivo da relação jurídica de obrigação como nenhuma outra norma o faz no âmbito do ordenamento jurídico.

‘Ninguém’ é sujeito indeterminado. A este sujeito indeterminado a norma constitucional assegura um objeto em razão da lei. Esse objeto é constituído pelas condutas “fazer ou deixar de fazer alguma coisa” No contexto das condutas “fazer ou deixar de fazer alguma coisa” está implícita a conduta de “dar alguma coisa”. E tais condutas que o sujeito indeterminado praticará por garantia de lei será normalmente em razão de outrem (a figura oculta no texto normativo mas cuja presença se deduz sem qualquer dificuldade).

A declaração normativa constitucional no sentido de que alguém somente dará, fará, ou deixará de fazer algo para outro em razão da lei é, ela mesma, o vínculo jurídico. Ela diz: ‘eu’, norma constitucional por todos conhecida como princípio da legalidade, asseguro que uma pessoa somente dará, ou fará, ou deixará de fazer algo, se houver uma lei dizendo que essa pessoa deva dar, deva fazer ou

deva deixar de fazer alguma coisa.

Daí resulta, como conseqüência, que o vínculo jurídico enquanto elemento normativo assim o é por índole constitucional, como já se anteviu, e não poderia ser de outra forma porque, como anota Steinmetz (2001, p. 99):

A interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) diferencia-se da interpretação tradicional, pelo fato de que esta, nas suas várias formas – gramatical, histórica, lógica, sistemática, teleológica –, define o conteúdo da lei a partir dela própria, ao passo que na interpretação conforme, a lei deve ser interpretada conformemente à Constituição, por meio de um procedimento hermenêutico escalonado hierarquicamente.

Tal percepção se insere na visão kelseniana de estrutura gradualista e piramidal da ordem jurídica, uma de suas conseqüências é justamente aquela que uma norma de nível inferior não pode ser interpretada de modo que contrarie a norma de nível superior, já que a norma inferior, embora crie novo direito, desenvolvendo os germens já contidos na norma superior, necessariamente também é uma aplicação da norma hierarquicamente superior.

O princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, originado e desenvolvido na Alemanha, significa, na formulação do *Bundesverfassungsgericht*, que uma lei não deve ser declarada nula, sempre que puder ser interpretada de maneira congruente com a Constituição (BVerfGE 2, 266 < 282, *apud* Steinmetz, 2001, p. 99).

Em outras palavras, quando a lei (aquela de que cuidar o princípio da legalidade) estabelecer uma das condutas a ser praticada pelo devedor em sua relação com o credor (o dar, o fazer, o deixar de fazer), ela reenviará todo o seu conteúdo de exigibilidade à norma constitucional, vale dizer, ao princípio da legalidade que assegurará esta mesma exigibilidade ao credor.

Não apenas a lei em sentido estrito (*stricto sensu*), aquela norma válida, vigente e eficaz, mas também a lei em sentido amplo (*lato sensu*), produzida pela

vontade das partes, também essa lei se favorece do amparo constitucional que se origina do princípio da legalidade, pois ele é o vínculo jurídico, o elemento normativo que assegura a exigibilidade do pacto de que resultou a aproximação das vontades.

Analisando a influência da Constituição sobre o direito civil alemão, Walter (1985, p. 174/176) refere que entre as muitas possibilidades de interpretação, todas conforme a Constituição, deve-se escolher aquela em que a eficácia dos direitos fundamentais encontra sua máxima expressão, acrescentando, mais adiante, que 'as cláusulas gerais constituem as brechas através das quais os direitos fundamentais conseguem ingressar no direito civil.

A identificação e o reconhecimento do vínculo jurídico como sendo o elemento normativo da relação jurídica de obrigação, cuja expressão tem positividade no princípio da legalidade e, de conseguinte, índole constitucional, insere a parte mais imutável do direito civil, aquela que mais resistiu mutação social, no universo dos direitos fundamentais e isto repercute sensivelmente no próprio princípio da legalidade, na autonomia pública e privada e reconstrói a própria dignidade da pessoa humana, como se demonstrará a seguir.

CAPÍTULO III - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A legalidade é um fato sociológico, visto que toda sociedade, independente de sua estruturação política, exerce um certo controle sobre o poder estadual, gerando e tentando institucionalizar fatores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades (CHLOROS apud CORREIA, 1987, p. 17) “O princípio da legalidade impõe que somente o Poder Legislativo obriga o particular ... “ (BASTOS, 1997, p. 186).

No mesmo sentido, Silva (2001) refere que

... em nosso sistema, a fonte primária do direito é sempre a lei, emanada do Poder Legislativo, para isso eleito pelo povo diretamente. Os juizes não têm legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.

Assim, entende-se que a admissão da súmula vinculante seria uma afronta à independência e harmonia dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), vez que a sumulação seria uma usurpação do poder de legislar, bem como uma afronta ao princípio da legalidade. Nos Estados Democráticos de Direito, todo e qualquer desrespeito à legalidade deve ser rejeitado, pois, como afirma Bastos (1997, p. 186),

O princípio da legalidade eleva a lei à condição de veículo supremo da vontade do Estado. Ela é uma garantia, o que não exclui, contudo, a necessidade de que ela mesma seja protegida contra possíveis atentados à sua inteireza e contra possíveis máculas que a desencaminhem de seu norte autêntico.

No processo penal, cabe ao juiz, em nome da verdade real, o poder de determinar, *ex officio*, diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes.

Entretanto, o seu poder está adstrito ao princípio da legalidade, de maneira a não lhe ser dada o poder de atribuir ao processo com um caráter inquisitivo. Nesse ponto, o processo penal difere do processo civil, no qual a satisfação com a verdade formal sobreleva o poder dispositivo das partes e ultrapassa o impulso oficial, conforme está expresso no artigo 156, do Código de Processo Penal.

O Estado Democrático de Direito tem sua *ratio essendi* fincada no princípio da legalidade, do qual emana o comando constitucional segundo o qual, sempre que se caracterizar violação ao direito, mediante lesão ou ameaça (CF/88, artigo 5º, XXXV), será o Poder Judiciário chamado a intervir para, no exercício da jurisdição, aplicar o direito ao caso concreto.

Nery Júnior (1996, p. 98), referindo-se a esse assunto, expressa, *in verbis*:

... podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, o que equivale dizer, é um direito subjetivo à sentença '*tout court*', seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.

O princípio da legalidade assume conteúdos diversos, de acordo com os diferentes setores do ordenamento jurídico ao qual preside. Assim, Nery e Nery (1997, p. 78), ao demonstrar a versatilidade do *Due process of law* ressaltam que esse princípio se manifesta no direito administrativo (v.g., princípio da legalidade), no direito civil (v.g., liberdade de contratar, direito adquirido e outros), no direito penal (v.g., proibição da retroatividade da lei penal), no direito tributário (v.g., princípios da anualidade, incidência única e outros), no próprio direito constitucional (v.g., proibição de preconceito racial, garantia dos direitos fundamentais e outros).

O princípio da legalidade é colocado, por razões óbvias, em posição destacada nos estudos de Direito Administrativo desde o reconhecimento da

autonomia científica de tal disciplina, o que coincide, com o surgimento do próprio Estado de Direito em sua feição liberal (CORREIA, 1987, p. 19).

Para Mello (2004, p.90), a legalidade “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo.” Por sua vez, Mauer (2001, p. 45) refere que “o Direito Administrativo é determinado por toda uma série de princípios. O mais importante é, seguramente, o princípio da legalidade da administração pública.”

Realmente, o princípio da legalidade tem sido objeto freqüente dos estudos dos doutrinadores do direito, por estar diretamente relacionado com a atividade concreta ou normativa da Administração Pública. Dessa forma, a legalidade administrativa se constitui uma exigência no sentido de que os atos administrativos se ajustem às normas da lei vigente, concedendo ao Estado, por meio da Administração Pública, o direito de invalidar, extinguir, desconstituir os atos, condutas ou procedimentos que se apresentem, direta ou indiretamente, contrários ao Direito e à lei, conforme está expresso no artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Portanto, a legalidade administrativa é o alicerce do Direito Administrativo, no sentido de assegurar que os atos da Administração sejam pautados de acordo com as normas legais que lhes são aplicadas. Entretanto, a legalidade, mesmo sendo reconhecida como de suma importância no âmbito da Administração Pública, não pode ser considerada como um princípio absoluto, por não encerrar um fim em si mesma.

A legalidade administrativa é um instrumento voltado à obtenção de segurança jurídica para, em conjunto com tal princípio constitucional, conformar a noção de Estado de Direito (Pet. 2.900 QO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003). Dessa forma, pode-se dizer que a segurança jurídica não está apenas na legalidade, mas também, no Estado de Direito (LUENGO, 2002, p. 198).

Assim, a legalidade, em geral, representa um instrumental de garantia da segurança jurídica, mas sempre de conformidade com o próprio Estado de Direito, podendo-se dizer que uma determinada conduta administrativa contrária à lei e ao Direito representa, também, contrariedade à noção de Estado de Direito, razão pela qual haveria de ser retirada no mundo jurídico.

Segundo Couto e Silva (1987, p. 62):

A Administração Pública brasileira, na quase totalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Segundo Jesch apud Correia (1987, p. 18-19), “na sua concretização, o princípio da legalidade depende das relações estruturais entre os poderes legislativo, executivo e judicial e da posição funcional do executivo na ordem constitucional.”

Um dos mais importantes instrumentos na avaliação da legalidade e da segurança jurídica é a delimitação de prazo para que a Administração Pública possa invalidar seus próprios atos administrativos. De acordo com o artigo 54, da Lei nº 9.784/99, “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados

da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Essa delimitação é prevista, no plano federal, no artigo 54, da Lei nº 9.784/99, que concretiza a proteção da confiança e a segurança jurídica na medida em que não permite a perpetuação da prerrogativa anulatória da Administração Pública, impondo a preservação de atos administrativos mesmo quando inválidos, se ultrapassado, da prática do ato ou da fruição de seus efeitos patrimoniais, o prazo decadencial de cinco anos. Assim, os atos administrativos podem ser preservados ou mantidos, ainda que tenham sido praticados em desacordo com a ordem jurídica, se a confiança neles depositada pelos seus destinatários for legítima, em função da boa-fé do decurso de um largo espaço de tempo.

A lei, em todas as intervenções oblativas, relativas à liberdade e à propriedade, está fixada em três raízes, segundo Caetano (1974, p. 430): a Doutrina Jusnaturalista dos direitos do homem, a idéia de separação dos poderes e o princípio da soberania popular. Estes princípios já estiveram presentes na obra de John Locke apud Maurer (1985, p. 76-77), a partir de uma concepção contratualista da soberania, segundo a qual os homens, em sua origem, usufruíam uma liberdade total, limitada apenas pelas leis da natureza, tornando-se, posteriormente, membros de uma sociedade política mediante consentimento. Assim, “a função primordial da coletividade seria a proteção dos direitos individuais de seus membros, centrados na vida, na liberdade e na propriedade. Aqui reside a gênese da liberdade e da propriedade” (CORREIA, 1987, p. 21).

Para Locke apud Correia (*op. cit.*, p. 21), a lei resulta da deliberação de um povo sobre os seus destinos. Assim sendo, as limitações da esfera individual só podem ser impostas pelo executivo, por meio do prévio consentimento da maioria

dos representantes do povo. Nessa perspectiva, o consentimento dos cidadãos é um dos elementos integrantes do conceito de lei no pensamento de Locke.

Locke apud Correia (*op. cit.*, p. 21-22) aponta para a necessidade de que, em virtude das fraquezas humanas, as leis não sejam aplicadas pelas mesmas pessoas às quais é dada a autoridade de editá-las, evitando, assim, o perigo de serem criadas leis adequadas às vantagens particulares. Como os homens renunciaram à sua independência natural para viver sob as leis políticas, eles abriram mão dos bens de sua comunidade natural para viver sob as leis civis, primeiro, as referentes à preservação da liberdade e, posteriormente, as que asseguram o direito à propriedade.

Na perspectiva do Barão de Brède apud Correia (*op. cit.*, p. 22), a lei é exigência e manifestação da razão humana e representa um instrumento de proteção à liberdade e à propriedade. Para o autor citado (*idem. Ibidem*), é necessário que se tenha em mente o conceito de independência e de liberdade: a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem, mas se um cidadão pode fazer o que as leis ordenam, ele terá sua liberdade limitada pelos direitos dos outros.

A lei materializa a vontade do povo, sem prejuízo do uso convencional da expressão 'poder executivo', pois a atividade executiva é, sobretudo, uma função (BASSI, apud CORREIA, 1987, p. 23).

A democratização da lei é elemento integrante da doutrina da soberania popular que é a essência da obra de Rousseau a qual, associada às idéias de Locke, Montesquieu e, talvez, Kant, deu origem à "parte mais importante do substrato teórico do Estado Constitucional novecentista" (CORREIA, 1987, p.23).

O princípio da legalidade tem como princípio fundamental a concepção jusnaturalista dos direitos do homem que tem o indivíduo como ponto de partida autônomo da ordem social e política (VIEIRA DE ANDRADE apud CORREIA, 1987, p. 23). Essa concepção tem como alicerce a idéia de um inicial estado de natureza de perfeita liberdade e igualdade (CORREIA, 1987, p.23).

A segunda raiz do princípio da legalidade é a idéia de separação dos poderes, idéia que não foi estudada e promovida, simplesmente, com o propósito de alcançar a mais perfeita organização estrutural para o exercício da soberania, mas com a intenção de criar condições instrucionais de respeito à esfera individual. Essa preocupação já se fazia presente nos escritos de Kant, que considerava como uma necessidade de ordem prática a participação do povo no exercício da função legislativa, pelo fato de que, na criação das leis, a generalidade material e, conseqüentemente, a liberdade, seriam bem mais protegidas num sistema caracterizado pela separação de poderes.

Desde a Reforma Francesa originou-se um dos pólos mais dinâmicos da evolução constitucional, em decorrência da latente situação de conflito entre os princípios da separação de poderes e da soberania popular, ou soberania nacional. A idéia de que o povo é o titular do poder surgiu, principalmente, com as teorias contratualistas medievais, centradas na transferência de poderes do povo para o senhor. Assim, no Estado estamental a idéia do povo como titular do poder tornou-se uma justificativa teórica para a necessidade de autorização do levantamento de impostos pelos representantes do povo.

Para Rousseau apud Correia (1987, p. 31), o único titular da soberania é o povo, que a exerce pela criação das leis, competindo ao executivo, apenas, executá-

las. A separação dos poderes é ditada por razões de naturezas obrigatória e funcional e não, pela preocupação com a distribuição eqüitativa do poder entre os grupos sociais. Portanto, na concepção de Rousseau, quem detém o poder é o legislativo.

Entretanto, num sistema constitucional parlamentar a lei emanada do Parlamento não representa a única forma da administração pelo povo, uma vez que este a exerce, também, por meio das assembléias representativas, como as das regiões autônomas e das autarquias (CORREIA, 1987, p. 43). A autonomia das pessoas coletivas descentralizadas não ocorre somente, em face do Estado, mas, também, perante a lei formal, manifestada sob a forma de autonomia normativa que consiste na emissão de normas jurídicas para reger determinados setores da vida social, sem necessidade da prévia definição do conteúdo das normas pelo legislativo (CORREIA, 1987, p. 43).

O reconhecimento da autonomia normativa de assembléias político-administrativas com legitimação democrático-representativas, efetiva-se, em graus diversos, de acordo com os sistemas constitucionais, numa distribuição do papel de fonte da legalidade, entendida como instrumento de direção da Administração pelo povo (MARZUOLI, 1982, p. 28).

A inexistência de critérios objetivos e previamente determinados quanto à ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança geraria, por mais paradoxal que pareça, um estado de insegurança jurídica. Ensina Luengo (2002, p. 88) que a falta de um dos requisitos claros, na hora de determinar a aplicabilidade do princípio de proteção da confiança, origina, paradoxalmente, a insegurança jurídica.

A legalidade substancial aplicada aos regulamentos é um princípio

constitucional que vincula, em primeiro lugar, o legislador, como legítimo representante do povo. A lei, como pressuposto da legalidade, tem como função a predisposição normativa para criar termos de cotejo que sirvam de base para a avaliação da legalidade dos atos que dela resultarem.

O sistema brasileiro é um dos mais avançados do mundo, conseguindo a junção dos diversos tipos de controle da constitucionalidade com eficiência singular. A esse respeito, Fiúza (2004, p. 298) assim se expressa:

O sistema está muito bem estruturado na Constituição. [...] Nós, brasileiros, temos o uso e o vezo de criticar tudo que é nosso, preferindo quase sempre o importado. Entendemos que, em matéria de controle de constitucionalidade, não podemos nos queixar.

O modelo brasileiro consagra o sistema preventivo, o controle concreto, o abstrato, a inconstitucionalidade por omissão, a inconstitucionalidade interventiva. O controle preventivo é exercido pelo Legislativo, por intermédio das Comissões de Constituição e Justiça, que avaliam a compatibilidade do projeto de lei com a Carta Magna. Exerce, também, controle preventivo o Poder Legislativo pelo veto jurídico (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 66, §1).

No controle jurisdicional difuso, todos os juizes detêm competência, *incidenter tantum*, para analisar a constitucionalidade da lei, à semelhança do que ocorre no sistema norte-americano. Nos tribunais, a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta dos membros dos tribunais, ou dos integrantes de órgão especial (*cláusula de reserva de plenário*). No controle difuso, o Senado Federal poderá suspender a execução da lei no todo ou em parte, conforme o artigo 52 da Constituição Federal de 1988:

Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Existe uma controvérsia a respeito da consagração, por esse dispositivo, da obrigação do Senado Federal de suspender a execução da lei, tentando, ainda, se assegurar e se ele exerce atividade discricionária, pois

Alguns autores opinam que o Senado não exerce atividade discricionária, mas vinculada, estando obrigado a editar a resolução suspensiva. Como diz Lúcio Bittencourt, o ato do Senado não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Alfredo Buzaid, por sua vez, embora advertindo que não se trata de operação ou ofício puramente mecânico, o que reduziria o Senado 'a simples cartório de registro de inconstitucionalidade', opina que cabe a ele o dever de suspender a lei ou decreto: 'Concorrendo os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda sob a alegação de que a lei deve ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional (VELOSO, 2003, p. 56).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal coloca-se a favor da competência discricionária do Senado Federal, conforme RMS 7.248/SP, elaborado pelo Min. Victor Leal Nunes, segundo o qual a Constituição Federal de 1988, prudentemente,

... estabeleceu que o Senado, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, pode suspender a execução da lei. Mas fica a critério do Senado verificar se determinado pronunciamento do Supremo Tribunal Federal deve ser entendido como um pronunciamento firme, uniforme. Quem suspende a vigência da lei, em nosso sistema, é o Senado Federal, não o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF,. RMS 7.248/SP).

A inconstitucionalidade de uma ação é processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal e poderá ser proposta pelo Presidente da República, pelo Senado Federal, pelos Deputados, pela Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelos Governadores de Estado ou do Distrito Federal, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil, pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional ou pela Confederação Sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 concedeu a guarda da Constituição, enquanto atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a guarda do ordenamento federal, conforme o artigo 102 da Constituição Federal de 1988:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº. 45 acrescentou às competências do Supremo Tribunal Federal a função de proteger, também, a integridade das leis federais.

A declaração da inconstitucionalidade é definida pela Lei 9.868/99 que dispõe sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e seus efeitos, podendo ser realizada por meio do regimento interno do Supremo Tribunal Federal - STF. A decisão do STF possui efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, expurgando *incontinenti* o ato normativo do ordenamento jurídico, sem a necessidade de manifestação do Senado Federal. Com o advento da lei 9.868/99 o Supremo passou a ter poderes para alterar os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade por voto de 2/3 dos seus membros, conforme o artigo 27, segundo o qual:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o

Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, LEI 9.868/99).

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é uma garantia para a integridade da Federação, pois busca a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual e a decretação de intervenção federal no Estado-membro, desde que haja infringência dos chamados princípios sensíveis (BRASIL, 1988, artigo 34, VII).

A ação de inconstitucionalidade por omissão visa a assegurar a efetividade dos direitos constitucionais que devem ser regulamentados pelo Poder Legislativo, conforme o artigo 103, §2º da Constituição Federal, segundo o qual, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (BRASIL, 1988, artigo 103, § 2º.).

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida por ocasião da Emenda Constitucional nº. 03/1993 e se destina a afastar a incerteza sobre a validade de uma lei federal. Após a Emenda Constitucional nº. 45, os legitimados para a propositura dessa ação são os mesmos da ação direta. O Ministro Néri da Silveira assim se expressa a respeito do objeto da ação declaratória de constitucionalidade:

Não se trata de consulta à Suprema Corte, mas de ação com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração de demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal (BRASIL, STF/ADC nº 1-1/DF).

O Direito Constitucional Brasileiro prevê, ainda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99 que visa a 'evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público' (BRASIL, 1999, artigo 1º.) e, ainda, 'quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição' (BRASIL, 1999, artigo 1º. § único, I). Essa argüição possui caráter subsidiário, ou seja, só poderá ser manejada quando não houver outro meio de sanar a lesividade.

3.1 Autonomia pública e liberdade contratual

Os contratos administrativos, em sua maioria, têm como uma das partes envolvidas um sujeito de direito privado. Quando se analisa a liberdade contratual de particulares, não são levadas em conta as distorções a que ela pode estar sujeita, em decorrência da natureza pública do contrato, pois o que realmente interessa são os aspectos da liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, que se institui como um princípio geral de direito civil, para que se possa saber se essa autonomia é o fundamento da liberdade de criação de efeitos de direitos pela Administração, por meio de contratos administrativos.

A palavra autonomia teve origem filosófica, passando, posteriormente, a integrar aos conceitos da ciência e da política, até chegar à ciência jurídica. No direito, a palavra autonomia expressa o poder de se estabelecer os próprios preceitos. Entendida, inicialmente, como o poder normativo do ente soberano, atualmente, é considerada como definição, como poder de criação de preceitos, atribuído aos sujeitos não soberanos ou derivados (GIANNINI, 1951, p. 356-357 e

ROMANO, 1956, p.804).

Etimologicamente, autonomia deriva de autônomo, o qual vem do grego *autonomos* – do prefixo *auto* e do substantivo *nomos*, esse último correspondente, em latim, a *lex*, em português a lei – o direito de se reger por suas próprias leis (TERRÉ, 1999, p. 29).

A autonomia da vontade ou autonomia privada, conforme a denominação utilizada pela doutrina alemã, é uma parte do princípio geral da autodeterminação das pessoas, como destaca Flume (1998, p.23), que o considera “um princípio prévio ao Ordenamento jurídico e que o valor que com ele deve realizar-se está reconhecido pelos direitos fundamentais.”

Giannini (*op. cit.* p. 851-852) afirma que,

Não existe um conceito jurídico de autonomia, mas sim noções e conceitos de conteúdo e funções diversas - autonomia normativa, organizatória, institucional, política, privada, financeira, contabilística, administrativa, técnica e outras – em que a aposição do adjetivo não exprime a mera acepção de um gênero, mas a existência de conceitos distintos, quando não opostos.

A autonomia contratual ou liberdade contratual é a mais importante representação da autonomia privada. A autonomia privada, para Mendes (1979, p. 201), é definida como a expressão do princípio da liberdade, em cujos termos, é lícito o que não é proibido. Assim, a autonomia privada é um super-conceito que se desdobra em várias aplicações ou princípios, dentre as quais está o da liberdade contratual e da liberdade das pessoas, sendo esta juridicamente tutelada, portanto, uma liberdade reconhecida e protegida pelo direito.

A doutrina considera de grande importância, em relação à autonomia privada,

as questões do caráter derivado ou originário da autonomia e a natureza do ato de autonomia, 'como preceito jurídico ou como mero pressuposto da aplicação de normas jurídicas que lhes são exteriores' (CORREIA, 1987, p. 436). Essas questões estão ligadas pelo fato de que a defesa do caráter originário da autonomia se volta ao reconhecimento da natureza preceptiva dos seus atos enquanto a aceitação do caráter derivado é compatível com as concepções referentes à natureza do ato de autonomia (*idem. Ibidem*).

O princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, o que é definido nos preceitos da Constituição Federal de 1988 que consagram os princípios da igualdade (artigo 13º), da liberdade (Artigo 27, nº. 1) da propriedade privada (Artigo 62, nº. 1), da liberdade de trabalho (Artigo 53, nº. 3), e da liberdade de empresa (Artigo 85, nº. 1).

A liberdade contratual, também denominada autonomia contratual ou autonomia negocial, não é, apenas, uma forma particular da autonomia privada, como afirma Cordeiro (1987, p. 115), mas sua forma principal. A liberdade contratual depende conceitualmente da chamada autonomia privada, ou autonomia da vontade, a qual, por sua vez, é o reflexo da liberdade econômica (MESSINEO, 1968, p. 42-43). O princípio da liberdade contratual pode ser apreendido sob uma dupla dimensão: a) de fundo; e b) de forma, conforme Terré; Simler; Lequette, (1999, p. 53-54).

Em relação ao fundo, a liberdade contratual se expressa por meio de uma tripla faculdade: contratar ou não contratar; escolher livremente seu co-contratante; estabelecer livremente o conteúdo do contrato.

A liberdade de contratar é reconhecida no artigo 421 do Código Civil Brasileiro

- CCB. O ato de contratar, a escolha do respectivo parceiro e o estabelecimento do conteúdo do contrato, com algumas exceções, sujeitam-se à vontade dos contratantes, os quais poderão estabelecer novos tipos contratuais, além dos já existentes, desde que observadas as normas gerais legalmente prescritas (CCB, 2003, artigo 425).

Quanto à forma, a liberdade contratual postula o consensualismo. A troca de consentimentos é suficiente à conclusão do contrato, pouco importando a forma pela qual eles são constatados (PÈDAMON, 1993, p.25). Nesse sentido, o CCB define que 'a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir' (CCB, 2003, artigo 107).

A liberdade contratual é exercida de acordo com os limites estabelecidos pelo legislador. O espaço deixado ao livre jogo das vontades individuais será reduzido ou aumentado de acordo com os interesses que se queira tutelar (TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE, 1999, p. 33).

Mesmo a liberdade de forma a reclamar o simples consenso para a conclusão dos contratos, já não dispõe do espaço legislativo de outrora. A tutela da parte mais débil na relação negocial conduz ao retorno de um certo formalismo, não apenas no domínio do Direito do Consumidor, mas igualmente em outras situações em que a desigualdade contratual se apresente com certa frequência (CALAIS-AULOY, 2000, p. 174-175).

A tutela constitucional da liberdade contratual é exercida pela autonomia privada, sendo necessário que se ressalte a ligação muito estreita entre liberdade contratual e liberdade de imprensa ou iniciativa privada. Esses dois princípios não se identificam porque a iniciativa privada abrange outros modos de realização da

personalidade, além da estipulação de contratos (ROPPO *apud* CORREIA, 1987, p. 444).

PINTO (1981, p. 109) refere que ‘a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à atuação do princípio econômico da livre empresa, ao sistema da economia de mercado e ao exercício da propriedade privada.’

Nesse sentido, Dilcher *apud* Correia (1987, p. 444) define liberdade contratual como o “modo de autonomia privada que consiste na constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas sob regulação apenas das normas sobre a declaração da vontade e a respectiva aceitação.”

As diversas doutrinas divergem no modo de enunciar a liberdade contratual, apresentando conceituações diversas que podem se resumir em duas: a liberdade de celebração ou liberdade de contratar, e a liberdade de estipulação ou liberdade de fixação do conteúdo do contrato (COSTA *apud* CORREIA, 1987, p.445).

A liberdade contratual e a liberdade negocial, apesar de serem referidas, quase sempre, como sinônimos, têm significados diferentes, pois o contrato é apenas uma forma do negócio jurídico. A liberdade de celebração só é sinônimo da liberdade de contratar quando o negócio jurídico consistir num contrato, o mesmo acontecendo com as locuções liberdade de estipulação e liberdade de fixação do conteúdo do contrato.

Portanto, as manifestações da liberdade contratual podem ser resumidas em liberdade de celebração e a liberdade de estipulação. A liberdade de celebração é a liberdade de contratar ou de não contratar. Essas duas expressões apontam os pólos positivo e negativo do princípio da autonomia, concedendo, pelo ordenamento

jurídico, o direito de contratar ou não contratar a quem o desejar. Assim, a liberdade de celebração é o poder genérico das pessoas de recorrerem ao instituto contratual como meio de regulamentação de interesses, por meio da produção acordada de efeitos de direito.

A liberdade de estipulação consiste na possibilidade de incluir nos contratos típicos, as cláusulas que melhor convierem aos interesses das partes contratantes. Além disso, os contratantes têm a chance de realizarem contratos atípicos, totalmente distintos daqueles regulados pela lei e até mesmo contratos inominados, ou seja, aqueles que a lei não nomeia.

3.2 Natureza da autonomia pública contratual

No contrato administrativo evidenciam-se, com maior clareza, essas prerrogativas ou mais propriamente o dever/poder estatal, principalmente no tocante à elaboração do pacto que, diferentemente do regime jurídico de direito privado, não advém do acordo de vontade entre as partes contratantes, mas de imposição unilateral por parte da Administração de determinadas cláusulas contratuais. É justamente essa imposição unilateral das cláusulas que ensejam a controvérsia doutrinária a respeito da natureza jurídica deste instituto.

Nesse sentido, Justen Filho (1999) a natureza contratual, ou não, dos ajustes entre a Administração Pública e os particulares é uma disputa secular no Direito Administrativo. Nesse sentido, a Administração Pública não pode ser bloqueada ao se voltar à concessão e proteção de um interesse público, facilitando a sua consecução, por meio do Direito Público que impõe a supremacia e a

indisponibilidade do interesse público, ao admitir os contratos e acordos celebrados entre a Administração e os particulares, que não podem seguir um esquema rígido, rigoroso e imutável para que não venham resultar em frustração e prejuízos à própria função do 'Contrato Administrativo'.

Tradicionalmente, o contrato é visto como uma relação jurídica instituída no acordo de vontades, com imposição de obrigações recíprocas aos contraentes, de forma que nenhum deles possa, unilateralmente, alterar ou extinguir o disposto na avença. O contrato é fonte de obrigação e está alicerçado na autonomia da vontade. A liberdade contratual é uma prerrogativa do indivíduo no sentido de contratar ou deixar de contratar, de escolher seu parceiro e fixar os conteúdos ou limites da obrigação.

Dentre os princípios norteadores dessa fonte obrigacional, ressaltam-se o princípio da força obrigatória que se traduz na regra de que o contrato tem força de lei para as partes e o princípio da autonomia da vontade expressa na liberdade conferida às pessoas para que possam, livremente, participar de contratos. Uma vez regularmente celebrado o contrato, impõem-se o cumprimento de suas cláusulas como se preceitos legais fossem, como força vinculante (*pacta sunt servanda*).

No regime Republicano de Governo, a Administração Pública goza de certas prerrogativas estatais para realizar o interesse público, uma vez que estas são conferidas ao administrador público em razão e na medida necessária à satisfação do interesse público. Essas prerrogativas se instituem como um dever/poder atribuído ao gestor da *res publica* que lhe confere uma posição de supremacia sobre o particular.

Nos contratos administrativos, a Administração pública tem a capacidade de

estabilizar o vínculo, podendo alterar unilateralmente o que foi pactuado, ou extinguí-lo, também unilateralmente. Ao mesmo tempo, se impõem sujeições à Administração que limitam sua atuação, para assegurar os direitos dos cidadãos. Portanto, as prerrogativas inerentes ao Gestor Público encontram limites nas garantias inatacáveis dos particulares que com ele contrata, na identidade do objeto do contrato e nos interesses patrimoniais que o levaram a firmar o acordo.

Essas prerrogativas podem estar implícitas ao contrato, quando se originam da sistemática normativa que protege as atividades públicas, ou explícitas, quando expressamente previstas como cláusulas contratuais exorbitantes.

Segundo Mello (1989), as prerrogativas da Administração subvertem a noção de contrato definida na teoria geral do direito, porquanto, ao lado dos limites impostos aos poderes estatais, existem, ainda, os limites à faculdade da administração no sentido de interferir sobre o conteúdo do contrato administrativo, de forma a não acarretar prejuízos ao interesse econômico-financeiro do particular.

Os contratos da Administração são aqueles celebrados pela Administração Pública, sob o regime de direito público ou sob o regime de direito privado. Eles expressam, apenas, os ajustes celebrados pela Administração com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, sob o manto do regime jurídico de direito público.

Nos contratos de direito privado a Administração se equipara ao particular, estabelecendo uma relação jurídica isonômica, enquanto nos contratos administrativos a Administração age como Poder Público, fazendo uso de suas prerrogativas, instituindo, assim, uma relação jurídica caracterizada pela verticalidade, sobrepondo sua vontade à do particular. Em relação à natureza

jurídica desse instituto contratual, existem controvérsias doutrinárias a respeito de sua natureza, uma vez que parte da doutrina nega a existência do contrato administrativo argumentando que esse instituto não acata os princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, porquanto a Administração possui supremacia em relação ao particular sendo os seus atos pautados e inteiramente vinculados ao comando legal que caracteriza o princípio da legalidade.

A segunda corrente doutrinária considera contrato administrativo aquele que tem a Administração como uma das partes e que, pela constante interferência do regime jurídico administrativo, exige sempre a aplicação do direito público. A doutrina majoritária admite a existência do contrato administrativo, alegando a existência de singularidades que os diferenciam dos contratos do regime privado. Os adeptos dessa corrente doutrinária não utilizam critérios semelhantes para apontar as distinções entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado.

Esses doutrinadores divergem entre si quanto à adoção do critério mais relevante para apontar a distinção entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado. Alguns adotam o critério subjetivo, segundo o qual a Administração quando utiliza o poder de império na relação contratual trava o contrato administrativo, e quando não faz uso dessa prerrogativa firma contrato de direito privado.

Outros entendem o objeto como critério diferencial, vez que o contrato administrativo almeja a organização e o funcionamento dos serviços públicos, enquanto que o conteúdo do contrato de direito civil é a prestação de atividade privada. Há, ainda, os que utilizam o argumento da finalidade pública como se a

Administração, mesmo firmando contrato privado pudesse se desvirtuar desse intento.

Outros consideram que a característica do contrato administrativo está no procedimento utilizado, pois não se pode adotar o procedimento como critério distintivo diante, unicamente, a presença da Administração e a finalidade pública que obriga a adoção de formalidades, qualquer que seja a natureza contratual. Há, aqueles que consideram a caracterização administrativa do contrato como uma decorrência da presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, com a finalidade de preservar a supremacia da Administração em relação ao particular. O contrato não é instituto específico do direito privado, mas também ocorre sob a égide do direito público - contrato de direito público.

3.3 Natureza Jurídica do contrato administrativo

Dadas as inúmeras particularidades que caracterizam o contrato administrativo, torna-se difícil definir precisamente a sua natureza jurídica. Na celebração de um contrato, a Administração pode obedecer a um modelo padrão ou, simplesmente, observar os regulamentos que disciplinam sua execução, sempre elaborados unilateralmente pela Administração, repetindo os preceitos das normas legais, o que leva alguns autores a considerar o contrato administrativo como simples ato unilateral ou norma jurídica.

Nesse sentido, Mello (1989) ao afirmar que a matéria não sujeita a avença convencional não assume natureza contratual, assim se expressa:

... o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato em relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular sujeitando-se a uma situação cambiável.

O ato unilateral é realizado por meio de uma só declaração de vontade de uma das partes, gerando obrigações para a outra parte, independente de sua concordância. Isso não acontece no contrato administrativo que só se caracteriza como tal mediante o consentimento da outra parte, no caso, o particular que assume direitos e obrigações perante o poder público, não sendo titular de mera faculdade outorgada pela Administração. Portanto, a diferença entre o contrato administrativo e o ato administrativo unilateral é o caráter imperativo que caracteriza este último, visto que quando a Administração estabelece um pacto com o particular não tem capacidade de lhe impor obrigações sem sua anuência.

CAPÍTULO IV - AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA

O direito moderno, em consonância com o desenvolvimento econômico capitalista, apóia-se no individualismo expresso na dicotomia básica entre direito público, que ressalta a inviolabilidade do indivíduo como núcleo indivisível da nova organização política, e o direito privado, incentivador do respeito absoluto à liberdade de contratar e à autonomia da vontade. Para Wolkmer (1998: 25), “o individualismo como expressão da moralidade social burguesa enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; faz do ser individual um valor absoluto.”

Meyer (2006, p.1) considera o direito moderno como positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Para esse doutrinador:

É o caráter de positividade do direito que possibilita sua modificabilidade: por isso ele precisa ser institucionalizado por meio do princípio democrático. Em vista disto, a autonomia jurídica que preside a modificabilidade diferencia-se, por razões institucionais, em autonomia pública e autonomia privada.

As relações de direito entre particulares são ordenadas e disciplinadas pelo Direito Privado e, em especial, pelo Direito Civil, assegurando aos particulares uma esfera de atuação imune à interferência estatal, denominada autonomia privada, na qual esses indivíduos disciplinam e auto-determinam os seus interesses (HORSTER, 1992 *apud* BOULOS, 2003, p. 125).

Nessa perspectiva, os particulares têm a seus favor o direito subjetivo e a liberdade negocial ou contratual se apresentam como “mecanismos jurídicos colocados pela ordem jurídica à disposição dos particulares para que esses operem

essa auto-regulamentação de acordo com seus interesses” (PRATA, 1982, p. 15).

Para a auto-gestão dos interesses particulares a ordem jurídica instrumentos, ao mesmo tempo em que estabelece parâmetros e limites para o exercício da faculdade de regulamentação (CORDEIRO, 1980, p. 15). Nesse sentido, pode-se afirmar que a autonomia privada, como tal, não é originária, pois seus parâmetros e limites variam de acordo com o tempo e o espaço. Além disso, a amplitude da autonomia privada também varia significativamente, em decorrência da forma pela qual é regulamentada por cada ordenamento jurídico ou no mesmo ordenamento, em virtude de transformações decorrentes da atividade legislativa e outras (BOULOS, 2003, p. 125).

A autonomia privada permite que os indivíduos optem pelo modo de usufruir os seus direitos subjetivos, enquanto a autonomia pública, define como o igual será tratado como igual e o desigual como desigual, por intermédio de suas liberdades comunicativas.

Entretanto, nas sociedades modernas os indivíduos não dispõem dos meios jurídicos para que possam se integrar socialmente. Diante disso, eles precisam valer-se de sua autonomia pública para definir os direitos que lhes cabem e em que medida; ao mesmo tempo, só podem fazer uso adequado das liberdades comunicativas se dispuserem de condições para tanto.

Vê-se, portanto, que autonomia pública e autonomia privada são instituições complementares, da mesma forma que o são a soberania popular e os direitos humanos, a Constituição e a democracia.

A concepção de Direito Civil, fundamentada no tripé família, pessoa e

patrimônio, está dissociada das perspectivas hermenêuticas, voltadas à absolutização do indivíduo, que vêem esse ramo da ciência jurídica como um instrumento de discriminação da disciplina do indivíduo participante das relações jurídicas, fundamentadas no princípio da igualdade (MELLO *et al*, 1999, p.337).

A absolutização do indivíduo como sujeito do direito civil alimentou por muito tempo a concepção de que todas as pessoas, como 'ser', são iguais (*idem, ibidem*). Historicamente, as concepções de direito civil têm evoluído, afastando-se, cada vez mais, dos modelos aceitos no século XIX, pautados nas idéias liberais. Muitas inovações têm sido vivenciadas, dentre as quais aquelas concernentes à propriedade privada e ao contrato que aparecem como institutos funcionais normatizados pelo Código Civil atual.

Enquanto as teorias liberais dão prevalência à autonomia privada, no sentido de conceber o direito como um conjunto de ordenamentos voltados à garantia dos direitos negativos mínimos e a política, como um agir estratégico na busca por posições no poder administrativo, os republicanos dão especial atenção à autonomia pública, reduzindo o direito às liberdades comunicativas e vendo a política como instrumento voltado à formação de um consenso ético público.

Diante dessa dicotomia, pode-se aceitar a visão liberal do sentido deontológico dos princípios e direitos de uma certa comunidade política. Nesse sentido, é necessário atentar para o uso que os cidadãos fazem de suas liberdades comunicativas, mesmo sem que se adote um consenso ético substantivo sobre os conceitos de comunidade. Esse consenso pode ser direcionado a um nível mais abstrato, no sentido de que os cidadãos de uma comunidade de princípios se reconheçam mutuamente como pessoas livres e iguais.

No que se refere ao Direito Civil, a Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer valores sobre os quais os preceitos legais da ordem civil são alicerçados e re-edificados que, segundo Mello *et al* (1999, p. 339),

... não mais têm no indivíduo, mas na dignidade humana, o seu ponto de convergência, o seu foco. Ilumina-se, nesta perspectiva, a substituição do apoio axiológico das relações de natureza civil, que passam a ser determinadas em função da preservação e da potencialização de valores existenciais, em oposição a valores exclusivamente patrimoniais.

Essas mudanças no âmbito do direito civil contribuíram significativamente para a dicotomização dos conceitos referentes ao público e ao privado, tendo a dignidade humana como valor norteador de todo o ordenamento jurídico, por ser o ponto de confluência dos interesses individuais e coletivos que não podem mais ser considerados como antagônicos, mas como complementares (MELLO *et al*, 1999, p. 340).

A dicotomia precisa entre público e privado se ofusca diante da interpenetração dos seus conteúdos, concretizada na atribuição constitucional da função social da propriedade, do reconhecimento constitucional da igualdade de todos e do dirigismo contratual. Portanto, essas novas concepções exigem uma releitura do Código Civil, harmonizada com a Constituição, que contém os princípios de observância e aplicação obrigatória e não se limitam a normatizar as relações Estado-indivíduo, mas também definem as relações interindividuais privadas. É imprescindível, aos operadores do direito, estar a par dos princípios básicos que definem as relações humanas, prescritas pela Constituição, principalmente aqueles voltados à dignidade da pessoa humana.

Para Tepedino (2000, p. 21)

A perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Portanto, as transformações vivenciadas pelo Direito Civil o aproximaram muito do Direito Público, o que foi significativamente retratado pelo atual Código Civil. Tais mudanças repercutiram fortemente na definição da função social do contrato e do princípio da 'boa-fé objetiva'² que norteia as relações obrigacionais.

No Código civil atual, a autonomia privada encontra uma conformação e uma limitação muito maior do que aquela existente em relação ao antigo Código Civil. A dignidade da pessoa humana definida no artigo 1º. III da Constituição Federal de 1988 passa a ser considerada "como o valor supremo a cuja tutela se orienta teologicamente o sistema jurídico" (MELLO *et al*, 1999, p. 353), revelando uma concepção antropocêntrica do ordenamento, discrepante dos conceitos alicerçados no individualismo que consideram a autonomia do sujeito de direito como um espaço de livre atuação, definido pela ordem pública (*idem*).

Assim, a Constituição Federal de 1988 tem contribuído com a transformação social, apontando para o fim da dicotomia entre os interesses privados e os interesses públicos tradicionalmente concebidos, ao colocar a dignidade da pessoa humana como norteadora das ações definidas pelo sistema jurídico, com vistas à construção de uma sociedade solidária, em que o desenvolvimento econômico se alia ao desenvolvimento do indivíduo. Nesse modelo de sociedade a pessoa não é dotada de uma liberdade independente da realidade social, nem é autônoma em

² Boa-fé objetiva: modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual "*cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*" (Wayar. *Derecho Civil - Obligaciones*, Tomo I, p. 19, *apud* Judith Martins-Costa, 2006).

relação à sociedade, pois “o impasse do direito civil hoje reflete uma concepção de liberdade jurídica independente da realidade social; de indivíduo autônomo, relativamente à sociedade” (PRATA, 1982, p. 84).

O Código Civil atual reconhece como cláusula geral, que a liberdade contratual possui ‘razão de ser’ e limite na função social do contrato. Boulos (2003, p. 129), refere-se ao princípio da função social do contrato, definido no Código Civil (artigo primeiro da Seção I, Capítulo I, Título V do livro I, parte especial),

O princípio da função social do contrato é a *pedra angular* do novo Direito contratual brasileiro, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, devendo estar subjacente à interpretação de qualquer contrato (típico e atípico) assinado no Brasil a partir de 11 de janeiro de 2003 e, inclusive, com relação àqueles assinados anteriormente a sua entrada em vigor (desde que continuem a gerar efeitos após essa data) (*idem*).

Nesse sentido, o Código Civil estabelece que a regra de disciplinamento do direito intemporal consiste na aplicação de normas da nova lei aos contratos assinados antes da sua entrada em vigor que permanecem gerando efeitos após essa data, excetuando-se, apenas aqueles contratos em que as partes contratantes tenham previsto uma forma de execução específica (BOULOS, 2003, p. 132).

CONCLUSÃO

O direito é um fenômeno unívoco e sua departamentalização nos mais variados ramos decorre da necessidade de sua compreensão acadêmica. Essa departamentalização parte o direito em dois grandes grupos: o direito público e o direito privado. Essa técnica se sedimentou a tal ponto que cada grupo constrói seu corpo teórico-sistemático próprio. As elaborações teóricas de cada um desses grupos são dissociadas, mas têm um ponto de convergência: a autonomia. No entanto, o estatuto da autonomia no direito público é um e o estatuto da autonomia no direito privado é outro.

No âmbito da autonomia pública, a liberdade está adstrita à expressa indicação legal da conduta que pode ser praticada e dela não se pode divorciar a pessoa de direito público; no âmbito da autonomia privada, a liberdade está adstrita à proibição expressa da norma, restando autorizadas as condutas que ela não proíbe. Essas duas categorias teóricas assim dissociadas reafirmam a dicotomia direito público/direito privado.

No entanto, a contemporaneidade experimenta certa privatização do direito público de um lado e, de outro, certa publicitação do direito privado, daí resultando uma convergência teórico-sistemática que tende a refundir as autonomias pública e privada em uma só e mesma autonomia. A possível confluência dessas autonomias revela a tensão existente na própria autonomia em si, como ponto de contato entre o público e o privado, cujo corpo ainda não se acha bem definido e carece de estatuto.

A caminhada dessas autonomias, no sentido da confluência, também revela

que o caráter univocitário do direito age como pano de fundo nesse cenário, notadamente no que concerne aos aspectos normativos propriamente ditos, produzindo novas experiências e erigindo estruturas unificadoras de ordenamentos jurídicos comunitários.

O ressentimento quanto a um estatuto próprio de confluência das autonomias pública e privada e, por conseguinte, da convergência do direito público e do direito privado, decorre de uma outra dicotomia que se verifica no âmbito de uma norma conhecida por princípio da legalidade. Até então, o princípio da legalidade tem sido tratado como técnica de controle jurídico do direito público.

Tal se justifica em razão da necessidade de se aparelhar o ordenamento com uma ferramenta jurídica que funcione como mecanismo balizador da atividade pública, ao qual ela está inteiramente vinculada, limitando sua área de liberdade, de discricionariedade ao terreno mínimo e controlado do princípio da proporcionalidade, no qual mesmo a solução que o administrador possa adotar dentre as opções possíveis seja a solução ótima (mandado de otimização).

Mas o princípio da legalidade também age essencialmente no âmbito das relações privadas não apenas naqueles casos em que se exige a forma prescrita em lei, uma vez que a forma não defesa em lei constitui espécie de permissão da lei, mas em todos os casos em que o interesse de alguém se aproxime do interesse de outrem e que essa aproximação interesse ao direito.

Esse fenômeno decorre, precisamente, da consideração do princípio da legalidade como sendo o vínculo jurídico da relação jurídica e, em específico, da relação jurídica obrigacional. O princípio da legalidade e o vínculo jurídico da relação de obrigação constituem um só e mesmo fenômeno: o fenômeno normativo – o

elemento normativo. Assim, a obrigação é um vínculo jurídico porque dispõe de um elemento jurídico: o elemento normativo. É ele que vincula os elementos subjetivos entre si (credor e devedor) em razão dos elementos objetivos (a conduta prometida: o dar, o fazer, o deixar de fazer).

A identificação do vínculo jurídico da teoria geral das obrigações no princípio da legalidade atribui ao próprio direito das obrigações (o mais imutável de todo o cenário civil) a envergadura constitucional que todos os ramos do direito hoje reclamam, em ordem à consideração no sentido de que a Constituição deva ser o ponto de confluência de todo o ordenamento.

Mas não é apenas a índole constitucional do direito das obrigações que está em jogo, nem a própria constitucionalização do direito civil: a identificação do vínculo jurídico com o princípio da legalidade unifica o público e o privado no seu interior, pois a um só e mesmo tempo ele passa a ser a pedra de toque do direito público e do direito privado.

Se não há, ainda, um estatuto teórico-sistemático justificador da visível convergência entre o direito público e o direito privado, há pelo menos uma norma que enfeixa em si as duas tendências que durante tanto tempo conviveram dissociadas no terreno do conhecimento e da prática do direito: a norma que contém o princípio da legalidade.

Visto por este ângulo, a partir dessa norma que contém o princípio da legalidade é possível desenlinhar o carretel do funcionamento [de função] social das instituições no plano da realidade para sedimentar a dignidade da pessoa humana como princípio político-jurídico fundamental da mais ampla aplicação na *res publica*.

Portanto, somente exponenciando o princípio da dignidade da pessoa humana é que será possível a construção de uma sociedade, justa e solidária, é que será possível garantir o desenvolvimento nacional, é que será possível erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, conseqüentemente, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik (Colisão e balanceamento como problema de base dogmática dos direitos fundamentais)*, in: Massimo La Torre e Antonino Spadaro (org.): *La ragionevolezza nel diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEIGNIER, Bernard. *Le Droit de La Personnalité*. Paris: PUF, 1992.

BEM, Leonardo Schmitt. *Teoria da relação jurídica: análise da parte geral do novo Código Civil*. Curitiba: JM, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito*. 4. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.

_____. *Reparação Civil Por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 9.784/99*. Brasília: Senado Federal, 1999.

_____. Pet 2.900 QO. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.

_____. *RMS 7.248/SP*. Supremo Tribunal Federal. Min. Victor Leal Nunes. CAETANO, Marcello. *Estudos de Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 1974.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5 ed. Paris: Dalloz, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direito da Personalidade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra ed, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006.

CORDEIRO, A. Menezes. *Direito das Obrigações*. Vs. I e II, Lisboa, 1980.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84. out./dez. 1987.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1959.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil – tomo II*. Tradução espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. 4 ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1975.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol II. Capítulo IX. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher(UGF) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Constitutional Democracy. A paradoxical union of contradictory principles? In: Political Theory. *International journal of political philosophy*. Vol. 29, nº 6, Sage Publications. Dez./2001.

HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português*. – Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Coleção Debates. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0047.htm#_ftnref1. Acesso em: 01 mai./2003, p. 2.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1972.

LUENGO, Javier García. *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

MANDARINO, Milena Ribeiro. Nome da Pessoa. In: *EMEREJ*. Rio de Janeiro: v. 3, nº. 12, p. 48-74, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O direito privado como um 'sistema em construção'*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, artigo publicado na Internet: disponível em www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/martins1.htm. Acesso em 20/03/2006.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Albuquerque *et al*. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Contrato Administrativo - Direito ao equilíbrio econômico-financeiro - Reajustes Contratuais e os Planos Cruzado e Bresser*. RDP

90/98 - 110, São Paulo: RT, abr./jun. 1989.

_____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, J. Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vs I e II. Lisboa: 1979.

MESSINEO, Francesco. Il Contratto in Genere. In: MESSINEO, Francesco; CICU, Antonio (dir.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* – vol. XXI, tomo I. Milão: Giuffrè, 1968, p. 42-43.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A decisão do STF sobre a verticalização. *O Tempo*. Belo Horizonte: Opinião, 10/abr./2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

NEUNER, Jörg. *O código civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental*. Trad. Peter Naumann. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Leoni Lopes. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

PÉDAMON, Michel. *Le contrat en droit allemand*. Paris: L.G.D.J., 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 4. ed. Renovar, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Direito Econômico Português: desenvolvimentos recentes*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: 1981.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, n. 56. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 16 nov. 2006, p. 2.

ROMANO, Salvatore. *Autonomia Privata*. RTDP, 1956.

SANTOS, J.M. Carvalho dos. *Código Brasileiro interpretado*. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

SANTOS, J. Carvalho dos (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito*. São Paulo: Freitas Bastos, 2003.

SATTA, F. *Principio di Legalità e Pubblica Amministrazione nello Stato Democratico*. Pádua, 1969.

SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm, consultado em 10.09.2001.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos*, p.3, Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/cdcadmin.html>. Acesso em 16/03/06.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito Subjetivo*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 36. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (org.). *A parte Geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit Civil – Les Obligations*. 7 ed. Paris: Dalloz, 1999.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VON SAVIGNY, Carlos Frederico. *Sistema Del Diritto Attuale*. Torino: Unione Tipografico, 1900.

WALTER, Gerhard. *L'influenza della costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca*. In: A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffr , 1985.

WOLKMER, Ant4nio Carlos. *Hist4ria do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.