

# OS DEVERES FUNDAMENTAIS COMO CAUSA SUBJACENTE-VALORATIVA DA TUTELA DA PESSOA CONSUMIDORA: CONTRIBUTO TRANSVERSO E SUPLEMENTAR À HERMENÊUTICA CONSUMERISTA DA AFIRMAÇÃO

Fernando Rodrigues Martins

## INTRODUÇÃO: O MERCADO E O CONSUMIDOR

Relevante a ideia de que, para constituir e conceder concretude a posições jurídicas consagradas universalmente, o direito deve tanto valer-se de outras ciências (epistemologia da complexidade) como ainda, analiticamente, desdobrar-se em diversas disciplinas específicas (dogmáticas concretas), jungidas e subalternas à Constituição Federal. Apesar de possuírem funções e finalidades diferentes, essas disciplinas são providas de ampla comunicabilidade<sup>1</sup>. Consequentemente, mesmo que com escopos díspares, por vezes a projeção de esforço unitário dessas disciplinas é proveitosa, no sentido de garantir a efetividade a determinado direito, quanto ao mais se for designado a partir de fundamentabilidade formal e material (ALEXY, 2007, p. 45-48).

O sistema jurídico, caracterizado pela unidade, abertura e incompletude (CANARIS, 1996, p. 71), é exigente para a satisfação de direitos, especialmente aqueles considerados prevalentes, devido à natureza e conteúdo ou à inerente fragilidade do titular de operacionalização e conjugação do maior número possível de normas, entendidas estas como princípios e regras (FREITAS, 1995). Pode ser dito, via de consequência, que eventual assimilação de determinado fato à regra (dedução) e, na ausência desta última ou devido à sua inconstitucionalidade, a análise crítica (argumentação) do fato e regras pelos princípios ensejam a manifestação de todo arcabouço jurídico. Tais técnicas compõem, respectivamente, o que se entende por critérios de validade formal e validade material de identificação da norma aplicável no sistema complexo (LORENZETTI, 2009, p. 75).

Em sentido diverso, mas com igual preocupação sistêmica, é o pensamento de Friedrich Müller (MÜLLER, 2010, p. 29) ao tratar da metódica do direito que abrange todas as modalidades de concretização prática da norma jurídica, muito além da interpretação. Entre elas, com destaque: a análise do âmbito da norma; argumentos de teoria de Estado, de teoria do direito, de teoria constitucional; conteúdos dogmáticos; e elementos de técnicas de solução de conflito.

1 “[...] o conhecimento do conhecimento se transforma bruscamente num problema enorme e estilizado: apercebemo-nos de que esta divisão do conhecimento em disciplinas [...] é uma organização que torna impossível o conhecimento do conhecimento. Porquê? Porque este campo está fragmentado em campos de conhecimentos não comunicantes”. (MORIN, 2002, p. 20).

Evidente que essa observação não é pertinente tão somente aos chamados ‘direitos sensíveis’ - aqui compreendidos aqueles que em posição de conflito têm maior probabilidade de incidência, considerando-se a fundamentabilidade inerente: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade. Ela é comum a qualquer dispositivo normativo do sistema.

Alinha-se, a latere, linha de teoria geral do direito já bastante difundida no país que, corroborando a necessidade de superação de antinomias e aceitação das diferenças normativas na sociedade pós-moderna e pluralista, conclui em indicar a perspectiva de diálogo entre as fontes normativas, permitindo melhor aproveitamento do conteúdo das normas protetivas, sem que haja em hipótese de conflito o decreto de morte (expulsão) da regra não aproveitada, ou subutilizada (MARQUES, 2004).

É justamente a partir dessa perspectiva que é possível encontrar no microsistema de tutela do consumidor (e não das ‘relações jurídicas de consumo’)<sup>2</sup> a versatilidade, flexibilidade, abertura para entrada de todo plexo de normas das mais variadas pertinências temáticas e potências e que conjuram no compartilhamento de finalidades e tarefas essenciais à consagração do humanismo no epicentro mercadológico (BRITTO, 2007). Aliás, é o que se dessume do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>3</sup>, pois esse dispositivo inaugura no direito pátrio a figura do entrelaçamento transnormativo, técnica legislativa que permite aglutinar estatutos supralegais, dispositivos fundamentais do direito interno, legislação infraconstitucional e regulamentos secundários administrativos na indicação de direitos dos consumidores.

Assentadas essas premissas de conjugação normativa dialógica, aprofunda-se na análise da tutela do consumidor,

2 A tutela do consumidor no Brasil parte do subjetivismo e do finalismo: tratar diferentemente esse agente de mercado vulnerável. Não faz sentido falar em tutela de ‘relação jurídica de consumo’ que é virtual e pode ir além da pessoa do consumidor, com desvio da finalidade normativa fundamental, como se dá para aqueles que equivocadamente defendem a teoria maximalista, abrindo espaço para tutela de outros agentes mercadológicos a partir do CDC.

3 Nessa mesma linha, Miragem (2010, p. 57): “O art. 7º do CDC, entretanto, vai indicar aos direitos básicos relacionados no artigo antecedente, um caráter meramente exemplificativo (numerus apertus), permitindo que se identifiquem, além dos direitos subjetivos ali expressamente consagrados, outros tantos previstos nas mais diversas normas”.

mas não somente a partir da verve de direito fundamental assim já de há muito consagrado, senão noutra órbita de figura jurídica: aquela pertencente aos deveres, especialmente de ordem fundamental. Essa análise de base permitirá exprimir hermenêutica de afirmação visualizando institutos jurídicos em aspectos diferenciados mas com idêntica finalidade de proteção ao consumidor.

Portanto, a metodologia imposta ao presente estudo parte da abordagem propedêutica nos direitos fundamentais, com incursão nos deveres fundamentais (mediante fundamento, conceito e regime) para, finalmente, explicitar a consequência e extensão de suas atribuições na órbita consumerista.

Se o Direito, no âmbito interno sistêmico, fragmenta-se em diversas disciplinas que se complementam em ampla interação, também assim caminha na cognoscibilidade e permissibilidade às demais ciências. É a vereda mais correta e prudente na aproximação entre o Direito e a Economia. Ciências que não se excluem, ciências oriundas de única raiz ética, na qual não vige supremacia, mas essencialmente a colaboração. Nesse passo, é evidente<sup>4</sup> em tempos atuais a ‘ressignificação’ da moeda no mercado pela inserção da pessoa humana consumidora através das pautas jurídicas<sup>5</sup>.

## O ANVERSO REALÇADO: A TUTELA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DOS SUPRADIREITOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito do consumidor também pode ser compreendido numa vertente engajada e provocadora de (re)conhecimento pelo sistema jurídico face aos reclamos e lutas de cidadãos e setores organizados em busca de equilíbrio no mercado. Já foi dito que quando

a codificação (re)conhece direitos humanos e os insere nos direitos da personalidade, ou quando a Constituição (re)conhece e faz viger a dignidade da pessoa humana, na realidade está conhecendo novamente (re+conhecer), porque são direitos existentes mesmo antes de sua positivação, como estratégia de tutela da própria civilização (direitos a priori). (MARTINS, 2012, p. 21).

Talvez, por isso, o direito do consumidor seja melhor tratado como ordem espontânea popular<sup>6</sup>.

4 DESCARTES, René. O discurso do método. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15. Lembre-se de que o que é evidente já não exige maior aprofundamento considerando o resultado conclusivo racional.

5 “Partindo de la idea de que tanto la Economía como el Derecho son ciencias humanas que tienen como objeto común el comportamiento social humano, se sostiene que son disciplinas complementarias, con una vinculación íntima, en la que no hay prioridad alguna entre ellas, proponiéndose acercar instrumentos de la Economía al Derecho y simultaneamente los valores y pautas de orden jurídico a las decisiones económicas reclamando el trabajos de iuseconomistas. O poniendo de resalto como ‘lo jurídico está siempre remetido en lo económico, sin perjuicio de quedar fuera al mismo tiempo; como el plano de una casa. Por lo cual, resulta objetable hablar de lo jurídico como sólo situado fuera de lo económico o como frente a lo económico.’” (TAVANO, 2011, p. 37).

6 “Occorre un lungo periodo di tempo per sensibilizzare l’opinione pubblica e richiamare l’attenzione dei legislatori sui problemi dei consumatori. E il merito non deve solo ascriversi alle analisi dottrinali di economisti e di sociologi, ma anche alle organizzazzioni spontanee

Via de consequência, é importante observar que o direito do consumidor tem forte arrimo tanto nos direitos humanos como naqueles de cariz fundamental. Rapidamente, pode-se expressar sobre ambos.

Quanto aos direitos humanos, infere-se inicialmente que a reorganização normativa da Europa do pós-guerra permitiu ir ao encontro do pluralismo jurídico, especialmente com a inserção das diretivas, resoluções, proposições, recomendações (BOURGOIGNIE, 1988, p.



100), concomitante à instituição da extinta Comunidade Econômica Europeia - atual União Europeia - e fixação do mercado comum. Aliás, o Tratado de Roma de 1957, instrumento dessa união transnacional, demonstrou amplas possibilidades de respeito ao consumidor<sup>7</sup>.

Nesse ritmo a Comunidade Econômica Europeia, em 1975, evoluiu significativamente com o lançamento do programa preliminar de política de proteção e informação aos consumidores (Resolução 87/C092/01), estabelecendo

di consumatori che danno inizio a campagne di stampa con il compito di segnalare tutti i fenomeni più gravi e dannosi nei quali si manifesta la strategia di profitto dell’impresa.” (ALPA, 1995, p. 3).

7 Alguns exemplos são típicos: há título destinado à defesa dos consumidores (Título XI); o art. 3º, alínea s, estabelece que a forma de atuação do mercado comum deve ser realizada com base no reforço na defesa do consumidor; a política agrícola versada no art. 39 tem por princípio a prática de preços razoáveis, vedada a discriminação de consumidores; é considerada prática abusiva pelo cânone 86 a limitação da produção, distribuição e desenvolvimento tecnológico; a possibilidade de receber auxílios sociais (art. 92); e elevado nível de defesa no campo da saúde (art. 100).

as seguintes diretrizes: i) direito à saúde e segurança; ii) direito à proteção dos respectivos interesses econômicos; iii) direito à reparação dos danos; iv) direito à informação e à educação; v) direito de representação e direito de participação (CALAIS-AULOY, 1980, p. 25).

Ademais de outras manifestações internacionais ao longo do tempo<sup>8</sup> e para além do continente Europeu indo ao encontro de toda globalidade, significativo e básico modelo para afirmação dos direitos humanos respeitantes à pessoa



na órbita do mercado foi possível através da Resolução 39/248, de 09 de abril de 1985, da Organização das Nações Unidas, que tem imensa importância em dois recortes: o primeiro, pertinente ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (imbalances); o segundo, no estabelecimento de princípios gerais essenciais à pessoa consumidora (right strategies)<sup>9</sup>.

8 Socorrem algumas passagens: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, de 1969, fixando políticas para os consumidores a partir dos países signatários - Estados Unidos, Alemanha, França, Bélgica e Holanda; Conferência Mundial do Consumidor em 1972, em Estocolmo; à Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem (com a sugestão dos seguintes direitos a todo consumidor: segurança; informação adequada sobre os produtos e serviços; escolha; direito de ser ouvido no processo de decisão governamental).

9 Tal Resolução, nas linhas gerais de proteção, estabelece no anexo, a partir do capítulo I (objetivos), o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado (imbalances), bem como no capítulo II os seguintes princípios gerais: "a) proteção dos consumidores contra os perigos em face de sua saúde e segurança; b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) acesso dos consumidores à adequada informação capaz de formar sua opinião e escolha de acordo

Nota-se facilmente que os princípios são reiterados nas declarações internacionais, o que indica base comum em suas formulações como fontes normativas supralegais, ou seja, a tutela partiu de pressupostos fáticos inequívocos para a promoção da pessoa inserida no mercado: saúde e segurança; recomposição de danos; acesso à informação; a proteção aos interesses econômicos, à educação, à participação. Essas manifestações não deixam de acompanhar, em parte, a abordagem promovida por Kennedy ao estabelecer no direito estadunidense a necessidade de proteção aos consumidores, visto que são responsáveis por dois terços da circulação de riqueza no setor econômico<sup>10</sup>.

Em verdade, a concretude dos direitos humanos não é tarefa fácil, haja vista os enormes dissensos quanto ao seu conceito, conteúdo e aplicação. Contudo, melhor optar por modelo científico que leve em consideração todo o conjunto de opiniões doutrinárias, normas jurídicas e decisões. Em relação ao tema dos direitos humanos, grassa recente modelo proposto com referência necessária ao transconstitucionalismo, que parte do reconhecimento de alteridade entre diversas disposições normativas globais para a permanente reconstrução da identidade própria da legislação interna de cada Estado. Há forte passagem ao pluralismo jurídico global, de modo a autorizar amplo diálogo de todas as ordens jurídicas - internas e internacionais - e das interpretações judiciais - decisões de supremos tribunais ou cortes -, especialmente quando das graves violações aos direitos humanos<sup>11</sup>.

com seus desejos e necessidades; d) educação; e) reparação nos casos de danos; f) liberdade dos consumidores associarem-se em grupos e liberdade de representação das associações aos consumidores".

10 John Fitzgerald Kennedy, Special message to the Congress on Protecting the consumer interest. March, 15, 1962. São suas as seguintes indicações de direitos básicos, que fazemos questão de manter na língua original: "1) the right to safety - to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life; 2) the right to be informed - to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice; 3) the right to choose - to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices; 4) the right to be heard - to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals".

11 Neves (2009, p. 256) explica: "A questão dos direitos humanos que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Constitui uma questão central do transconstitucionalismo. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. Uma leitura liberal, por exemplo, pode entrar em confronto com uma compreensão social-democrática dos direitos humanos. As interpretações de um texto normativo podem levar a soluções diversas de casos. A invocação a uma espécie de direitos humanos pode implicar colisão com a pretensão de fazer valer um outro tipo. Mas a situação se agrava se considerarmos que as diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos têm compreensões sensivelmente diversas das questões dos direitos humanos, muitas delas sendo, inclusive, avessas à ideia de direitos humanos como direitos que pretendem valer para toda e qualquer pessoa. É nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões".

Já na percepção de direitos fundamentais, o direito do consumidor ganha outro contorno, porque aqui não se trata da suprallegalidade inerente aos direitos humanos; ao contrário, tem-se carga de perfilhação normativa<sup>12</sup>, porque afirmado por princípio com função deontológica e eficácia direta e imediata, já que elencado na Constituição Federal como verdadeira tábula valorativa de fixação do projeto de vida comum dos cidadãos (LORENZETTI (2009, p. 83); é o que se aproveita da dicção do inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal.

Não há dúvidas de que para dar efetividade ao fundamento da dignidade da pessoa humana (que por si só pouco fala)<sup>13</sup>, os direitos fundamentais têm relevante função: fixam a igualdade substancial entre os pares comunitários, revelando-se como “direitos a algo, interesses legítimos de posições jurídicas e proteção da faculdade de atuar” (ALEXY, 2008, p. 193).

Na ótica constitucional, o direito do consumidor - como direito fundamental - (re)inscreve a pessoa no mercado, cuidando de (re)equilibrar as situações jurídicas entre os agentes transformadores do mercado com os agentes exaurientes no mercado. Daí expressá-lo como direito fundamental de terceira dimensão (solidariedade), visto que caracterizado por dados econômicos, coletivos e sociais, obrigando a intervenção estatal contra a indevida atuação de terceiros. Isso lhe garante status de direito à proteção, ou seja, direito que se contrapõe aos clássicos direitos de defesa, pois não é carente de abstenção; ao contrário, define-se pela necessidade de agir de forma emancipatória.

Nesse prumo, vale a observação pertinente de que os direitos fundamentais não representam propriamente exasperação da maioria, senão o invólucro mantenedor da minoria: fragmento social tendente a ser excluído, apagado e diluído e que subverte a metodologia sobrevivida por séculos quanto à elaboração da norma jurídica (one man, one vote)<sup>14</sup>; são feitos direitos com extrema fundamentalidade e prevalência a fim de que seus titulares não sucumbam e pereçam: eis o **paradoxo da positivação**<sup>15</sup>.

12 Robles (2005, p. 7) explica: “Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um status especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos”.

13 Ascensão (2011).

14 Sclasi (2012, p. 58) indica que “o projeto cultural da modernidade representou nos diversos campos do saber a tomada de distanciamento e a definitiva ruptura com os mitos da antiguidade, mas não negou contribuição a conferir novo vigor e maior ressaltado na identidade entre direito e lei, legalidade e legitimidade, contudo na perspectiva de infalibilidade da lei”.

15 Lorenzetti (2009, p. 103) explica: “Nesse sentido, há alguns direitos que estão baseados na maioria, já que sobre eles não pode haver opiniões ‘razoavelmente’ contrárias, como, por exemplo, o direito à vida. Pelo menos no plano das normas, trata-se de decisões amplamente fundadas na regra da maioria. No entanto, há numerosos direitos que não gozam da aceitação majoritária, e que têm categoria normativa por serem expressões das minorias ou da concepção pluralista da sociedade. Assim, os direitos fundamentais não têm necessariamente fundamentação majoritária”.

Algumas perspectivas sobre o dever são essenciais ao longo da edificação da ciência do direito. Diz-se, preambularmente, que enquanto o direito objetivo (norma agendi) consubstancia regra de conduta a ser observada pelo destinatário, o direito subjetivo (facultas agendi) significa certa faculdade do interessado em agir. Contudo, pode ser averbado que ditas figuras representam pura complementação, já que a faculdade (ideia há muito ultrapassada, considerando as eventualidades de excesso) deriva de uma autorização normativa que também imputa deveres (KELSEN, 1994, 151).

Não se esqueça de que a Escola Positivista de Oxford, capitaneada por John Austin, parte da severa indicação de que direitos subjetivos e deveres são mandados que provêm de uma comunidade política independente, sendo que o direito subjetivo de um interessado apenas tem assento no dever de fazer ou não fazer da outra parte; portanto, o dever é **reflexo** do direito subjetivo (AUSTIN, 1995).

Comovisto, antes de assumir o caráter de fundamentabilidade (formal e material), o dever foi de larga utilização pela teoria geral do direito. Mas não só neste campo, pois nas dogmáticas infraconstitucionais concentradas, a utilização dos deveres é significativa. Verifique-se que, sob o perfil da norma estática, o dever torna-se componente da relação jurídica e correspondente ao direito subjetivo (além de outros elementos, como **sujeitos, fato jurídico, objeto e garantia**). Frise-se em adição que na eventualidade de não observado, abre espaço à sanção<sup>16</sup>.

Dessa inicial identificação, mas sem aderir completamente a ela, é consentâneo desde já verificar que o dever jurídico inicialmente encerrou duas bases: i) reflexivo, relacional e cativo ao direito subjetivo<sup>17</sup>; ii) ensejador de implemento da garantia ou aplicação da sanção caso incumprido (MENEZES DE LEITÃO, 2012, p. 57).

A evolução da sociedade impulsiona não apenas a legislação, mas essencialmente o direito, como ciência sistemático-axiológica a buscar novos métodos, abrir espaços de conhecimento, permitir-se como instrumento de realização humana<sup>18</sup>. Impressiona como o direito privado logo partiu

16 Mota Pinto (2005, p. 185) indica: “No dever jurídico – contraposto aos direitos subjectivos propriamente ditos – o sujeito do dever, expondo-se embora a sanções, tem a possibilidade prática de não cumprir. O direito ordena ao titular do dever jurídico que observe um determinado comportamento e apoia esta ordem ou comando com as sanções jurídicas dirigidas ao obrigado que, dolosa ou negligentemente, se exime ao cumprimento do dever”.

17 Kelsen (1994, p. 143) chegou a observar que nem todo dever jurídico era cativo a determinado direito, externando o exemplo do serviço militar.

18 Reale (1994): “Além disso, sobretudo quando tantos juristas se deixam dominar pelas recentes investigações lógico-formais ou lógico-linguísticas, com elas se contentando, por considerá-las a última palavra da Ciência do Direito, creio que não será demais insistir que uma teoria jurídica, que não se abra para a problemática social e política, e não tome conhecimento das exigências histórico-axiológicas, fica a meio do caminho, por mais que seja válida e essencial a contribuição haurida naqueles novos campos da ciência”.

para redescobrir o dever sem que o direito subjetivo lhe fosse pressuposto ontológico.

Essa diferenciação é facilmente percebida, se colocados em cotejo os dois monumentos civilísticos do país. O Código Civil de 1916, em seu art. 2º, fixava apenas ao homem a capacidade de direitos e obrigações na órbita civil, realçando o estereótipo da masculinidade patrimonialista. Noutra face, o art. 1º da atual legislação civil consagra a toda pessoa capacidade de direitos e deveres na seara privada, ampliando a garantia de promoção da pessoa nas situações subjetivas existenciais e extrapatrimoniais (MEIRELLES, 2008, p. 179).

Essa vertente, já no início da parte geral do atual Código Civil, é fundamento de dever para os demais títulos, ad instar: de boa-fé na longevidade dos contratos pela conduta das partes (CC, art. 422); na liquidação de sociedades (CC, art. 1.103); na relação entre condôminos (CC, art. 1.336); na atribuição do comportamento do usufrutuário (CC, art. 1.400); na intersubjetividade afetiva entre os cônjuges (CC, art. 1.566) e companheiros (CC, art. 1.724); na relação com a pessoa dos filhos (CC, art. 1.583, § 2º); na dependência de alimentos (CC, 1.694); no exercício da tutela (CC, art. 1.741).

A continuidade dessa explanação dos deveres na órbita privada suprimiria à metodologia proposta, porque o objetivo inicial é de abraçar inicialmente os **deveres fundamentais**, para depois avançar nas ramificações derivativas no campo consumerista. Mas vale a última, rápida e sempre exigível indicação quanto à **legitimação procedimental** respeitante à obrigação, considerando sua complexidade (LUHMANN, 1980, p. 30).

Nesse viés, ressalta-se que de há muito já fora sedimentado dogmaticamente a relevante divisão analítica da prestação (desdobrando-se no dever de prestar principal, acessório e anexo)<sup>19</sup>, ambiente em que se destaca a hiperatividade da boa-fé, atuante mediante múltiplos deveres (dever de correção recíproco, dever de cooperação, dever de informação, dever de cuidado) e em etapas diferenciadas<sup>20</sup>: pré-negociais<sup>21</sup>, negociais e pós-negociais.

19 Couto e Silva (1976) e Menezes Cordeiro (2009) apontam: “A boa-fé na execução dos contratos adveio da própria ideia de complexidade intra-obrigacional, desenvolvida, a partir de certa altura, por Siber e, mais tarde, da sua junção com a teoria da violação positiva do contrato, descoberta por Hermann Staub, que também seria aproximada a boa-fé. Em síntese: não basta a execução matemática da prestação: devem ser respeitados deveres (acessórios) de lealdade, de informação e de segurança, para que o fim da obrigação seja mesmo alcançado, para que os valores fundamentais do ordenamento seja observados e para que não ocorrem danos colaterais inúteis”.

20 Galgano (2010, p. 16) indica o dever de correção: “Questo dovere di correttezza altro non fa se non dilatare oltre l’ambito del contratto, secondo il già segnalato disegno della codificazione del 1942, quel principio di buona fede che è tradizionalmente proprio dei contratti, e che nel vigente codice civile si trova applicato alle trattative precontrattuali (art. 1337), all’interpretazione del contratto (art. 1366), all’esecuzione del contratto (art. 1375), alla pendenza della condizione (art. 1358), all’eccezione di inadempimento (art. 1460, comma 2º). L’estesione consente di valutare con il metro della buona fede o, ciò che è lo stesso, della correttezza il comportamento reciproco del creditore e del debitore, quale che sia la fonte da cui è sorta l’obbligazione”.

21 Martins-Costa (2010, p. 693) explica: “Esse dever de agir segundo a probidade e a boa-fé não significa, de modo algum, que haja um dever jurídico geral de adoção de comportamentos conformes à expectativa que os sujeitos geram por suas condutas, o que seria de

À partida, muito embora especialmente trabalhados no direito privado consoante se viu, os deveres não receberam por parte da dogmática constitucionalista caráter de destaque na mesma proporção que os direitos fundamentais. Em outras palavras, mesmo que presentes no constitucionalismo dito cooperativo (HARBELE, 2007), tal figura não granjeou simpatia equivalente aos direitos, mesmo porque impopulares<sup>22</sup>.

Os **deveres fundamentais** são aqueles alocados na cúspide do sistema - a Constituição Federal. Além de rápida passagem sobre a posição atual da dogmática constitucional, cumpre elucidá-los em relação ao conceito, escopos, fundamento e regime.

## EM BUSCA DA CONCEITUAÇÃO PRÓXIMA

É conhecido o pensamento filosófico<sup>23</sup> que acusa o **crepúsculo do dever** na sociedade em decorrência do ‘coletivismo de egoísmos’ e que descreve um novo individualismo, que só reclama por direitos. O dever nessas circunstâncias teria assento debilitado, sendo evitado pelos partícipes da sociedade. Contudo, mesmo que crível esse olhar do observador externo, é pelas mesmas mãos da filosofia - em especial da ética<sup>24</sup> - que o dever retorna. Parodiando Windscheid (quando da teoria da pressuposição do negócio jurídico), no ocaso do dever: “expulso pela porta, volta pela janela” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 1.032).

Posta dessa maneira, essa visão evidencia, em especial na Europa do pós-guerra, que os deveres deixaram de ter notabilidade, considerando-se a queda de regimes totalitários e autoritários, o que revelou a necessidade de indicação de direitos fundamentais. Essa necessidade não

---

todo absurdo, sabendo-se que ‘o simples acalantar de uma expectativa não chega para fundar uma vinculação à sua realização’. O que há, em certas circunstâncias, é, por força da boa-fé objetiva em sua conexão com as situações de confiança, o nascimento de deveres tendentes a evitar nos parceiros pré-negociais representações injustificadas - e injustificadas em razão da especial posição assumida pelos sujeitos - bem como a prevenir danos ocasionáveis pela especial aproximação que os interessados mantiveram. Os negociadores, conquanto ainda não vinculados por deveres de prestação, se devem, reciprocamente, o resguardo contra danos resultantes de uma violação dos deveres de proteção derivados do imperativo de agir segundo a boa-fé (art. 422) no período das tratativas. Significa dizer, portanto que, no curso das negociações preparatórias de um contrato existe entre os interessados uma relação jurídica obrigacional de fonte legal, sem deveres primários de prestação, mas que se pode revestir por deveres de proteção”.

22 Lombardi (2007, p. 569) afirma: “I doveri dunque sono anzitutto impopolari e poi sono ostici perché esiste come una cesura tra essi e i diritti: infatti diritti e doveri possono essere considerati reciprocamente legati solo in alcuni e importanti casi ma non in tutti, e non è affatto vero che rappresentino sempre le due facce di una stessa medaglia”.

23 “Sociedade pós-moralista é a designação de uma época em que o sentido do dever é edulcorado e debilitado, em que a noção de sacrifício pessoal perdeu sua justificação social, em que a moral já não exige o devotamento a um fim superior, em que os direitos subjetivos preponderam sobre os mandamentos imperativos, em que as lições de moral são encobertas pelo fulgor de uma vida melhor, do irradiante sol das férias de verão, do banal passatempo das mídias” (LIPOVETSKY, 2005, p. 27).

24 Jonas (2006, p. 90), especialmente na abordagem intergeracional: “É de um dever desse tipo que se trata, no caso da responsabilidade e relação à humanidade futura”.

foi apenas para consagração da liberdade e inclusão social do cidadão, mas também no estabelecimento de rigorosos limites ao agir do Estado<sup>25</sup>.

A rigor, pode ser averbado que a maioria das Constituições democráticas, inclusive a brasileira, a despeito de alocar os deveres fundamentais em epígrafe ao lado dos direitos fundamentais, não cuida em distribuir idêntico tratamento e destaque, estando desprovidos de sistematização ou enumeração, bem como de eficácia necessária. Aliás, o mesmo decorre com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual os deveres ganham indicação única, genérica e assistemática<sup>26</sup>.

Apenas *en passant* registre-se que os direitos fundamentais dispõem de sistematização e metodologia respeitável pela dogmática constitucional, no que concerne: i) à classificação, conforme passagem explorada tanto por Jellinek (direitos públicos subjetivos distribuídos como *status passivus*, *status negativus*, *status activus* e *status positivus*) (SARLET, 2004, p. 166), como por Alexy (direitos de defesa e direitos de prestação, estes subdivididos em: procedimentais, prestacionais e de proteção) (ALEXY, 2008, p. 430); ii) à eficácia, aludindo-se tanto à verticalidade como horizontalidade<sup>27</sup>, de forma direta e imediata (NOVAIS, 2007, p. 378); iii) à disciplina de restrições às intervenções do público<sup>28</sup>; e iv) à proibição ou limitação à revisão constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 65).

O avanço doutrinário referente aos deveres fundamentais, portanto, tem caminho extremamente penoso, o que por si só demonstra desperdício de demais alternativas jurídicas de efetividade na tutela e promoção constitucional à pessoa

25 Falcón Y Tella (2011, p. 361) ressalta: “Finalmente queremos deixar consignada a existência de uma problemática filosófica em torno da qual é o ‘prius’ lógico, o que vai primeiro, o direito subjetivo ou o dever jurídico. De uma perspectiva individualista, dar-se-ia prioridade ao primeiro, ao direito subjetivo. Entretanto, desde posturas totalitárias – assim, por exemplo, no período entre guerras, o nacional-socialismo alemão, o fascismo italiano ou a experiência comunista na URSS – sobressaem os deveres jurídicos – que se têm assim como membro de uma raça (a ária), de uma nação (no nacionalismo italiano), ou de uma classe social (o proletariado ou a burguesia). Finalmente, encontra-se um ponto de equilíbrio entre ambas as entidades – direitos e deveres –, desde posições próximas ao personalismo cristão”.

26 Art. XXIX. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

27 Steinmetz (2004, p. 83) entende que: “No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo o poder, (i) ora no seio do Estado, com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos de poder e eventual obtenção de vantagens (apropriação privada do Estado), (ii) ora com o Estado, hipótese na qual grupo(s) privado(s) se aliam aos governantes e/ou à burocracia estatal para fragilizar, restringir, neutralizar ou até impedir a ação de outro(s) grupo(s) privados, e (iii) ora contra o Estado, e.g., ataques especulativos orquestrados por megagrupos financeiros privados nacionais e, sobretudo, internacionais”.

28 O regime de análise de intervenção do Estado nos direitos fundamentais pressupõe alguns requisitos: previsão na Constituição; previsão em leis ordinárias; não retroatividade de disposição que trate de intervenção; proporcionalidade; respeitado o conteúdo nuclear do direito fundamental. (CANARIS, 2003; NABAIS, 2009).

humana (especialmente as vulneráveis), bem como desprezo à melhor hermenêutica de comprovação da coerência do sistema jurídico.

Inicialmente há de se atentar à inexistência de acessoriedade dos deveres fundamentais com direitos fundamentais. Mesmo que possam se atracar, não trazem entre si relação de dependência (observe-se o dever do serviço militar, por exemplo), senão posições dialógicas em busca da análise da situação jurídica complexa e em consequência a aplicação do direito. Em outras palavras: tanto podem ser reflexos, como garantidores ou autônomos aos direitos fundamentais.

Igualmente os deveres fundamentais não se reduzem à manifestação de poder estatal (soberania). Representam figura jurídica com arrimo na fundamentabilidade das normas constitucionais de promoção da pessoa (próprio das constituições democráticas) e, por conseguinte, na ordem de composição da chamada **constituição polifacética**<sup>29</sup>, faz-se inserir no elemento de ordem limitativa, ao lado dos direitos fundamentais.

Anote-se com tranquilidade que mesmo não havendo exclusivamente relação reflexiva entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, consoante já se viu, na relação pessoa-sociedade, a existência de direitos somente se legitima a partir da distribuição de deveres, afinal “querer fundamentar os direitos humanos sem referi-los aos deveres morais e aos valores morais carece de sentido” (ROBLES, 1997, p. 36).

Assim, o conceito a partir de agora é de fácil visualização: a pessoa deve exercer os seus direitos mediante os cuidados com a sociedade ou bem comum<sup>30</sup>. Destarte, os deveres fundamentais

são deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, à satisfação de necessidades básicas ou que afetem a setores especialmente importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional. (MARTÍNEZ PECES-BARBA, 1987, p. 336).

Em outras palavras: sujeição da pessoa ao interesse público valorado no âmbito constitucional, com exigência de exercício equilibrado dos direitos fundamentais.

Nabais (2007), em alentado estudo, comprova a autonomia dos deveres fundamentais, como figura jurídica essencial

29 Segundo Silva (2001, p. 44), dentre os outros elementos estão: i) elementos orgânicos (estrutura do Estado e distribuição do poder); ii) elementos sócio-ideológicos (indicativos de normas liberais e normas de cunho social); iii) elementos de estabilização constitucional (resolução de conflitos entre normas e defesa da normatividade constitucional); iv) elementos de eficácia (que tratam da aplicabilidade das normas constitucionais).

30 Confira neste desiderato Nabais (2009, p. 31): “por outras palavras, há que ter em conta a concepção do homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais [...] a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade”.

à convivência comunitária, a partir da **condição humana constitucional**. Neste ponto, estabelece que o **estatuto constitucional do indivíduo** caracteriza-se não apenas pelos direitos fundamentais que lhe dotam de liberdade, mas também de deveres fundamentais identificadores de responsabilidade:

Os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional própria, expressão imediata ou directa de valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais. O que não impede, e embora isso pareça paradoxal, que os deveres fundamentais ainda integrem a matéria de direitos fundamentais, pois que, constituindo eles a activação e mobilização constitucionais das liberdades e patrimónios dos titulares dos direitos fundamentais para a realização do bem comum ou do interesse público (primário), se apresentam, em certa medida, como um conceito correlativo, contraste delimitador do conceito de direitos fundamentais (NABAIS, 2007, p. 222).

## DEVERES FUNDAMENTAIS E RACIONALIDADE TELEOLÓGICA

Para a doutrina majoritária, mas ainda incipiente, os deveres fundamentais fixados normativamente nas Constituições acabam por informar que há função a ser perseguida com vistas a: i) referendar a responsabilidade como limite à liberdade; ii) tutelar a ordem pública; e iii) atingir o bem comum da sociedade democrática (NABAIS, 2009, p. 30).

Vejamos os três escopos.

A abordagem compartilhada entre liberdade - direitos fundamentais - e responsabilidade - deveres fundamentais - não é novidade no sistema jurídico. Observe-se o exemplo evolutivo do abuso do direito<sup>31</sup> ou mesmo da funcionalização dos institutos jurídicos<sup>32</sup>. É justamente nesse assento que a noção de dever fundamental extrapola qualquer afirmação ou semelhança com poder jurídico estatal ou manifestação de soberania, já que a vida na sociedade pós-moderna - caracterizada pelo acendrado culto às regras de mercado global e pela desproporcional

31 Importante o paralelo entre direito subjetivo e interesse legítimo feito por Josserand (1927, p. 362): "Les facultés subjectives sont conférées à l'homme par les pouvoirs publics en vue de la satisfaction de ses intérêts, non pas d'intérêts quelconques certes, mais d'intérêts légitimes".

32 Marques e Miragem (2012, p. 196) explicam a liberdade a partir do vulnerável que não tem como sequer garantir sua vontade, senão consentir na vontade do predisponente: "Hoje o foco é a liberdade do outro, do mais fraco. Porém, como ensina o pedagogo Freire, somente aquele que entenda sua situação pode ser verdadeiramente livre. Há um limite, apesar de sua importância, no dever de informar, de esclarecer, de aconselhar. Compensar a fraqueza não pode ser apenas exercido mediante a valorização da informação no direito. O segundo foco é a inclusão. Passamos de medidas que restringiam a liberdade do mais fraco, para protegê-lo, a medidas que visam sua integração na sociedade e o reforço de seu acesso igualitário aos bens, serviços e bem-estar da sociedade atual. Daí que muitas vezes estes dois focos se unem, por exemplo, na proteção contra o assédio de consumo, seja por meio do tempo (e direito de arrependimento ou de cooling-off), seja pela informação (da imposição de deveres para o mais forte, como de crédito responsável). Na esteira da função social dos contratos e da propriedade, o próprio poder que representa o direito e as liberdades é funcionalizado".

atuação efetiva dos poderes públicos - exige compromissos de convergência, coexistência e convivência entre as pessoas, revelando pautas de perspectivas axiológicas. Essa sociedade deve superar a visão oportunista do homo ludens que excelentemente se adequa à figura do homem-sujeito (virtual e antropológico) para afinar-se ao homem-pessoa (real e responsável)<sup>33</sup>: indivíduo de direitos e de deveres.

No mesmo sentido, anota a doutrina italiana:

A liberdade, como expressão da dignidade da pessoa, impõe a valorização da responsabilidade do indivíduo e dos grupos; e, em consequência, a participação pessoal e voluntária na vida política, social e econômica da comunidade. Neste quadro, a atitude favorável ao próximo deve ser concebida, antes de tudo, como uma instância espontânea da pessoa e não somente fruto de conformação determinante das relações sociais<sup>34</sup>. (GIUFFRÈ, 2007, p. 7).

Por fim, remarque-se que o caminho entre a liberdade e a responsabilidade é de mão dupla, o que confere concretude na demonstração de que direitos fundamentais e deveres fundamentais representam lados da mesma moeda. Essa constatação imbrica outro raciocínio convivente: para ter responsabilidade, a pessoa deve ser livre; mas o liberto, antes de agir, deve refletir sobre o ato e suas consequências<sup>35</sup>.

Há, contudo, que se observar o **princípio da repartição**, um tanto de caráter liberalista. Afinal, como se trata de imposição de deveres, sempre radica a necessidade de lei que autorize o Estado a intervir na esfera privada (KERVEGAN, 2007, p. 114).

A ordem pública, por sua vez, também representa escopo teleológico dos deveres fundamentais. Incipiente junto

33 Castanheira Neves (1998, p. 33): "Tanto o homo faber e também simplesmente laborans da sociedade técnica, como ao homo ludens da sociedade do bem-estar à outrance que esvaziou espiritualmente o homem, pretende-se opor a afirmação do homem-pessoa e com todas as implicações axiológicas e éticas do sentido da pessoa. Se no sentido de pessoa se postula a sua dignidade absoluta ao mesmo tempo que se nega a sua identificação ao 'indivíduo' e se recusa o individualismo deste, uma vez compreendido o pressuposto compromisso e recíproco reconhecimento comunitários que aquela comunidade implica, significará também isso não apenas a responsabilidade ética perante a pessoa em todo universo humano (seja imediatamente prático e de conveniência ou não) como igualmente a responsabilidade ética da pessoa relativamente mesmo universo. Tanto é dizer que a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres - não sendo os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas e os deveres exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo de interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática no indivíduo, mas manifestações mesmas de axiologia responsável e responsabilizante da pessoa".

34 "La libertà, quale espressione della dignità della persona, impone la valorizzazione della responsabilità dei singoli e dei gruppi; dunque, la partecipazione personale e volontaria alla vita politica, sociale ed economica della comunità. In questo quadro, anche l'atteggiamento solidale verso il prossimo dovrà essere concepito, innanzi tutto, come una istanza spontanea della persona e non (soltanto) il frutto di una conformazione autoritativa dei rapporti sociali".

35 Sen (2010, p. 361) anota: "O caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla. Sem a liberdade substantiva e a capacidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-la. Mas ter efetivamente liberdade e a capacidade para fazer alguma coisa impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. Nesse sentido, a liberdade é necessária e suficiente para a responsabilidade".

ao direito romano, garantia que os pactos privados não derrogassem o direito público (*privatorum pactio juri publico non derogat*). Posteriormente, aproveitada no *Code Napoleon*, a partir de seu art. 6º, que fez questão de constar a denominação “ordem pública”, a fim de que não houvesse confusão com o “direito público”, justamente para preservar as relações sociais.

sendo mais fácil identificá-la no cotejo da essencialidade do caso concreto frente às hipóteses correntes de assimilação ou argumentação jurídica. De qualquer forma, essa percepção representa algo de positivo, porque a ordem pública passa a ter abordagem diacrônica, acompanhando a evolução temporal dos valores essenciais preponderantes em cada sociedade<sup>38</sup>. Citem-se como exemplos de abandono e de



Tornou-se técnica legislativa para solução de questões privadas ou públicas que estivessem diretamente ligadas a pontos sociais estratégicos, acima de interesses privados ou de interesses públicos secundários, sem que houvesse, no entanto, definição normativa com plenitude de satisfação quanto à sua natureza, conteúdo e aplicabilidade. Convém lembrar a aguda lição de Henri Capitant nesse sentido: “Determinar quais são as leis de ordem pública é coisa difícil, porque é expressão um tanto vaga que o Código não define em nenhuma parte.” (CAPITANT, 1927, p. 60)<sup>36</sup>.

Portanto, mesmo que o ordenamento acabe invocando-a textualmente como técnica de solução, deixa de conceituá-la em suas bases (o que sempre ensejou veementes críticas)<sup>37</sup>,

36 “Déterminer quelles sont les lois d’ordre public est chose difficile, parce qu’il s’agit d’une expression un peu vague que le Code n’a nulle part définie”.

37 Azevedo (2002) refere-se ao que chama de bando dos quatro (ordem pública, função social, interesse público e boa-fé): “Com esses quatro conceitos, o juiz poderia decidir o que bem entendesse, ou seja, podia declarar: Isso não pode valer, porque vai contra a ordem pública, ou esse contrato entre “a” e “b” fere a função social. Entretanto, ninguém definia ordem pública, função social, boa-fé, nem interesse público; e este último seria o pior, porque continua a vigorar até hoje com o mesmo caráter vago. Leio muito em petições de advogados, até em artigos de doutrina, que o interesse público prevalece sobre o privado. A frase não diz absolutamente nada, porque não é verdade. Às vezes a

adoção de caracteres de ordem pública, respectivamente, “a moral sexual”<sup>39</sup> e a função social do contrato e da propriedade<sup>40</sup>.

Além da invocação textual em alguns dispositivos no ordenamento<sup>41</sup>, pode-se dizer que há “pistas” normativas de seu vigor, a partir das consequências atribuídas (inconstitucionalidade, nulidade, ineficácia). Valem, todavia, os conceitos introduzidos pela dogmática, que atribuem à ordem pública certa manifestação de princípios<sup>42</sup> ou de

dignidade humana, que é interesse privado, tem de prevalecer sobre o interesse público. Então, não é tão simples assim”.

38 Maulaurie (1953) explica: “S’inscrivant dans le développement historique, les formules sont déterminées par les exigences philosophiques, politiques et religieuses du droit le quel elles s’exercent”.

39 No Código Civil de 1916, o art. 219 indicava a possibilidade de anulação do matrimônio pelo marido quanto ao erro sobre a pessoa da esposa em relação a defloramento prévio e ignorado (inc. IV).

40 No atual Código civil o parágrafo único do art. 2.035 estatuiu a função social da propriedade e do contrato como preceitos de ordem pública.

41 Mirem-se os exemplos: CF, art. 34, inc. III, arts. 136 e 144; CDC, art. 1º; CC, arts. 20, 122, 606, parágrafo único, arts. 1.125 e 2.035, parágrafo único.

42 Castex (1974, p. 110) conceitua a ordem pública como “el conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos, a los cuales se

organização social<sup>43</sup> ou quando muito suas características<sup>44</sup>, a saber: i) qualidade intrínseca de certas leis; ii) trata-se de exceção e não de regra constante; iii) encontra-se em gênero superior às chamadas leis imperativas, porque nem toda lei imperativa é de ordem pública (como no caso de anulação de negócio jurídico celebrado por relativamente incapaz sem assistência: CC, art. 171) (PIÑON, 2008, p. 12), mas toda questão de ordem pública é imperativa.

O berço axiológico da ordem pública é a Constituição, porque estando no ápice da pirâmide do sistema jurídico condiciona a validade e eficácia das leis inferiores; ademais é Estatuto dotado de princípios que, apesar da baixa capacidade descritiva (vagueza), detêm enorme densidade valorativa (conteúdo moral) (DWORKIN, 2007, p. 127), dispensando regras infraconstitucionais regulamentárias, dado o caráter normativo dever-ser de aplicação direta e imediata. Em outras palavras, a ordem pública constitucional manifesta-se através de princípios, que estruturam o poder e emolduram o projeto de vida da sociedade civil (PIÑON, 2008, p. 9).

Da mesma forma está presente no direito internacional, porque, no conflito de leis, a ordem pública acaba sendo invocada para a proteção dos valores essenciais do foro<sup>45</sup> frente aos demais elementos de conexão<sup>46</sup>, o que aliás está positivado na Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (art. 17). Contudo, mesmo no âmbito internacional de tutela da pessoa vulnerável, a ordem pública pode apresentar-se insuficiente, porque o real escopo da necessária promoção não é a qualidade da norma, senão o reequilíbrio entre o fraco perante o forte<sup>47</sup>, o que pode modificar a pauta do direito internacional privado para alocar como elemento

de conexão a vulnerabilidade<sup>48</sup>, expressão máxima dos direitos humanos de quarta geração.

A ordem pública na legislação infraconstitucional sempre é aquela determinante de nulidade dos atos e negócios jurídicos ou de ineficácia, caso não observada a disposição de amplo interesse social ali descrito. No entanto, se assim ela nasceu nos códigos novecentistas, hoje alcança outras plagas e tem nova taxonomia, como no caso da **ordem pública econômica** (economia de mercado socialmente responsável) (FARJAT, 1996, p. 40), **procedimental** (consentimento esclarecido) (LORENZETTI, 2005, p. 18), **de proteção à parte débil** (reconhecimento da vulnerabilidade) (LÓPEZ CABANA, 1998, p. 7) e **de direção** (estabelecimentos de princípios vetores da Constituição econômica)<sup>49</sup>.

Derradeiro escopo dos deveres fundamentais é o bem comum. A fórmula jurídica “bem comum” se apresenta numa diversidade conceitual vastíssima, tanto em concepções filosóficas<sup>50</sup>, quanto sociológicas e eminentemente jurídicas, mas não chega a ser aporia. Melhor: se faz como ideário do direito natural, outrora abandonado pelo normativismo jurídico e recuperado por Radbruch (1962).

Tomás de Aquino idealiza o bem comum como expressão da felicidade geral (ABBAGNANO, 1963, p. 133). Recaséns Siches obtempera que a interpretação de determinada norma deve atender as consequências mais justas, segundo princípios axiológicos (SICHES, 1953, p. 18). Maria Helena Diniz, conceituada tratadista do direito pátrio, salienta:

A noção de “bem comum” é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de múltiplos elementos ou fatores, o que dará origem a várias definições. Assim se reconhecem, geralmente, como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação. O bem comum não resulta da justaposição mecânica desses elementos, mas de sua harmonização em face da realidade sociológica. (DINIZ, 2009, p. 172-173).

Num âmbito coletivo, especialmente considerando a necessidade de concretude da justiça que interessa a toda coletividade, até mesmo partes não envolvidas em determinada situação jurídica posta em julgamento sofrem efeitos pedagógicos da decisão ali profligada (jurisprudência). Neste caso, é a preservação do sistema jurídico (ou o ordenamento) o bem comum que a todos pertence (TELLES JÚNIOR, 2002, p. 90). Por outro lado, o bem comum pode ser observado como o consenso geral e,

---

*vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”.*

43 Díez-Picazo (1996, p. 129) esclarece: “El orden público es una organización social de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores que quedan sustraídos a la disponibilidad de los particulares”.

44 De Caso (2008, p. 109).

45 Deumier e Revet (2012, p. 1.296) explicam que: “quando se verificou que o sistema conflitualista, designando uma lei estrangeira sem consideração de seu teor, poderia levar à aplicação dessa lei, ainda que ela se chocasse com as concepções essenciais da ordem nacional, o termo ordem pública veio, naturalmente, designar o mecanismo que possibilitasse neutralizar a ação de referida regra”.

46 O direito internacional privado, tendo por escopo deslindar conflitos entre normas de entes estatais diversos, opera mediante exame procedimental considerando as etapas sucessivas de: a) qualificação da situação jurídica; b) identificação do elemento de conexão; c) aplicação da lei competente. (DOLINGER, 1997, p. 260).

47 Marques (2011), com apoio em Boggiano, propõe: “Esta mistura entre o atual DIPr pós-moderno, posterior a American Revolution, e valores sociais claros, deve ser construída examinando o positivo e o negativo das conexões hoje existentes. Assim, por exemplo, se a autonomia de vontade das partes é hoje considerada o mais importante elemento de conexão no comércio internacional, encontra ela um limite no que se refere às relações de consumo. Como ensina Neuhaus, a possibilidade de escolha da lei pelas partes, a autonomia da vontade em DIPr, perde seu sentido se passa a ser instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes. Examinando a Convenção de Haia e a Cidip-IV, o mestre argentino Boggiano propôs para a proteção dos consumidores uma regra de limitada autonomia: a escolha das partes só prevaleceria se fosse esta a melhor lei, a lei mais favorável para o consumidor, devendo, em caso contrário, aplicar-se a lei do domicílio do consumidor. Prevaleceriam como limites gerais à autonomia de vontade as normas de ordem público internacional e as normas de polícia (art. 1.208 CC argentino)”.

---

48 Para um conceito mais apropriado de vulnerabilidade, Marques e Miragem (2012, p. 117) explicam que “Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade, é mais um estado da pessoa, um estado inerente ao risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece o sujeito, desequilibrando a relação”.

49 Mosset Iturraspe (2011, p. 73) ensina: “habíamos logrado consenso en la tarea de extender el orden público, enquisitado en la seguridad pública, a los terrenos donde la noción se mostraba como más provechosa o convenient: el orden público económico, de protección y de dirección; el orden público social y el orden público político”.

50 Para Ráo (2011, p. 301), o conceito de bem comum é “um conceito eminentemente ético, moral”.

a partir disso, como ferramenta de legitimidade (atracada à legalidade) que sustenta determinada sociedade<sup>51</sup>.

Veja-se que a expressão “bem comum” (equivalente a “bem de todos”) é contemplada tanto pela Constituição Federal (art. 3º, inc. IV) quanto pela LINDB (art. 5º).

GARCÍA MÁYNEZ (1974, p. 484) enfrentou o tema com maior profundidade, indicando a existência de teorias conceituais. A primeira, de cunho individualista, em que sociedade e Estado têm por função precípua servir à pessoa e sua liberdade. A segunda, coletivista, pela qual os valores da personalidade devem subordinar-se aos interesses coletivos. Tem-se, pois, um choque entre o egoísmo e o totalitarismo. Talvez, como na hipótese da ordem pública, fossem mais exemplificativas as características do instituto<sup>52</sup>.

É de preferir o conceito proposto por Giorgio Filibeck assim manifestado: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana.” (FILIBEK, 1992, p. 118)<sup>53</sup>.

Nota-se, sem maiores esforços, um traço compartilhado entre o bem comum e os deveres fundamentais. Isso é compreensível, na medida em que, preservando-se os valores e equipamentos sociais, haja possibilidade de acudir os interesses da pessoa. Equilíbrio de forças entre o personalismo e o coletivismo, além de servir à sociedade e à individualidade, o bem comum tem nítido compromisso com a **equidade intergeracional**.

## FUNDAMENTO

O fundamento dos **deveres** fundamentais é também a fonte dos **direitos** fundamentais, qual seja, a pessoa.

Nabais (2009) indica a Constituição como fonte dos deveres fundamentais<sup>54</sup>. Contudo, ao justificar a soberania do

51 Neste sentido, Franco Sobrinho (2011, p. 2013) exemplifica com a revolução e o sistema jurídico a ser instalado: “As situações revolucionárias, para as quais faltam princípios de legitimação histórica, produzem sucessivas comoções políticas que alteram o processo da segurança e da ordem constituídas. A personalização ou a despersonalização do poder conduzem para métodos que arrastam a administração que se transforma em força de Estado ou, de Direito. Os princípios legitimadores chegam depois pelo consenso da existência de um poder em exercício. Então, legitimidade e legalidade, se entrosam absorvendo a natureza do direito ou aquilo que seja direito. O conceito do bem comum, fundado nos princípios éticos do Direito Natural, transforma-se em centro de gravitação do princípio da legitimidade”.

52 Lima (2011, p. 191) sintetiza as características do bem comum, sem que sejam antinômicas: a) finalidade social (escolhida pela coletividade de indivíduos); b) ideia do direito (onde aloca-se a justiça e segurança como principais objetivos); c) meta do direito (ordenamento interagindo com efetividade na concreção dos valores superiores); d) harmonia entre o coletivo e o individual; e) dinâmica e diacrônica, conforme a evolução dos valores.

53 “Le bien commun est l'ensemble de toutes les conditions de la vie sociale que consentent et promouvoient le développement intégral de la personne humaine”.

54 Nabais (2009, p. 61): “Um outro aspecto relativo aos deveres fundamentais prende-se com o fundamento, a razão de ser, o porquê jurídico de cada um deles. Fundamento que obviamente não pode

Estado manifestada pela Constituição, o autor afirma que ela somente se sustenta pela dignidade da pessoa humana. Assim, ele tratou de fonte jurídica, mas não de fonte **jurígena** - expressão mais ampla e consentânea aos fatos sociais valorados pelo direito (NORONHA, 2004, p. 369).

É certo que, para os direitos fundamentais (e de toda sorte a matéria é também aplicável aos deveres fundamentais, pois, como se viu, ambos fazem parte dos elementos limitativos da constituição de múltiplas faces), vozes autorizadas afirmam que a dignidade da pessoa humana é a base central de seguidas positizações. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 60).

Todavia, há também outras manifestações que consideram que a dignidade, por si só, é mero qualitativo ou atributo, e não a substância em si. Dessa forma, a pessoa é o fundamento primeiro do direito<sup>55</sup>.

Ora, há aqui - e isso por certo auxilia na compreensão dos deveres fundamentais - o entrelaçamento sistêmico adequado que permite cotejar fundamento e escopos de referida figura jurídica jusfundamental. Isso porque o uso da liberdade sem responsabilidade, a vulneração da ordem pública, o agir desprovido de análises consequencialistas e com desvio de atendimento ao bem comum **não legitimam o livre desenvolvimento da pessoa humana**. Essa hipótese é característica da Lei Fundamental Alemã (LFA), que autoriza a perda dos direitos fundamentais. Mesmo não constando na LFA a expressão “deveres”, as razões da perda dos direitos fundamentais se assemelham aos escopos dos deveres fundamentais, considerando a ideia subjacente de limites<sup>56</sup>.

deixar de ser a própria constituição: nesta há de ter em termos expressos ou implícitos cada dever fundamental o seu suporte ou a sua base (...)”. No entanto, na página anterior, não deixa dúvidas: “Ou seja, por outras palavras, a instituição ou não de deveres fundamentais repousa, em larguíssima medida, na soberania do estado enquanto comunidade organizada, soberania que não pode, todavia, fazer tábua rasa da dignidade humana, ou seja, da ideia da pessoa humana como princípio e fim da sociedade e do estado, ideia esta que assim rejeita claramente a concepção de Ch. Gussy que dissolve os deveres fundamentais na soberania do estado”.

55 Ascensão (2011, p. 43) adverte: “Mas a dignidade da pessoa, sucessivamente reafirmada, passou a ser invocada como a base das soluções jurídicas em que a pessoa possa estar implicada. Este recurso foi sendo cada vez mais ampliado. Ao ponto da dignidade da pessoa se tornar justificação suficiente para qualquer causa. O seu campo de incidência ampliou-se. Sem que se sentisse em contrapartida grande necessidade de demonstrar que a dignidade da pessoa humana implicava efetivamente aquela solução. A dignidade, que é um atributo, passou a ser utilizada como uma substância”.

56 “Artigo 18 [Perda dos direitos fundamentais] Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5

Não sendo a pessoa um ser insular, cabe a ela ter compromissos com a sociedade. Como salienta Canotilho (1982), em respeitável passagem:

Quando na Constituição portuguesa se fala em respeito pela 'dignidade da pessoa humana' não se trata de definir ou consagrar um homo clausus, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como 'centro do espírito', nem impor constitucionalmente uma 'imagem unitária do homem e do mundo', nem ainda 'amarrar' ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica 'processo-homem' e 'processo-realidade' o exercício do poder e as medidas da práxis devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social. (CANOTILHO, 1982, p. 34-35).

## LINHAS GERAIS DA DEVEROSIDADE CONSTITUCIONAL

Em linhas gerais, discorrerei nesta seção sobre a estrutura dos deveres fundamentais, abordando suas dimensões subjetiva e objetiva, classificação e regime jurídico.

Inicialmente, cumpre indicar a dimensão subjetiva dos deveres fundamentais. Para tanto, parte-se para a análise dos titulares e destinatários envolvidos nesta figura jurídica. Os titulares são aqueles que podem exigir o cumprimento dos deveres fundamentais, destacando-se: i) o Estado; ii) a sociedade; iii) grupos específicos identificados constitucionalmente; e iv) o indivíduo em circunstâncias próprias.

O Estado é titular histórico e clássico dos deveres fundamentais de forma a exigir-los dos cidadãos, especialmente quando se observam as figuras autônomas do **dever de prestação do serviço militar** (para garantir a liberdade interna), **do dever de pagar impostos** (como legitimação da propriedade), **do dever de votar** (participação política do cidadão) e o **dever de colaboração com a administração eleitoral** (auxílio na condução dos trabalhos eleitorais). Hoje pode-se acrescentar o **dever de prestar contas**, que vige autonomamente, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

A sociedade também é exigente de deveres fundamentais, especialmente os relacionados ao axioma da **solidariedade** (aportes econômicos, urbanos, ecológicos, culturais, educacionais, trabalhistas, previdenciários, de saúde etc.) (DEMOGUE, 1987, p. 167). Isso demonstra que todos têm parcelas de responsabilidade com a existência, estruturação e funcionamento da comunidade (NABAIS, 2007, p. 296).

§1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão". (ALEMANHA, 1949).

Neste viés, é pertinente a lição clássica de Léon Bourgeois: *"l'homme n'est seulement une intelligence, qui par la science s'explique la nature; il est en même temps une conscience"* (BOURGEOIS, 1907, p. 31).

Os deveres fundamentais são ainda titularizados a **agentes constitucionalmente identificados** (MARQUES, 2002, p. 776) e que apresentam exigências especiais. Por exemplo, no caso da criança e do adolescente (CF, art. 227), cabe diretamente à família e ao Estado o dever de proteção geral. Idêntica titularização corre a favor do idoso (CF, art. 230), do índio (CF, art. 231) e do consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII). Neste caso, trata-se de direito-dever de livre desenvolvimento da personalidade.

Por fim, o titular pode ser determinada pessoa, conforme situação jurídica própria, não alocada em grupo vulnerável específico, como no caso de o interessado exigir fé nos documentos públicos expedidos pela Administração Pública (art. 19, II, da CF).

Já os destinatários dos deveres fundamentais são aqueles obrigados a cumpri-los. Por isso, geralmente são todos os indivíduos, o que indica deveres fundamentais gerais. Igualmente, pode-se falar em apenas alguns grupos com deveres fundamentais específicos, por exemplo, proprietários, eleitores, servidores públicos.

Tenha-se, contudo, que o Estado, a despeito de ser titular dos deveres, ainda pode ser seu destinatário. Assim, é também encarregado de cumpri-los, em conformidade com os escopos constitucionais. É como indica Nabais (2007):

De assinalar, a este propósito, que a titularidade activa dos deveres fundamentais não esgota toda posição jurídica dos respectivos titulares – o estado e outras entidades públicas. Com efeito, estes, para além da posição activa ou de vantagem (contrapartida da imposição dos deveres), têm por via de regra também uma posição passiva ou de obrigação expressa, quer na organização e funcionamento de serviços administrativos especializados (por exemplo, os serviços tributários quanto ao dever de pagar impostos, a administração eleitoral quanto aos deveres eleitorais, os serviços e recrutamento, instrução e enquadramento quanto ao dever de serviço militar etc.), quer na realização de tarefas estaduais e no cumprimento de imposições constitucionais (como acontece com a generalidade dos deveres de carácter económico, social ou cultural que normalmente são também direitos). (NABAIS, 2007, p. 299).

Neste caso, destacam-se entre os deveres fundamentais do Estado justamente as chamadas **função política, função administrativa e função jurisdicional** (MIRANDA, 2009, p. 374). Corroborar esta atenta observação a doutrina nacional:

A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos deveres sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizado com medidas apropriadas (e não por meio de simples omissão de intervenção, tal como nos direitos individuais). (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 65).

A dimensão objetiva espelha os deveres fundamentais como expressão valorativa e ao mesmo tempo deontológica da Constituição. Por isso, assim como os direitos, os deveres fundamentais manifestam-se mediante princípios

constitucionais que lhes atribuem suporte normativo<sup>57</sup>. De outro lado, os deveres fundamentais ainda permitem fixar a ideia estruturante do sistema constitucional, possibilitando: i) fiscalização de norma ou atos do poder público por inconstitucionalidade (MIRANDA, 2009, 437); ii) interpretação conforme a Constituição (CASTRO, 2003); iii) ponderação com demais figuras constitucionais (NOVAIS, 2010, p. 639); iv) universalidade; v) igualdade.

Em relação à classificação, a teoria geral cuidou de apresentar essencialmente três recortes para os deveres em geral: i) quanto ao modo, dever positivo (*facere*) ou negativo (*non facere*); ii) quanto ao sujeito passivo em sujeição, dever geral (toda a sociedade) e dever específico (determinada pessoa ou setor); iii) quanto ao objeto, dever *ad personam* (personalíssimo) e dever *ob rem* (coisa) (FALCÓN Y TELLÁ, 2011, p. 360).

Contudo, frente aos deveres fundamentais, outras subdivisões podem ser verificadas. Em primeiro, destacam-se deveres de acordo com a ideologia dominante à época da concepção do Estado (BONAVIDES, 2001, p. 183). No Estado liberal, decorreram (e se mantêm) os deveres fundamentais de pagar imposto, de serviço militar, de votar, bem como o dever fundamental do Estado de omitir-se frente aos direitos individuais (deveres de abstenção). Já no Estado social, avultam-se os chamados interesses econômicos, de saúde, previdenciários, culturais etc., amplamente recepcionados e ampliados pelo Estado contemporâneo (modelo pós-positivista constitucional), impondo ao mínimo dois deveres: i) o dever de proteção pelo Estado, contra agressões próprias estatais ou de terceiros particulares<sup>58</sup>; ii) o dever de solidariedade entre os cidadãos.

Quanto ao primeiro, é possível afirmar que:

A razão suprema de ser do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade.

Os deveres de proteção do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, de modo a remover os 'obstáculos' de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. (SARLET, 2011, p. 863).

57 Por exemplo, o dever de votar é estabelecido mediante o princípio e fundamento da soberania (CF, art. 14, § 1º, inciso I).

58 Assinala Novais (op. cit., p. 86): "Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças providas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais".

Em relação ao dever de solidariedade, tenha-se a excelente lembrança que se faz presente na associação entre os cidadãos para fortalecimento da sociedade, porque desde quando nasce, a pessoa acumula conhecimento, experiência, saber e construções adquiridos pelas gerações primitivas, sendo toda pessoa devedora em potencial do desenvolvimento da comunidade e das gerações futuras<sup>59</sup>.

O dever de solidariedade encontra-se amplamente anotado como escopo da República Federal do Brasil na formação da sociedade (presente e futura), pressupondo a dignidade compartilhada e não isolada<sup>60</sup>.

Noutro prumo, e se cotejados junto aos direitos, os deveres fundamentais ainda persistem, contudo, em dois recortes analíticos. Ter-se-ão **deveres fundamentais autônomos**, que existem independentemente de coincidência com os direitos fundamentais (como no caso do serviço militar) (NABAIS, 2007, p. 300). Ao passo que **deveres fundamentais não autônomos** são visíveis quando compartilham a norma jusfundamental com os direitos fundamentais. Em outras palavras: do texto normativo vislumbra-se tanto dever como direito com conteúdo coincidente (**direitos-deveres** ou **deveres-direitos**).

Estes últimos são comuns quando se trata de suportes jurídicos jusfundamentais, referentes a valores econômicos, sociais, culturais e ecológicos. Como na hipótese do consumidor considerado a partir do inciso XXXII do art. 5º da CF, que estabelece de forma evidente o **dever de proteção** por parte do Estado àquele cidadão vulnerável, titular de direitos fundamentais perante a ambiência humana: mercado, poderes públicos e sociedade civil<sup>61</sup>. Também no exemplo do inciso I do art. 3º da CF, que fixa **dever de solidariedade** entre os partícipes da relação jurídica de consumo e os demais valores constitucionais - meio ambiente, educação, ordem econômica etc.

Por fim, os deveres ainda podem ser contemplados quanto à abrangência constitucional, sendo identificados do viés mais profundamente jusfundamental até à órbita

59 Bourgeois (1896, p. 47) esclarece a dívida social entre os cidadãos: "En entrant dans l'association, il y prend sa part d'un héritage accumulé par les ancêtres de lui-même et de tous; en naissant, il commence à jouir d'un capital immense qu'ont épargné d'autres générations antérieures. Auguste Comte a depuis longtemps mis ce fait en pleine lumière: 'Nous naissons chargés d'obligations de toute sorte envers la société'. Ce que Renan dit des hommes de génie: 'Chacun d'eux est un capital accumulé de plusieurs générations', est vrai non pas seulement des hommes de génie, mais de tous les hommes".

60 Miranda (2011, p. 1.115) aborda a questão: "A pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com as demais. A dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros. Onde, em geral, a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n. 1), assim como o direito de resposta e de rectificação na imprensa (art. 37.º, n. 4), os direitos dos trabalhadores no trabalho (art. 59.º), os direitos dos consumidores (art. 60.º), os deveres de respeito e solidariedade para com os cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º, n. 2) ou o espírito de tolerância na educação (art. 73.º, n. 2). Nas palavras de Kant: 'Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade'".

61 Art. 5º, inciso XXXII: "O Estado, na forma da lei, promoverá a defesa do consumidor".

meramente regulamentadora. Daí podem-se observar: i) deveres fundamentais (os quais, como se viu, são subjetivos e relacionados ao estatuto constitucional do cidadão); ii) deveres constitucionais (presentes na Constituição, dizem respeito, no entanto, à forma organizacional do Estado, como no exemplo do art. 78, pelo qual o Presidente da República, ao tomar posse perante o Congresso Nacional, tem o dever de prestar compromisso à Constituição Federal); iii) deveres legais (verificados na legislação infraconstitucional, oriundos de determinação constitucional).

Quanto ao regime jurídico, duas rápidas constatações se impõem em relação aos deveres fundamentais.

Em primeiro lugar, os deveres fundamentais, por expressarem obrigatoriedade, não detêm eficácia direta e imediata (ANDRADE, 2004, p. 170), como ocorre com os direitos e garantias fundamentais, nos termos do § 1º do art. 5º da CF<sup>62</sup>. É porque há a necessidade de estabelecimento de limites ao empenho e concretude da deverosidade, especialmente no que respeita ao princípio da segurança jurídica.

Neste ponto, além da eficácia direta e imediata ser tocada exclusivamente aos direitos e garantias fundamentais (estas últimas no sentido de remédios processuais para fazer valer os direitos), ainda na Constituição Federal decorre, topograficamente, no art. 5º, inciso II, a exigibilidade de lei para o estabelecimento de obrigações prévias (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), exortando o princípio da legalidade.

Veja-se que, para o estabelecimento do sistema normativo de promoção da situação jurídica do consumidor, há comando constitucional que conclama lei ordinária para dar concretude a esse direito-dever fundamental. É como referenda a cuidadosa doutrina:

A Constituição, ao determinar no art. 48 do ADCT, a realização de um Código de Defesa do Consumidor, estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficaz da norma constitucional consagradora do direito fundamental (art. 5º, XXXII), que tinha seus efeitos integrais condicionados à produção de lei – portanto norma de eficácia limitada. (MIRAGEM, 2010, p. 47).

Em segundo lugar, importante antever que os deveres fundamentais representam também não apenas a limitação de direitos fundamentais, senão garantia constitucional para o implemento destes, de forma preventiva.

62 A esse respeito, Canotilho (2003, p. 535) diz: “Ressalvando, porventura, alguns deveres “diretamente exigíveis” como, por ex., o dever de educação dos filhos (cfr. CRP, ART. 36.º/3 e 5), a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma ‘interpositio’ legislativa necessária para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres. As normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se, pois, à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional, e, por isso, carecem de mediação legislativa. Não se trata, propriamente, de “normas programáticas de deveres fundamentais” no velho sentido oitocentista (“declarações”, “programas”) como pretende certa doutrina, mas tão-só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa”.

O que se quer explicitar é que as garantias não são apenas aquelas de **ordem repressiva**, para sancionar graves violações aos direitos fundamentais, afinadas como remédios constitucionais (direito processual constitucional) (DANTAS, 2001, p. 881), mas também de **ordem preventiva**, ensejando limites ao exercício dos direitos fundamentais, bem como à atuação do poder estatal (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 68).

## OS DEVERES FUNDAMENTAIS NA TUTELA DO CONSUMIDOR E ALGUNS DE SEUS DESDOBRAMENTOS

Com a brevidade que foi minimamente possível, cuidou-se inicialmente da abordagem mais festejada pela doutrina quanto ao direito do consumidor: direito humano e direito fundamental (o que não afasta outras possibilidades na figura de ‘direito’)<sup>63</sup>. Posteriormente, foi dedicado estudo quanto aos deveres fundamentais.

Cumprido, agora, situá-los em relação ao direito do consumidor, indicando este importante elemento limitativo constitucional na dogmática concentrada. Busca-se tal correspondência novamente por tópicos.

## ANÁLISE COMPARATIVA QUANTO AO FUNDAMENTO

Não há dúvidas de que o fundamento dos deveres fundamentais é altamente pertinente ao direito do consumidor. Sendo a pessoa o fundamento da deverosidade, vislumbra-se com facilidade tal incidência no CDC. Isso porque o conceito de relação de consumo inicia-se pela pessoa física, não profissional, não especialista, caracterizada pela vulnerabilidade e destinatária do produto e serviço como exauriente.

Esse ponto de encontro entre a deverosidade e o CDC dá ainda maior vazão à teoria finalista como método diferenciador das pessoas em ambiente de mercado (MARQUES, 2002, p. 253). A respeito:

A defesa da interpretação finalista parte do pressuposto de que o CDC constitui uma lei especial de proteção ao consumidor, logo sua aplicação deve ser estritamente vinculada à finalidade desta lei. Em outros termos, sustenta-se que a lei, uma vez que visa reequilibrar uma relação manifestamente desigual, não pode ser aplicada extensivamente, sob pena de produzir outras desigualdades (proteger quem não tem necessidade ou legitimidade para merecer proteção (MIRAGEM, 2010, p. 92).

63 Miragem (2004, p. 75) fornece abalizado material de demonstração de direitos da personalidade inseridos na posição jurídica de determinada pessoa nas relações jurídicas de consumo. Nestas circunstâncias, designa essa situação como direitos da personalidade do consumidor.

## O COTEJO ENTRE ESCOPOS

De outro lado, se os escopos dos deveres fundamentais partem para a responsabilidade como limite da liberdade, respeito à ordem pública e bem comum, novamente percebe-se plena adequação com a lei ordinária protetiva do consumidor.

No plano da responsabilidade, é notório compreender que o CDC contempla verdadeiro sistema alvissareiro e propositivo quanto à responsabilidade civil. Rememorando que os deveres fundamentais são fonte de deveres legais, enfatizamos que o CDC tem capítulo especial quanto ao **dever de segurança** frente aos produtos e serviços colocados no mercado de consumo pelo fabricante e produtor (CDC, arts. 8º a 10).

Verdadeiro realce significativo e normativo-axiológico, pois trata-se dos princípios da prevenção (risco conhecido a ser evitado) e da precaução (risco desconhecido a ser debelado) (MARQUES, 2010, p. 359), dando ensejo à responsabilidade civil *ex ante* (responsabilidade civil preventiva). Daí que não é equivocado o nascimento de demais deveres mais específicos: como o **dever de prevenção** (CDC, art. 6º, inciso VI) e o **dever de precaução** (CDC, art. 39, inc. VIII).

Em outras palavras, cria-se sistema não só de indenizabilidade, como também de evitabilidade de dano, através de nexo de imputação essencial à promoção do consumidor inserido no mercado da sociedade de risco: o **dever de segurança** (BENJAMIM, 2010, p. 138). Tal dever liga a conduta daquele quem colocou o produto no mercado aos eventuais defeitos de concepção, execução e informação.

Esse mesmo nexo de imputação imprime igualmente outra ótica na responsabilidade civil da seara consumerista. É que, se entre os direitos do consumidor está a proteção à saúde e à vida, poderá haver obrigação de indenizar por danos extrapatrimoniais, mesmo que não haja dano corporal ou biológico consolidado, quando da ausência do dever de segurança por parte do fabricante no fornecimento de produtos ou serviços, já que tal incumprimento normativo expõe o consumidor a risco exacerbado e desnecessário que atenta contra direitos personalíssimos, especialmente a **turbação da confiança expectada** (COSTA, 2005, p. 185).

Tome-se o exemplo da compra de produto alimentício com defeito de fabricação: mesmo que não haja sua ingestão, a ausência do dever de segurança agride a expectativa do consumidor, pela posição de pessoa vulnerável, quanto à sua inerente proteção, fulminando o direito fundamental à alimentação adequada. Ou seja, o risco exagerado é o próprio resultado (dano) gerador da compensação extrapatrimonial, já que o defeito decorre simplesmente da ausência de segurança que do produto se tem expectativa<sup>64</sup>: turba-se a confiança depositada.

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. , Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014. Ementa: A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral. “A lei consumerista protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica, etc. Segundo o art. 8º do CDC, “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. Tem-se, assim, a

Outros deveres ainda podem ser observados no vastíssimo campo consumerista da responsabilidade civil. Exemplo é o dever de informação. Marques e Miragem (2011), em investigação dogmática referente à constitucionalidade das restrições legais às publicidades para venda de bebidas e tabaco, realçam o dever de informar:

Quanto ao dever de informar fatos/riscos notórios e seus efeitos no caso de eventual dano-morte ao consumidor, tem sido objeto da defesa das empresas fabricantes de tabaco, em inúmeras ações que contra si estão sendo interpostas por consumidores vítimas dos efeitos nocivos do tabaco, a alegação que “os riscos do tabaco já eram conhecidos”.

Sabe-se que cerca de 50% dos consumidores destes produtos têm sua morte e doenças ligadas ao tabagismo. Aqui devemos lembrar que, no direito privado, o dever de informar de boa-fé é daquele que lucra com a atividade (*cujus commudum, ejus periculum*), daquele expert que detém a ‘melhor’ informação e que conhece o perigo (*Verkehrssicherungspflichten*). (MARQUES; MIRAGEM, 2011, p. 137).

No plano da ordem pública, a deverosidade mantém nítido aproveitamento pelo CDC em todas as etapas de sua hermenêutica, interpretação e aplicação.

Ora, sob esse apontamento é consentâneo perceber que o art. 1º do CDC trata o estatuto consumerista, por inteiro,

existência de um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde ou segurança do consumidor sejam colocadas sob risco. Vale dizer, o CDC tutela o dano ainda em sua potencialidade, buscando prevenir sua ocorrência efetiva (o art. 8º diz “não acarretarão riscos”, não diz necessariamente “danos”). Desse dever imposto pela lei, decorre a responsabilidade do fornecedor de “reparar o dano causado ao consumidor por defeitos decorrentes de [...] fabricação [...] de seus produtos” (art. 12 do CDC). Ainda segundo o art. 12, § 1º, II, do CDC, “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera [...], levando-se em consideração [...] o uso e os riscos” razoavelmente esperados. Em outras palavras, há defeito – e, portanto, fato do produto – quando oferecido risco dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, na hipótese em análise, caracterizado está o defeito do produto (art. 12 do CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. Diante disso, o dano indenizável decorre do risco a que fora exposto o consumidor. Ainda que, na espécie, a potencialidade lesiva do dano não se equipare à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutirá no valor da indenização), é certo que, mesmo reduzida, também se faz presente na hipótese de não ter havido ingestão do produto contaminado. Ademais, a priorização do ser humano pelo ordenamento jurídico nacional exige que todo o Direito deva convergir para sua máxima tutela e proteção. Desse modo, exige-se o pronto repúdio a quaisquer violações dirigidas à dignidade da pessoa, bem como a responsabilidade civil quando já perpetrados os danos morais ou extrapatrimoniais. Nessa linha de raciocínio, tem-se que a proteção da segurança e da saúde do consumidor tem, inegavelmente, cunho constitucional e de direito fundamental, na medida em que esses valores decorrem da especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Cabe ressaltar que o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos. Em outras palavras, não é a dor, ainda que se tome esse termo no sentido mais amplo, mas sua origem advinda de um dano injusto que comprova a existência de um prejuízo moral ou imaterial indenizável. Logo, uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), é dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança a risco concreto e da ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana”.

como norma de ordem pública, ou seja, como conjunto de princípios e regras que estabelecem uma hierarquia entre os valores fundamentais (focados na pessoa) e não fundamentais (focados no lucro); portanto, eis um locus normativo no qual direitos e deveres orbitam a relação jurídica de consumo, a fim de que: i) haja a devida promoção do vulnerável (CDC, art. 4º, inc. I); ii) seja imprimida nas atividades negociais procedimentos de legitimação do crédito e débito (CDC, art. 46); iii) os riscos, especialmente de crédito responsável, sejam assumidos pela parte que detém conhecimento econômico, financeiro e jurídico específico (art. 4º, inciso V, CDC); iv) o Estado faça a necessária intervenção no mercado como medida diretiva (CDC, art. 4º, II, c).

E, de outro lado, no estabelecimento de um regime contratualmente democrático, a ordem pública evita que os riscos dos grandes agentes de mercado e agentes financeiros sejam repassados ao vulnerável, aquele que nem sequer tem condições econômicas, jurídicas e técnicas em discutir as cláusulas contratuais sobrepostas unilateralmente pela parte mais forte (real detentor do enigma contratual). Citem-se como exemplo as cláusulas contratuais que: i) limitam responsabilidade; ii) imponham assunção de caso fortuito pelo consumidor; iii) prorroguem a competência de foro; iv) invertem ônus da prova; v) permitam modificação unilateral de preço (STIGLITZ, 1985, p. 113), conforme a lista exemplificativa do art. 51 do CDC.

Ademais, na vertente do bem comum, não é difícil compreender que o respeito aos direitos do consumidor impõe legitimidade ao lucro e, sobretudo, garante a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo, compatibilizando a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de forma a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), prestigiando a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Equivale dizer: o bem comum - partindo da justiça (equilíbrio) e segurança (boa-fé) - propicia que o interesse individual alcance pleno desenvolvimento, preservando-se os interesses sociais irradiados pela Constituição Federal.

## **A DISTRIBUIÇÃO DOS DEVERES NO ÂMBITO CONSUMERISTA**

Na dimensão subjetiva, quanto aos deveres legais tratados no CDC, pode-se dizer que o titular dos deveres ali assentados é o consumidor - que tanto pode exigir o dever de proteção do Estado, como os deveres prestacionais da boa-fé (especialmente os anexos) e o dever de solidariedade por parte do fornecedor. Essa distribuição é assimétrica no CDC porque é assimétrica a posição do consumidor no mercado, o que justifica o instrumento normativo nivelador.

Quanto aos destinatários (aqueles que devem cumprir os deveres), podem-se elencar o Estado, os fornecedores e, em algumas situações, o consumidor.

Como destinatário dos deveres legais de consumo, cabe ao Estado, grosso modo: i) o dever de proteção; ii) o dever procedimental relativo às diretrizes administrativas de consumo (aplicação do direito administrativo sancionador);

iii) o dever de polícia e o dever de fiscalização da atuação dos diversos agentes econômicos; iv) dever de legislar e reformar propositivamente as normas primárias e secundárias que versem sobre relações de consumo, com vistas à proibição de retrocesso; v) o dever de reparar objetivamente os danos causados por sua omissão; vi) o dever de retirar o produto anormalmente introduzido no mercado, na ausência do produtor; e vii) o dever de continuidade dos serviços públicos essenciais.

A lista de deveres do fornecedor é vasta, o que pode inviabilizar a metodologia do presente estudo. Assim, podem ser anotados, de forma geral: i) dever de controle prévio da qualidade dos produtos e serviços; ii) dever de respeito aos direitos básicos do consumidor; iii) dever de abster-se da inserção no mercado de produto ou serviço que sabe (ou deveria saber) que apresente alto grau de nocividade ou periculosidade indevidas; iv) dever de informação quanto aos produtos perigosos ou nocivos; v) dever de manutenção da confiança gerada; vi) dever de estocagem de peças e acessórios de produtos importados; vii) dever de agregar seus dados ao produto ou serviço; viii) dever de abster-se do exercício de práticas abusivas; ix) dever de realizar orçamento prévio nas prestações de serviços; x) dever de respeitar os índices oficiais de preço do produto ou serviço, quando assim determinado por lei; xi) dever de explicar o contrato ao consumidor; xii) dever de garantia do produto ou serviço; xiii) dever de correção da publicidade.

Essa lista de deveres do fornecedor é normativamente bem maior. Considerando-se os deveres prestacionais de fidúcia (cuidado, informação, lealdade e cooperação), a atribuição de deverosidade tem melhor visualização, porque a vagueza semântica permite melhor assimilação ao caso concreto. Consequentemente, o dever de adimplemento do fornecedor é ampliado.

Já os consumidores possuem deveres residuais, tais como: i) dever de adimplemento; ii) dever de restituição do produto não pago (o que afasta as amostras grátis); iii) dever de dar quitação, após a reclamação solvida; iv) dever de respeito ao meio ambiente, especialmente quanto à responsabilidade compartilhada inerente aos resíduos sólidos (Lei Federal nº 12.305/10).

Os deveres dos consumidores são em menor quantidade, pois, do contrário, de nada adiantaria a lei protetiva. Ainda que poucos, eles consubstanciam uma necessidade, já que o CDC não tem espírito assistencialista, mas promocional e de mérito substancial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O TRANSVERSO E A HERMENÊUTICA DA AFIRMAÇÃO**

A importância dos deveres aqui relacionados (e insista-se, de forma incompleta) sedimentam a ampla cumplicidade que o Estado e o mercado devem manter para evitar o rebaixamento da qualidade de vida daquele que, mesmo sendo parceiro contratual, atua tão somente no campo das necessidades, e não da lucratividade.

A atual fase que sustenta o pensamento filosófico é aquela voltada à hermenêutica, sucessora do empirismo. A compreensão dos estudiosos a respeito dos objetos interpretáveis vai além dos textos, das normas, dos fatos, dos fenômenos. Impõe-se buscar todos os meios necessários (diante o pluralismo), a fim de alcançar resultado legitimamente correto e socialmente aceitável.

A hermenêutica propicia, entre outras possibilidades, algumas considerações dignas de averbação na ciência jurídica: i) a interpretação revela a norma superando o dogma da lei ou do dispositivo, em outras palavras, a norma somente é desnudada pelo processo de cognoscibilidade hermenêutica ao caso concreto<sup>65</sup>; ii) ao mesmo tempo, a norma tem a respectiva teoria reestruturada, pois nela avança a dogmática na distinção entre princípios (de caráter deontológico e maior densidade axiológica) e regras (alta densidade normativa e frequente mutabilidade) (ALEXY, 1997); iii) o direito privado tem salto qualitativo, pois nele compreendem-se instrumentos vivos de emancipação do cidadão<sup>66</sup>; iv) a interpretação sob o signo da efetividade é modelo igualmente exigente, adequando-se as decisões ao enquadramento social<sup>67</sup> e daí a plausibilidade das justificabilidades (PIOVESAN, 2010).

É essencial para a afirmação de direitos diferenciados a investigação sobre os motivos da ausência de identidade fática (diagnose) e ao mesmo tempo a razão da igualdade jurídica (tratamento). Mas não só. A justificação de direitos humanos hauridos ao longo da experiência humana, parte da verificação da extrema exclusão de certos setores que necessitam de instrumentos jurídicos éticos capazes de balancear as posições ocupadas na sociedade e os papéis sociais dos diversos atores.

Em tempos que correm, a hermenêutica foi premiada com nova teoria qualificada que permite o diálogo entre as diversas fontes jurídicas, permitindo novas decisões a favor de direitos jusfundamentais. Ao lado disso, a análise conjunta do anverso (direitos) e do verso (deveres), como

65 Grau (2005, p. 39) explica: “A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação. O intérprete dotado de poder suficiente para assim criar as normas, a partir delas construindo, em cada caso a norma decisão, é o intérprete autêntico”. Também Häberle (1997).

66 Entre outros no Brasil, destacam-se: LOTUFO, Renan. **Cadernos de direito civil constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

67 Explica Neves (1993, p. 197): “Questão hoje de grande actualidade e que convocada por fórmulas tais como ‘discussão dos efeitos’ (M. Kriele, R. Zippeluis), ‘orientação pelos efeitos’ (T.W.Walde, H. Rottleuthner), ‘consideração dos efeitos’ (Teubner, Koch/Rüssmann), ‘argumentos consequencialistas’ (N. MacCormick), ‘legitimação pelos efeitos’ (Podlech), etc., tende a obter uma resposta positiva. Resposta que não tem, no entanto, sempre o mesmo sentido e que em alguns dos seus sentidos, ou tomada ela em termos absolutos, cremos não poder sufragar-se (...). Trata-se de um novo ou autónomo factor, cânone ou critério de decisão concreta para além dos tradicionalmente relevantes factores ou elementos da interpretação e mesmo dos mais específicos ‘elementos de concretização’ (...) Têm antes a ver como aqueles outros que, para além destes efeitos jurídicos, a decisão concreta é socialmente susceptível de produzir ou desencadear consoante ela se oriente neste ou naquele sentido, segundo seu conteúdo jurídico for esse ou aquele”.

fórmula dialógica, desnuda o transversal: coerência, unidade e inspiração do ordenamento na tutela dos vulneráveis.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia**. México: Fondo de cultura econômica, 1963.

ALEMANHA. Lei fundamental da República Federal da Alemanha, 1949. Disponível em: < [http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. Roma-Bari: Laterza, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 52.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined** (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**, Cadernos do CEJ- Centro de Estudos Judiciários- do Conselho de Justiça Federal, Brasília, v. 20, 2002. Disponível em : < [daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf](http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf) > . Acesso em 26/05/2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURGEOIS, Léon. L'idée solidarité et ses consequences sociales. In: BOURGEOIS, Léon; CROISET, Alfred. **Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions**. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

\_\_\_\_\_. **Solidarité**. 1. ed. Paris: Armand Colin et Cie Editeurs, 1896.

BOURGOIGNIE, Thierry. **Éléments pour une théorie du droit de la consommation**. Bruxelles: Story Scientia, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. Paris: Dalloz, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direitos privados**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du Droit Civil**. 3. ed. Paris: A. Pedone, 1927.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade, e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIV, 1998. Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTEX, Manuel Arauz. **Derecho civil**: parte general. T. 1. Buenos Aires: Cooperadora de derecho, 1974.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Carlos A. Calvo. **Dano resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DANTAS, Ivo. Constituição e Processo: o Direito processual constitucional. In: **Revista Fórum Administrativo-Direito Público**, Ano 1, n.07 – Setembro de 2001.

DE CASO, Rubén H. Compagnucci. El orden público y las convenciones particulares. In: ALEGRIA, Héctor; ITURRASPE, Jorge Mosset (coord.). **Orden público y buenas costumbres**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DEMOGUE, René. **Le solidarism et la repartition des pertes**. Paris: Elibron classics, 1987.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEUMIER, Pascale; REVET, Thierry. Ordem pública (verbete). In: **Dicionário da cultura jurídica**. Denis Alland e Stéphane Rials. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. T. 1. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. Trad. Cláudia de Miranda Avena, Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. **Revista de direito do consumidor**, vol. 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

FILIBEK, Giorgio. **Les Droits de l'Homme dans l'enseignement de l'Église**: De Jean XXIII à Jean Paul II. Ciudad del Vaticano: Librería Editrice Vaticana, 1992.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Análise da função constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto; CLEVE, Clemerson Merlin. **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. v.2. Seconda Edizione. Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti. Padova: Cedam, 2010.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del derecho**. México: Porrúa, 1974.

GIUFFRÈ, Felice. I doveri di solidarietà sociale. In: BALDUZZI, R.; CAVINO, M.; GROSSO, E.; LUTHER, J. (Coord.). **I doveri costituzionali**: la prospettiva del giudice delle legge. Torino: G. Giappichelli, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droit et de leur relativité**: Théorie dite de l'abus des droit. Paris: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KENNEDY, John Fitzgerald. **Special message to the Congress on Protecting the consumer interest**. March, 15, 1962.

KERVEGAN, Jean-François. **O Estado de direito no idealismo alemão**: Kant, Fichte, Hegel. Tradução: Viviane de Castilho Moreira. Revista Dois Pontos. v. 4. Curitiba, 2007.

LIMA, Liliane Mahalem. Considerações acerca do bem comum. In: **Revista de Direito Privado**. v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

LOMBARDI, Giorgio. I doveri costituzionali: alcune osservazioni. In: BALDUZZI, R.; CAVINO, M.; GROSSO, E.; LUTHER, J. (Coord.). **I doveri costituzionali**: la prospettiva del giudice delle legge. Torino: G. Giappichelli, 2007.

LÓPEZ CABANA, Roberto M. Defesa jurídica de los más débiles. **Revista de direito do consumidor**. v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoría general del contrato y de los servicios**: una teoría sistémica del contrato. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOTUFO, Renan. **Cadernos de direito civil constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Unb, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e saúde pública (art. 170, CF/88). In: MARQUES, Cláudia Lima. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado – da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável em alguns contratos e relações de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Contratos no CDC**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e reparação de danos. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. ; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. **Revista de direito do consumidor**. Vol. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTÍNEZ PECES-BARBA, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. Doxa, n. 4, 1987.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para a sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Doutrinas essenciais de direito civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

MAULAURIE, Phillipe. **L'ordre public et le contrat**: les contrats contraires à l'ordre public. Paris: Matot-Braine, 1953, nº 8.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito civil português**. vol. II. Direito das obrigações. t. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

MENEZES DE LEITÃO, Luís Manuel Teles. **Garantias das obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. O direito do consumidor e os direitos da personalidade. In: **Revista de Direito do consumidor**. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia Cristina. **Doutrinas essenciais de direitos humanos**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORIN, Edgar. Problemas de uma epistemologia complexa. In: MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. Lisboa: Europa-América, 1982.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Derecho civil constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIÑON, Benjamín Pablo. El orden público en la Constitución, en la ley y en el derecho. In: ALEGRIA, Héctor; ITURRASPE, Jorge Mosset (coord.). **Orden público y buenas costumbres**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

RÁO, Vicente. Compromisso de compra e venda, possibilidade de rescisão da promessa estabelecida em cláusula contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas essenciais de obrigações e contratos**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre o dever de proteção do Estado e a garantia de proibição do retrocesso em matéria ambiental. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Doutrinas essenciais de direito ambiental**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCLASI, Vincenzo. **Fonti - teoria - metodo**: alla ricerca della 'regola giuridica' nell'epoca della postmodernità. Milano: Giuffrè, 2012

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SICHES, Recaséns. Prólogo al estudio del derecho. **Boletín Bibliográfico Mexicano**, março-abril de 1953.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STEINMETZ, Wilson, **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. **Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

TAVANO, María Jose. **Los presupuesto de la responsabilidad civil**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.