

# HERMENÊUTICA DIALÓGICA, EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O OCASO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONTRIBUTO DO DIREITO PRIVADO DAS OBRIGAÇÕES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fernando Rodrigues Martins\*

Resumo: O presente artigo analisa as obrigações no âmbito do direito privado e dos direitos fundamentais através de hermenêutica dialógica.

Palavras-Chave: Obrigação, inadimplemento, diálogo, coordenação, direitos fundamentais.

Sumário: 1. As obrigações no Direito privado: noção e estrutura – 1.1 Patrimonialidade, determinação e inadimplemento das obrigações privadas – 1.2 – Observações tópicas – 2 Diálogo de fontes na concreção do direito obrigacional constitucional – 3 Obrigação e deveres constitucionais: relação jurídica complexa fundamental – 3.1 A não concreção dos direitos fundamentais sociais pelo Estado e as manifestações populares contra a reforma da previdência: um exemplo – 3.2 Hipóteses de diálogo entre os planos de obrigações – 4 Considerações finais: tratamento do inadimplemento das obrigações constitucionais – 5 Referências bibliográficas.

## DIALOGICAL HERMENEUTICS AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: CONTRIBUTION

---

\* Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça em Minas Gerais. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito.

## OF PRIVATE LAW OF OBLIGATIONS

Keywords: Obligation, breach, dialogue, coordination, fundamental rights.

Abstract: This article analyses the obligations under private law and fundamental rights through dialogical hermeneutics

Contents: 1. Obligations in private law: notion and structure – 1.1 Patrimony, determination and omission of private obligation – 1.2. Topical observations – 2. Dialogue of sources in the concretion of constitutional obligatory law – 3. Constitutional obligation and duties: complex legal relationships – 3.1 The non-realization of fundamental rights by the State and popular manifestations against pension reform: an example – 3.2. Hypotheses of dialogue between the plans of obligations – 4. Final considerations: treatment of omissions of the constitutional obligations – Bibliographic references

### 1. AS OBRIGAÇÕES NO DIREITO PRIVADO: NOÇÃO E ESTRUTURA



dogmática já se debruçou, mesmo que singelamente, acerca da investigação científica conhecida como *'inadimplemento constitucional'*<sup>1</sup>. Como visto, trata-se de observação não recente no sistema jurídico, porquanto é próprio das constituições democráticas esquadriñar e positivar não apenas direitos, mas igualmente deveres e obrigações, tornando o Estado, na maioria dos contextos disciplinares, o principal protagonista entre os demais destinatários destas modalidades<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A base dessa afirmação encontra-se em German J. Bidart Campos, *Las obligaciones en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar 1987.

<sup>2</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2<sup>a</sup>

Entretanto, a polissemia ‘*inadimplemento constitucional*’, que se aproxima à noção de ineficácia e não atendimento às normas deônticas constitucionais, pode derivar de conduta (comissiva ou omissiva) de diversos agentes no que respeita ao *rebaixamento da vida democrática*, entenda-se aí: o pluralismo, as liberdades civis, a conquista de direitos iguais para os cidadãos, as discriminações positivas a favor dos grupos vulneráveis<sup>3</sup>.

Destarte, se o incumprimento das obrigações averbadas na Constituição Federal pode ser gerador de sanções ou de responsabilidade àquele cujo o esforço de realizá-las a norma constitucional atribuiu competência<sup>4</sup>, o direito das obrigações, base da experiência e cultura do direito privado<sup>5</sup>, tem muito a contribuir com a satisfação das prestações constituídas a partir dos dispositivos *magnum e populares*.

Duas advertências, entretanto, são necessárias. Em primeiro, as observações para melhor condução metodológica deste tema são restringidas aos chamados ‘direitos fundamentais sociais’, evitando-se o delongar temerário e fuga à leitura. Em segundo, não há pretensão e nem mesmo subversão à reconhecida supremacia da Constituição Federal<sup>6</sup>, ao contrário, apenas

---

ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65. A título de ilustração, os deveres já são convocados na chamada do Capítulo I do Título II da Constituição Federal, portanto, *deveres fundamentais*.

<sup>3</sup> Roberto Gargarella, *Carta abierta: apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2006.

<sup>4</sup> Dirley da Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56.

<sup>5</sup> Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

<sup>6</sup> Joaquim de Souza Ribeiro, *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 11. A respeito do direito civil constitucional explica: “*Este regime é um corolário do modo de ser constitucional, agora claramente assumido, de lex superior, de uma verdadeira lei, e de uma lei fundamental, no sentido exacto do termo. Impregnada pela intencionalidade material de todo o direito e comungando da pretensão e validade material de todo o direito, e comungando da pretensão e vaidade que é própria deste, a constituição coloca-se no cume o ordenamento jurí-*

imersão científica que permite concluir pela unidade sistêmica na efetividade de políticas públicas essenciais à igualdade substancial.

Pois bem, de início cumpre lembrar que a dogmática civilista cuidou em aplicar na respectiva teoria geral as diferenças científicas entre direito, dever e obrigação.

Ao *direito subjetivo* fez corresponder o poder jurídico de uma parte em exigir determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstenção) da contraparte<sup>7</sup>. Inicialmente aproximado da vontade (Savigny) e, posteriormente, ao interesse (Ihering), inúmeras formulações ao direito subjetivo foram sendo designadas. Não seria incorreta a proposição de que o direito subjetivo é, na realidade, “*uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*”, porque atua num “*âmbito de liberdade concreta reconhecido ao sujeito, mas com limites*”<sup>8</sup>.

Ao *dever jurídico* a doutrina trouxe em concretude a ideia de ajustamento da conduta humana aos preceitos normativos, sendo certo que a não observação do comportamento esperado ou exigido ocasiona o surgimento das sanções ou indenizações. É dizer que “*el hombre puede y debe ajustar su conducta a determinados preceptos. Es una orden, un imperativo que el orden jurídico dirige al individuo y éste há de acatar*”<sup>9</sup>.

Já o conceito de *obrigação*<sup>10</sup> pode ser visto num sentido

---

*dico, permeabilizando todo o sistema de normas e de actos com as suas opções valorativas”.*

<sup>7</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 182.

<sup>8</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 332.

<sup>9</sup> Andreas Von Thur, *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1999. t. I, p. 4.

<sup>10</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. vol. II. Direito das obrigações. t. 1. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254/294. O autor desenvolve histórico pertinaz sobre o tema perpassando os conceitos de obrigação pelas *doutrinas pessoalistas* guiadas por Savigny (domínio sobre a liberdade de atuação do devedor);

amplo e noutro restrito. No primeiro, a extensão é consequencialista ao ponto de atribuir-se imediatamente ao débito insatisfeito a responsabilidade pelo incumprimento. Trata-se, neste caso, como já visto, de definição de obrigação a partir do pensamento germânico ao definir o débito (*schuld*) como a prestação a ser cumprida pelo *solvens* a favor do credor e em caso de inadimplemento ao *accipiens* socorreria o poder de coerção (*haftung*), sujeitando o desidioso a cumprir o compromisso. A obrigação neste caso seria o débito (*debitum*), enquanto a coerção medida de responsabilidade (*obligatio*)<sup>11</sup>.

Na órbita restrita, contudo, a noção de obrigação expõe três fortes tendências explicativas. Pode aliar-se à de *relação jurídica* (nexo que envolve duas ou mais pessoas atribuindo-se poderes e deveres exigíveis para atendimento de determinadas finalidades); à de *situação jurídica* (circunstância da vida real em que a pessoa se encontra regulada pelo plexo normativo); ou a de *vínculo jurídico* (liame constituído entre duas ou mais pessoas, pelo qual uma delas deve realizar em benefício da outra uma prestação que é do interesse desta)<sup>12</sup>.

Fixemo-nos basicamente nos conceitos proporcionados pela obrigação como *relação jurídica* e obrigação como *vínculo*.

É de convir que o conceito de obrigação perspectivado

---

*doutrinas realistas* capitaneadas por Barassi ou Gomes da Silva (direito ao património do devedor, justificadoras da transmissibilidade); doutrinas dualistas lideradas por von Brinz (julgando débito e responsabilidade); doutrinas de reconstruções personalistas com destaque a Siber (identificando outras decorrências jurídicas na obrigação para além do dever de prestar do devedor, dando ensejo à obrigação como organismo ou quadro); doutrina da natureza complexa da relação (inaugurando os deveres anexos da obrigação nas diversas fases do contrato ou negócios jurídicos, considerando que em cada dever de prestar devem ser *respeitados e concretizados os valores fundamentais do sistema*).

<sup>11</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit. p. 803. Ver também: Manoel de Andrade, *Teoria geral das obrigações*. 3ª ed. Coimbra, p. 37.

<sup>12</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil*. 2ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

pelo matiz de *relação jurídica* se apresenta bem mais recente na evolução histórica do direito e ainda mais rico expressando os elementos essenciais indicados como *sujeitos, objeto, fato jurídico* e *garantia*<sup>13</sup> e ainda tendo por lastro outros elementos de apoio: o *conteúdo* e a *função*<sup>14</sup>.

Talvez aqui transpareça mais clara a utilidade na aproximação da obrigação à relação jurídica, posto que no elemento conhecido como *conteúdo* (nexo entre crédito e débito)<sup>15</sup> decorrerão duas dimensões distintas na mesma obrigação: *i*) a primeira de natureza simples, em que se cuida apenas de encarecer o direito do credor na satisfação da prestação pelo devedor; *ii*) a segunda de natureza complexa, onde promanam direitos e deveres respectivos entre os sujeitos obrigacionais, com forte realce à obrigação como relação jurídica complexa (e daí os deveres anexos)<sup>16</sup>. Ademais, no elemento *sujeito* decorrerá por óbvio o valor de incansável promoção pelo direito privado: *a pessoa humana*<sup>17</sup>.

A corroborar a assertiva posta, conclama-se a transcri-

---

<sup>13</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*. cit. p. 178. Expressa: “*toda relação jurídica existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objecto; promana de um facto jurídico; a sua efetivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito activo da relação, isto é, a relação jurídica está dotada de garantia*”.

<sup>14</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*. cit. p. 14.

<sup>15</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. Direito das obrigações. cit. p. 441. Com desenvoltura apresenta a diferença entre conteúdo e objeto: “*tomando a obrigação como uma relação complexa, podemos, nela, distinguir: o objecto imediato ou conteúdo; o objeto mediato ou, simplesmente, objecto. Para evitar confusões, falaremos, simplesmente, em conteúdo e em objecto. O conteúdo tem a ver com a dupla direito de crédito/débito, abrangendo as regras que lhes são aplicáveis, de modo a indicar o que se espera de ambas as partes e aquilo que se lhes dá. O objecto reporta-se à realidade do mundo exterior sobre que poderá recair o conteúdo. Assim, numa obrigação de entrega de coisa certa, o conteúdo será o dever de entregar e o objecto a coisa que deve ser entregue*”.

<sup>16</sup> Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*: Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 17.

<sup>17</sup> Moraes, Walter. *Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade*. Revista de Direito Privado. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 187-204.

ção da novel redação dada ao § 241 do BGB, com o acréscimo do item 2, quando da reforma de 2002: “(1) *Por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir, do devedor, uma prestação. A prestação também pode consistir numa omissão.* (2) *A relação obrigacional também pode, segundo o seu conteúdo, obrigar cada parte ao respeito pelos direitos, pelos bens jurídicos e pelos interesses da outra parte*”.

Veja, pois, pelo item 2 do § 241 do BGB grande inovação metodológica no direito privado, pois adotou-se ‘*obrigação sem o dever de prestar*’, estabelecendo novos marcos jurídicos obrigacionais como *cuidar* e *respeitar* o *alter* a partir da boa-fé<sup>18</sup>.

De outro lado, gize-se que o conceito civilístico de obrigação como *vínculo* é deveras clássico. Marcel Planiol chegou a definir a obrigação como “*uma relação jurídica entre duas pessoas em virtude da qual uma delas, chamada credor, tem o direito de exigir certo fato da outra, chamada devedor. A obrigação, portanto, tem o efeito de vinculá-las uma à outra, formando aquilo que se chama de vínculo de direito*”<sup>19</sup>. Nesse viés, assim como visto, importa tão somente o liame jurídico que é o dever primário de prestação, sem deveres de conduta ou referências obsequiosas à pessoa humana.

Na atualidade a aproximação da obrigação ao vínculo ganhou outro destaque. A partir de estudos tedescos pertinentes à publicidade houve interessante inversão de posições conceituais, porquanto se toda obrigação era vista como vínculo jurídico

---

<sup>18</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. vol. II. Direito das obrigações, cit. p. 300. Explica: “*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 sejam observados e para que não ocorrem danos colaterais inúteis*”.

<sup>19</sup> *Traité de droit civil*. t. 1, 1ª ed. Paris: LGDJ, 1900, p. 678.

hoje pode-se dizer que onde há *vínculo dele decorrerá obrigação*<sup>20</sup>.

Essa tendência dogmática, permite com tranquilidade compreender a existência de *obrigação desprovida de contrato*, com simples atuação comportamental ou a partir de conduta ilícita de fornecedores, como nos múltiplos exemplos espargidos na sociedade pós-moderna (dentre eles a quebra da confiança despertada; difusidade ostensiva de *marketing* opressivo; condutas sociais típicas, comportamento concludente de negócio jurídico etc.).

### 1.1 PATRIMONIALIDADE, DETERMINAÇÃO E INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES PRIVADAS

Ainda, para o fim colimado neste trabalho tem-se por desiderato o enfretamento da determinação ou concretização ‘*daquilo*’ a ser adimplido. É importante verificar que enquanto o *objeto* da obrigação é a *prestação debitória* (imediate), a *coisa* a ser entregue ou restituída ou o *fato* a ser satisfeito ou não realizado são os objetos da prestação debitória (mediate). Neste sentido, pode-se dizer que o objeto tem duas condições mínimas: a patrimonialidade e determinação.

Quanto à patrimonialidade sua utilização basicamente surgiu considerando o advento da *lex poeelia papiria de nexis* (326 a.c.), que vedou a sucumbência do corpo físico frente ao inadimplimento. Daí a evolução automática para atribuir às obrigações valor patrimonial ou algo neste sentido avaliável (dinheiro). Na atualidade, salvante a prestação alimentícia impaga<sup>21</sup> (*pelo forte valor em jogo existente: vida do alimentan-*

---

<sup>20</sup> É a posição colhida em Köndgen por Cláudia Lima Marques in *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit. p. 205.

<sup>21</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.



do)<sup>22</sup> propiciadora de cárcere – pois tende simplesmente a forçar ou coagir o pagamento sem mesmo extinguir a obrigação<sup>23</sup> – as demais obrigações quando insatisfeitas geralmente têm como ‘*ultima ratio*’ o viés patrimonial<sup>24</sup>.

É neste sentido a taxonomia relativa aos bens, pois aqueles considerados *fora de comércio* são inexecutíveis ao fim colimado pelo credor. Por isso, não é incorreto compreender que a patrimonialidade faz parte da obrigação não apenas como prestação, senão como *funcionalidade* para o adimplemento dos pactos assumidos ou dos ilícitos cometidos<sup>25</sup>. Em outras palavras: a patrimonialidade projeta-se como correspondência ao interesse do credor quando em situação digna de proteção pelo direito.

Contudo, para além dos interesses do credor, o patrimônio tem significativa relevância como requisito de socialidade inerente ao Estado democrático, igualitário e cooperativo de que trata a Constituição Federal. Pode-se dizer, que o patrimônio se alinha como objeto de proteção da imagem *universal da dignidade da pessoa humana*<sup>26</sup>. Bom exemplo, é o bem de

---

<sup>22</sup> CF, art. 5º, inciso LXVII.

<sup>23</sup> Araken de Assis, *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

<sup>24</sup> Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d t.l. p. 34. Explica: “*el derecho vigente no conoce sino la responsabilidad patrimonial; mas de modo diferente a lo que ocurría en el Derecho germánico, no precisa de un acto especial de fundamentación, sino que está en principio unida a toda deuda, y ello en general como responsabilidad patrimonial ilimitada. De acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asume una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece. El que debe responde también. Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber de prestar, pero aquélla sigue a ésta como la sombra al cuerpo*”.

<sup>25</sup> Bruno Miragem, *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57. Adverte: “*Há, no conteúdo da prestação, contudo, sempre um conteúdo patrimonial direto ou indireto. Ou a própria prestação será passível de estimação econômica, ou o resultado do inadimplemento do dever de prestação pode apresentar esta característica*”.

<sup>26</sup> Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 888.

família que representa tanto aporte de relações econômicas como ambiente essencial para tutela da pessoa.

Aqui percebe-se a situação jurídica subjetiva patrimonial (relevantíssima) coligada às situações existenciais, compreendendo-a também como vetor da *promoção*<sup>27</sup> da pessoa humana<sup>28</sup>. Mirem-se que para os direitos da personalidade (de natureza extrapatrimonial e insuscetíveis de avaliação pecuniária) a inerente responsabilidade civil em alguns casos tornar-se-ia impossível como ferramenta de compensação e até punição e dissuasão<sup>29</sup>, caso não houvesse uma consequência mínima de admoestação aos atos do causador da fissura existencial da vítima.

De qualquer forma, a dogmática civilista aos poucos despregou-se do conteúdo patrimonial como *única* funcionalidade do direito das obrigações. Tenha-se ao lado das situações subjetivas existenciais (personalidade e família), outras proposições normativas que compreendem a satisfação integral da prestação comprometida sem que se avance diretamente rumo à

---

<sup>27</sup> Inicialmente antes mesmo da própria Constituição Federal, o sistema processual no que respeita a ordem pública de impenhorabilidade e, no campo civilístico de inclusão de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, já acenavam na importância de situações subjetivas patrimoniais essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana. Posteriormente, com a novel Constituição Federal, a dogmática compreendeu a fixação do patrimônio mínimo (Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, 177:29-49, 1989).

<sup>28</sup> Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*. cit. p. 910. Explica que: “*A diversificação dos interesses aduzidos na relação obrigacional, com ênfase também sobre aqueles não patrimoniais destinados a caracterizar a concreta composição de interesses, exige de um lado a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas, nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, deveres, faculdades, ônus -, de outro lado a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e princípios fundamentais e, portanto, direcionada a atuar em função constitucional*”.

<sup>29</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. vol. II. Direito das obrigações, cit. p. 323. Assim expressa o autor lusitano: “*As prestações em valor pecuniário serão aquelas que penetrem pela fresta, hoje apertada, das actuações que, não podendo ser trocadas por dinheiro sejam, todavia, lícitas e, logo: compensáveis com dinheiro*”.

responsabilidade patrimonial. Observe-se que os dispositivos 249 e 251 do Código Civil ensejadores de regramentos, respectivamente, às obrigações de fazer e não fazer ganharam a *garantia* de que há tutela específica para tanto (*resultado prático equivalente*), conforme estabelece o art. 497 do CPC.

Em outras palavras: nas obrigações de *prestar fato* ou *evitar fato*, o que importa é o fato realizado ou a abstenção do fato *conforme* o ordenamento jurídico (lícito ou ilícito) e não o seu inerente conteúdo patrimonial. O mesmo se dá com a obrigação de dar a partir da interação formal-substancial entre os artigos 233 e 243 do Código Civil com o dispositivo previsto no art. 538 do CPC.

Daí dizer que a patrimonialidade tem viés contributivo à ‘*efetividade*’<sup>30</sup> no direito obrigacional, forçando como obséquio essencialmente o dever de prestar. Nesse passo, alberga-se com nitidez a *teoria da confiança*, já que em evidência a legítima expectativa gerada quanto à prestação ser cumprida e não o insucesso dela<sup>31</sup>, pois o incumprimento abala o sistema social e fulmina a boa-fé.

Nesta mesma perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor buscou a exigência maior do cumprimento da confiança despertada, dirigindo a patrimonialidade ao aspecto secundário. Com apoio no art. 30 do CDC vê-se que a oferta integra o conteúdo contratual ensejando o cumprimento forçado da prestação prometida ao vulnerável, conforme inciso I do art. 35 do

---

<sup>30</sup> Ragner Liomgeli Vianna, *Modalidade das obrigações*: obrigação de dar. In: *Obrigações*. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 115. É importante a passagem: “*Mas a regra geral, hoje, mudou. Descumprida a obrigação, abre-se ao credor uma alternativa. A alternativa entre exigir o próprio objeto da prestação, em execução forçada, acrescida de perdas e danos decorrentes da mora, ou dar a obrigação por resolvida, com inadimplemento absoluto, e exigir perdas e danos integrais. A obrigação só se converterá em perdas e danos se for impossível a execução forçada ou se assim preferir o credor § 1º, art. 461, CPC*”.

<sup>31</sup> Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

mesmo diploma<sup>32</sup>.

Por fim, neste desiderato cumpre ao objeto ser determinado ou determinável. Este é ao que parece o mesmo propósito do negócio jurídico, conforme dispõe o art. 104, inciso II do Código Civil. Dizer-se ao mínimo determinado ou determinável quer expressar: *“sem conhecimento prévio do objeto, ou da existência de critérios que permitam a sua avaliação concreta, ninguém poderá conscientemente se obrigar. A determinabilidade é condição de existência de obrigação, pois não pode haver vínculo entre sujeitos que não permita avaliação e aferição de sua possibilidade, sob pena de se estabelecer uma relação em que o devedor não tem condições de dimensionar suas responsabilidades, com o que sua liberdade fica comprometida”*<sup>33</sup>.

Mas vale a advertência que o objeto deve ser determinável ou determinado ao devedor nas tratativas hauridas voluntariamente<sup>34</sup>, posto que nas obrigações decorrentes do ilícito o dever de indenizar já vem firmado na norma conforme extensão do dano, essencialmente através do princípio da reparação integral<sup>35</sup>: *objeto normado*.

Arremata-se, por fim, com a indicação de que para a dogmática civil contempla-se o inadimplemento como o incum-

---

<sup>32</sup> Cláudia Lima Marques, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*. In: Revista do Direito do Consumidor. V. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13. Assevera: *“el derecho vigente no conoce sino la responsabilidad patrimonial; mas de modo diferente a lo que ocurría en el Derecho germánico, no precisa de un acto especial de fundamentación, sino que está en principio unida a toda deuda, y ello en general como responsabilidad patrimonial ilimitada. De acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asume una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece. El que debe responde también. Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber de prestar, pero aquélla sigue a ésta como la sombra al cuerpo”*.

<sup>33</sup> Renan Lotufo, *Código civil comentado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 283.

<sup>34</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*. cit. p. 39.

<sup>35</sup> Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Princípio da reparação integral*: indenização no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57 e seguintes. Ver funções: compensatória, indenitória e concretizadora.

primento da prestação pelo devedor *enquanto devida*, conforme estatuído pela legislação em cada caso específico<sup>36</sup>. Desta afirmação, conclui-se com tranquilidade que o inadimplemento, adstrito ao plano da efetividade das obrigações hauridas entre contrapartes, relaciona com a não realização do dever de prestar pelo devedor e ao mesmo tempo a insatisfação do credor<sup>37</sup>.

Em suma: *imputabilidade prevista pelo ordenamento jurídico considerando o descumprimento de comportamento exigível*<sup>38</sup>.

A matéria avulta considerável importância quer no campo científico quer no pragmático tornando-se necessário, a partir disso, a categorização das espécies de inadimplemento. Entre nós, de há muito estão consolidadas estruturas de graus diferentes como no caso do *inadimplemento absoluto* (o dever de prestação não pode ser mais cumprido nem no presente como no futuro) e o *inadimplemento relativo* (o dever de prestação não foi cumprido em tempo, lugar e forma pactuados, contudo ainda é passível de satisfação)<sup>39</sup>. Portanto, diferença aloca-se nas escalas de realizabilidade do dever de prestação, mantendo-se cada modalidade regime jurídico próprio.

Demais modalidades recém aceitas pela técnica jurídica nacional, também exigem registro, como a *violação positiva do contrato* (com parcial aceitação para justificar a resolução con-

---

<sup>36</sup> Deve-se ater ao incumprimento enquanto a prestação é devida, porquanto o devedor pode não cumprir a prestação por outra razão justificada, como no caso da confusão, novação, cumprimento por terceiro etc. Nessa linha vai também a advertência que *incumprimento* e *impossibilidade* não têm o mesmo sentido e alcance, até porque o primeiro dá-se ainda quando a prestação seja possível, o segundo quando normativamente seja impossível a realização da prestação, mesmo que por obra do devedor.

<sup>37</sup> Com apoio em Antunes Varela, *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1992, v. II, p. 61.

<sup>38</sup> Marcelo Benacchio, *Inadimplemento das obrigações*. In: *Obrigações*. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 551.

<sup>39</sup> Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7.

tratual considerando o cumprimento *imperfeito* da prestação<sup>40</sup> assim como na eventual frustração dos deveres anexos ou de fidúcia da boa-fé objetiva<sup>41</sup>), e o *inadimplemento contratual anterior ao termo* (quando uma das partes previamente ao momento de execução da inerente prestação obrigacional encontra-se impedida de sua realização ou há indicação de que a prestação não será cumprida pelo devedor, quer seja de forma expressa ou comportamental)<sup>42</sup>.

Essas considerações quanto à taxonomia do inadimplemento a nível brasileiro, ainda são somadas por outras diversas espécies no direito comparado, o que poderia alterar o rumo da presente pesquisa<sup>43</sup>.

## 1.2 OBSERVAÇÕES PERTINENTES

A tarefa do jurista em afirmar ‘o que é’ determinada situação jurídica configura-se muito arriscada. Portanto, melhor

---

<sup>40</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Inadimplemento das obrigações*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 42. Atribui ao conceito de mora do direito brasileiro, conforme artigo 394 do Código Civil, a possibilidade de verificação de cumprimento inexato, o que diminuiria a intensidade da teoria da violação positiva do contrato de Hermann Staub entre nós.

<sup>41</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*. cit. p. 82. Indica: “A violação dos deveres fiduciários implica sempre a obrigação de reparar os danos que tenham sido causados. Estes normalmente enquadrar-se-ão dentro do chamado *adimplemento defeituoso de obrigações*”.

<sup>42</sup> Ver Anelise Becker, *Inadimplemento antecipado do contrato*. Revista de Direito do Consumidor 12/76, São Paulo, out.-dez. 2004. A referência é a origem no *common law* (*anticipatory breach of contract*) e posterior adequação ao *civil law* por Hermann Staub, através de sua teoria da violação positiva.

<sup>43</sup> Michele Giorgianni, *L'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1970. Identifica diversas variações do cumprimento das prestações acessórias (*incumprimento inexato, incumprimento retardado, incumprimento imperfeito*). Ainda na doutrina portuguesa forte em Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. II. t. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 108), no aspecto da prestação principal ou secundária (*incumprimento estrito*), quanto às prestações anexas (*violação positiva* ou *incumprimento imperfeito*), no âmbito da qualidade (*incumprimento defeituoso*), no que respeita a quantidade (*incumprimento parcial*), tocante ao prazo da prestação (*incumprimento definitivo* e *incumprimento temporário*, ou *mora*).

entrelhar as verificações dogmáticas como ‘pistas’ para um ‘talvez’, como a boa prudência sempre sugeriu.

A partir desse cuidado extremado, deduz-se que foram vistas diversas possibilidades quanto às obrigações no campo privado. Cingindo-se ao cariz evolutivo, é lícito aferir que: *i*) a obrigação é melhor conceituada como relação jurídica complexa; *ii*) dos vínculos sociais decorrem obrigações e deveres; *iii*) da complexidade obrigacional exsurtem deveres também ao credor, pelo que não é apenas o devedor o único responsável pelo adimplemento das obrigações; *iv*) pode-se falar em obrigação *sem o dever de prestar*; *v*) a patrimonialidade, presente em diversos setores normativos do direito privado, se apresenta em campo *funcional* nas obrigações, abrindo espaço às situações jurídicas essenciais, bem como à efetividade do dever de prestar, especialmente no que concerne a teoria da confiança; *vi*) o inadimplemento está presente no plano da eficácia das obrigações, com aspectos consequencialistas ao plexo social.

Não se perca de vista que as obrigações visam escopos, propósitos concretos e não meras abstrações. Por isso, a relevância do direito obrigacional é a consistência de efetividade ao sistema jurídico, com reflexos nos demais sistemas (econômico, político, social). E quando não há a efetividade perseguida pelo direito obrigacional outras formas de eficácia são encontradas no ambiente: possivelmente geradoras de situações de *exclusão*<sup>44</sup> e com risco de *aviltamento do homem como pessoa*<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. vol. II. Direito das obrigações, cit. p. 268. Ao aprofundar sobre o conceito realista de obrigação aborda o seguinte: “*Deve-se ainda acrescentar que, em sectores sensíveis, como o bancário e os seguros, a eficácia do sistema não é tanto assegurada por execuções patrimoniais: antes pela eventualidade de exclusão do próprio sistema. Ou seja: o devedor inadimplente sofrerá o corte do crédito ou a resolução do seguro. Em regra, tais possibilidades são mais eficazes do que qualquer agressão patrimonial. A vida funciona, pois, sem a coacção tradicional*”.

<sup>45</sup> Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 118. Se a pessoa tem conceituação perante a sociedade, as eventuais exclusões restringem sua plenitude humana e social: “*interessante verificar que a noção de pessoa mudou também nas*

## 2. DIÁLOGO DE FONTES NA CONCREÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL CONSTITUCIONAL

Por diversas escolas epistemológicas a teoria geral do direito foi visitada. Mas é cedo, por vezes, pontos de saturação pela ‘crise’ correspondente a cada movimento. Clássico neste sentido o panfleto de Gaston Morin quando apregoava a *revolta dos fatos contra os códigos*<sup>46</sup> dada a insuficiência na resolução de todos os problemas conforme pretendia o movimento da Escola da Exegese.

Podem ser observadas, *grosso modo*, concepções epistemológicas relativas à teoria do direito com ampla imersão na ciência jurídica, a partir das seguintes tendências: *i*) jusnaturalismo; *ii*) empirismo exegético; *iii*) jurisprudência dos interesses; *iv*) historicismo casuístico; *v*) positivismo jurídico; *vi*) normativismo jurídico; *vii*) culturalismo jurídico<sup>47</sup>. Evidente que não se pode desprezá-las e nem mesmo dizê-las ultrapassadas, ao contrário são concepções muitas vezes até hoje adotadas e complementares entre si em algum ou outro sentido.

O papel matricial da Constituição, com esteio no pensamento kelseniano, ganha contornos outros na pós-modernidade, ao ponto de ser exigido dela também concretude (efetividade) enquanto vocacionada à solução de ‘problemas’<sup>48</sup>, bem como intensa abertura para coordenação com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. No campo sociológico, por exemplo, a indicação da globalização como próxima aos direi-

---

*outras ciências. Na sociologia, a pessoa/ser humano é uma personalidade sócio cultural ou mesmo um sistema perante a sociedade. Isto é paradoxalmente, para a sociologia de hoje o homem não nasce pessoa, ele se torna na sociedade pessoa”*.

<sup>46</sup> *La révolte des faits contre le code*. Paris: Grasset, 1920.

<sup>47</sup> Com a brevidade possível busca-se apoio na obra de fôlego de Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34/143.

<sup>48</sup> Friedrich Muller, *Metodologia do Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 53.



tos fundamentais é grande demonstração dessa ‘hiperconstitucionalização’<sup>49</sup>.

Como já observado<sup>50</sup>, há doutrinariamente tendência parcial de assunção de movimento epistemológico compreendido como ‘neoconstitucionalismo’, considerando que a partir da Constituição deriva a respectiva força normativa (não meramente programática), o protagonismo da jurisdição constitucional e a adoção de hermenêutica argumentativa pelos princípios.

Apensar das sérias e profundas críticas quanto a esse modelo<sup>51</sup>, registrem-se de outra forma as seguintes características: no lugar da subsunção ou dedução do fato à lei ganha preponderância a argumentação; se estabelece primazia de princípios sobre as regras (norma); ao invés da generalização abstrata de conformação percebe-se a adoção da solução do caso concreto individualizado (justiça); em substituição ao modelo de criação normativa pelos poderes postos por eleição toma relevo o poder que exerce a hermenêutica como função precípua (judiciário). Vale dizer com apoio da doutrina quanto a esse modelo: “*a norma traria o método, o método a justiça e a justiça o poder*”<sup>52</sup>.

Mas essencialmente a par da grande maioria dos constitucionalistas a característica primordial do neoconstitucionalismo é a ideológica que consiste na indicação de que todo o sistema jurídico deve partir da realizabilidade dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. Pelo menos essa abordagem não parece equivocada

---

<sup>49</sup> Como já mencionado em Ulrich Beck, *O que é globalização?* cit., p. 30.

<sup>50</sup> Luís Prieto Sanchís, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101. Idem. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; 1998, p. 35.

<sup>51</sup> Lênio Luis Streck, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

<sup>52</sup> Humberto Ávila, *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Disponível na internet: [www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp). Acesso em 15/08/2013.

<sup>53</sup> Paolo Comanducci. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Miguel Carbonell (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

por dois motivos essenciais: preserva a coerência do sistema jurídico (validade formal) e impõe respeito aos axiomas democráticos escolhidos como projeto de vida de toda a coletividade (validade material)<sup>54</sup>.

Ocorre que a Constituição mesmo revelada por esta tarefa luminária (tanto regulatória como emancipadora), vale-se de conceitos e garantias próprias, bem como de conceitos e garantias existentes em todo o sistema (abre espaço à atividade legislativa, desde que conforme suas bases)<sup>55</sup> para o alcance das magnas atribuições. Em outras palavras: longe de arriscar dizer sobre a insuficiência da Constituição, é melhor dizê-la envolta num *pluralismo normativo* para concreção, sempre a exigir o dever de proteção direcionado à obrigação de legislar<sup>56</sup>.

Pelo viés da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Marcelo Neves em obra valiosíssima expõe a necessidade ampla de ‘diálogos’ e ‘pontes de transição’ entre ordens constitucionais propiciando a noção de que o direito é sistema de aprendizado e de alteridade com demais sistemas, especialmente o político<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Ricardo Luís Lorenzetti, *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

<sup>55</sup> Luis Roberto Barroso, *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista*. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 303-339, especialmente p. 314 e 315. Assevera: “a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico”

<sup>56</sup> Dirley da Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do poder público*, cit., p. 372. Explica: “assim, assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encarasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normatização como na obrigação de substituir norma ou lei insatisfatória e incompleta por outra que atenda integralmente a imposição constitucional”

<sup>57</sup> *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 62. Diz: “cabe observar que a Constituição transversal não se restringe a uma conexão estrutural

Noutro vértice aduzindo sobre a necessidade de superação entre as diferenças para aceitação do pluralismo, em artigo dedicado à defesa do consumidor, Cláudia Lima Marques explicita<sup>58</sup> a base da técnica jurídica de convivência pacífica entre normas desiguais, sem que haja exclusão ou expulsão do sistema da norma com menor grau de aplicabilidade: eis o diálogo das fontes<sup>59</sup> (constitucionais, infraconstitucionais, internacionais, jurisprudenciais etc.).

Gize-se que a Constituição jamais perde a integralidade ou a transcendente característica de norma alocada na cúspide do sistema para transformação social. Contudo, também é passível de receber as experiências da legislação infraconstitucional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais albergados em seu Texto, consoante inclusive a Corte Suprema já manifestou<sup>60</sup>.

---

*no nível de observação de primeira ordem entre sistemas. Ela pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem”*

<sup>58</sup> *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, p. 36. Explica: “diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o “conflito” leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o “monólogo” de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a “antinomia” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitando, assim, a “incompatibilidade” total (“conflitos de normas” ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos “reais” ou “aparentes”), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a “não-coerência” do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, ou seja, os consumidores”

<sup>59</sup> Erik Jayme. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé post-moderne*. Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye. 1995, II, p. 60 e 251.

<sup>60</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE SERVIÇO. FALHA. INDENIZAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL. INDIRETA. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO

*Ipsa facto*, não com o mesmo efeito e bases, mas sobretudo com *relativa passagem* pode-se verificar figuras tão bem densificadas no direito privado como essenciais à orientação constitucional, a saber: inadimplemento (total, parcial, imperfeito, defeituoso), conceitos e modalidades de obrigações (positivas e negativas), patrimonialidade, determinabilidade do objeto e posição jurídica das partes.

Por certo, a teoria do diálogo das fontes sendo recente ainda não obteve total apoio de alguns pensadores e juristas. No entanto, ressalte-se a total pertinência aos dias que correm e, inclusive, no âmbito Constitucional não como forma de aviltar o comando supremo essencial, senão para somar na concreção. Cite-se para arremete que o novo Código Civil da Argentina, coordenado pelo Ministro Ricardo Luís Lorenzetti assumiu sem qualquer preconceito esse modelo plural<sup>61</sup>, não sectá-

---

REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Excerto: *A responsabilidade civil da parte Ré pelo fornecimento de serviço é objetiva (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor) assim, responde pelos danos causados à parte Autora ainda que ausente sua culpa, arcando com os riscos de seu empreendimento. No caso específico, a parte ré incorreu nas falhas narradas pela parte autora. É saber, de resto, se disso resulta dano moral. Em regra, no nosso ordenamento o dano moral só é cabível quando violados direitos da personalidade (o que não é a hipótese dos autos, uma vez que estamos diante de um inadimplemento contratual), porém, atualmente a condenação por danos morais pode assumir uma feição diferenciada, em razão do seu caráter nitidamente punitivo-pedagógico, com a finalidade de coibir futuras práticas abusivas que os consumidores eventualmente estejam sujeitos. A base dessa teoria é encontrada no direito norte-americano e ganha força em nosso ordenamento jurídico em 'diálogo de fontes' com o CODECON. Sendo assim, nos casos em que a conduta reiterada de grandes empresas implica constante ofensa a direitos do consumidor, no mais das vezes hipossuficientes e destituídos de meios de fazer cessar a conduta lesiva há que se atribuir à indenização ora postulada o caráter punitivo-pedagógico que, usualmente, a ela não está atrelado'. STF, AI 735772-RJ, Rel. Min. Carmen Lúcia, p. 26/02/2009).*

<sup>61</sup> PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Consta da apresentação: *"II) Dialogo de Fuentes: En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un dialogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (artículos 1, 2 y 3). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método*

rio e de inclusão.

Ante ao exposto, pode-se dizer conforme abaixo, sobre a existência do *inadimplemento constitucional*, que é verificável quando as obrigações ou deveres fundamentais são prevaricados ou incumpridos. Daí prudente dizer que ao mesmo tempo em que próceres do direito privado defendem o chamado *direito civil constitucional*<sup>62</sup> também é possível antever exsurgir um *direito obrigacional constitucional*<sup>63</sup>.

### 3. OBRIGAÇÃO E DEVERES CONSTITUCIONAIS: RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA FUNDAMENTAL

Em Bidart Campos a ênfase que ganha proeminência nas obrigações constitucionais relaciona-se ao credor, no caso a pessoa (titular de direitos fundamentais), diferentemente do direito privado em que a figura do devedor é a responsável pelo adimplemento<sup>64</sup>.

---

*deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables*". Retirado em [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com).

<sup>62</sup> Ver: Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. Gustavo Tepedino, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: Temas de direito civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Jorge Mosset Iturraspe, *Derecho civil constitucional*, 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2011.

<sup>63</sup> Clémerson Merlin Clève, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 54:28-39, jan./mar. 2006. Fundamenta: "Deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia. O art. 6.º, da CF/1988 não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental. Neste ponto algo precisa ser dito a respeito das funções e dimensões dos direitos fundamentais".

<sup>64</sup> *Las obligaciones en el derecho constitucional*, p. 15. São as suas palavras: "que el derecho civil de las obligaciones encara preponderantemente la relación jurídica de alteridade desde la situación del sujeto pasivo, o deudor. Primordialmente, contempla la prestación o el débito a cargo de él. El derecho constitucional, en cambio, nos despierta la impresión primera de que, como principio, la cuestión empieza más bien el sujeto activo, por el titular del derecho. Diríamos, em linguagem privatista: por

Numa outra perspectiva, Ricardo Guastini adverte para a experiência de que o direito subjetivo seria vocábulo de *pretensão* fundada em determinada norma que concede ao titular a possibilidade em exigir o cumprimento do *alter*. Contudo, ainda insiste que caso a norma referida ou outra disposição não atribua ao titular a garantia sobre esse direito, o dever corresponsivo não existe<sup>65</sup>.

A contrapor essa advertência Luigi Ferrajoli atribui ao direito subjetivo a noção de *expectativa* conferida a um sujeito pela norma de prestação ou de não lesão por parte de outros sujeitos. Nesse campo, indica que a norma deve estar munida da garantia para servir o titular do direito, contudo caso referida garantia não exista, mesmo que através de outra norma, o direito ainda existe<sup>66</sup>.

O pensamento de Ferrajoli demonstra de forma clara que o direito do titular continuará tendo existência, especialmente porque a Constituição se dirige explícita ou implicitamente ao legislador ordinário não apenas para proibir a produção de normas em contradição aos direitos fundamentais, senão para exigir que o legislador produza norma apta a garanti-los<sup>67</sup>. Em outras palavras, a garantia tocada ao Poder Público quanto aos direitos fundamentais é sempre *imediata*: o Estado é o principal agente de cumprimento dos deveres fundamentais.

Essa noção é reforçada pela doutrina nacional, porquanto “*a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizada com medidas apropriadas (e não por meio de simples omissão de intervenção, tal como nos direitos individuais). O mesmo acontece*

---

*el ‘acredor’*”

<sup>65</sup> Ricardo Guastini, *Diritti*. In *Analisi e diritto 1994: Ricerche de giurisprudenza analitica*. Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (ord.). Turin: Giappichelli, 1994, p. 164.

<sup>66</sup> Luigi Ferrajoli, *Garanzie*: Parolechiave 19 (1999), p. 28.

<sup>67</sup> Michelangelo Bovero, *Derechos, deberes, garantias*. In: *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2009, p. 239.

*com as garantias de instituições públicas e privadas que podem ser realizadas somente por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado*”<sup>68</sup>.

Evidentemente que diversas nuances entre as obrigações privadas e constitucionais se impõem. Apesar das divergências inerentes e aparentes a cada regime jurídico, ambos nichos de obrigações mantêm ponto de contato em algumas circunstâncias jurídicas. Observe-se cinco tópicos de relativa aproximação entre as disciplinas: a *patrimonialidade*, a *determinabilidade da prestação*, a *complexidade* da obrigação, o *vínculo jurídico* e, por fim, a existência de novos *sujeitos passivos*.

Quanto à *patrimonialidade* não há dúvidas de que no campo do direito público ela é meramente residual, porquanto os direitos fundamentais têm característica a universalidade, indisponibilidade, extrapatrimonialidade. É como leciona Luigi Ferrajoli: “*in opposizione ai diritti patrimoniali, come la proprietà e il credito, che sono diritti singolari, acquisiti da ciascuno con esclusione degli altri – quei diritti universali, e perciò indisponibili e inalienabili, che sono attribuiti direttamente da norma giuridiche a tutti in quanto personae, o cittadini o soggetti capaci d’agire: siano essi diritti negativo, come i diritti di libertà cui corrispondono divieti di lesione, siano essi diritti positivi, come i diritti social cui corrispondono obblighi di prestazione in capo ai pubblici potteri*”<sup>69</sup>.

Mas como se viu no direito privado há na atualidade a *obrigação sem o dever de prestar*, fazendo coro muito mais aos deveres anexos e de confiança, do que a patrimonialidade em si. A evidência da tutela específica de obrigação de fazer e não fazer e de dar coisa tornou-se mais sólida do que a resolução em perdas e danos<sup>70</sup>. No mais, ressalte-se que na órbita do direito

---

<sup>68</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. cit. p. 65.

<sup>69</sup> Luigi Ferrajoli, *Garanzie*: Parolechiave 19 (1999), p. 16.

<sup>70</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. vol. II. Direito das obrigações, cit. p. 309. Adverte: “*Toda a técnica tradicional tem de ser revista. E a*

constitucional os direitos fundamentais sociais não deixam de estar atrelados aos aspectos econômicos, mire-se no exemplo no direito à moradia, trabalho, transporte etc.

À *determinabilidade* da prestação há posicionamento privado firme de que algumas obrigações constitucionais dela são desprovidas. Neste sentido, leia-se: “*existem alguns deveres jurídicos que são incoercíveis, como acontece com as normas programáticas, frequentes no direito constitucional, mas estas não são normas que regulam condutas, isto é, não são normas primárias, ou de primeiro grau; são normas sobre outras normas, isto é, são normas secundárias, ou de segundo grau, na conhecida classificação do eminente jurista britânico Hart*”<sup>71</sup>.

Mesmo aceitando a tese de que algumas normas constitucionais têm cunho programático é possível advertir que não deixam de produzir efeitos<sup>72</sup>. Contudo, mais fácil contrapor a referida opinião considerando a posição designada pela doutrina constitucional atual aos direitos fundamentais, especialmente aqueles ‘*prestacionais*’ – eis que além de conteúdo econômico e por isso *prevaricados* por determinados agentes políticos na estratégia marginal argumentativa da *reserva do possível* (como se *impossível* fosse o atendimento às demandas existenciais) – os quais devem abrir espaço ao *personalismo ético* inerente à *vida digna*, com vistas a evitar a inadimplência<sup>73</sup> e à extinção da

---

*manutenção da obrigação, mau grado a substituição do dever de prestar principal por um dever de indenizar, mais reforma a ideia de uma estrutura associada à concessão de uma vantagem e não (ou não apenas) a uma prestação”.*

<sup>71</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, cit. p. 5.

<sup>72</sup> Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313. Lembra: “*no plano do sistema, na medida em que as normas programáticas dele participam como quaisquer outras e para ele contribuem através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam*”.

<sup>73</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO



pessoa<sup>74</sup>.

MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - *A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional, (STF, RE 410715 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005).*

<sup>74</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 57, p. 5 -48, out.-dez, 2006. Corroborar: "Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador - que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do constituinte - poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as

Referente à *complexidade* das obrigações constitucionais ela é mesmo verificável a partir dos diversos ‘níveis’ de cumprimento das disposições fundamentais ou fundamentais sociais. A hipótese hermenêutica compreende ambiente de legitimação procedimental (*obrigação como processo*) mediante as seguintes obrigações: *i) obrigação de respeitar* (dever do Estado em não impedir ou obstaculizar o gozo aos bens que constituem o objeto dos direitos fundamentais); *ii) obrigação de proteger* (impedir que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso a esses bens que constituem objeto dos direitos fundamentais); *iii) obrigação de assegurar* (garantir que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não puder fazê-lo por si mesmo); *iv) obrigação de promover* (dever de desenvolver condições para que os titulares dos direitos fundamentais tenham acesso aos bens)<sup>75</sup>.

Tais obrigações são percebidas de forma complementares e não excludentes entre si, ampliando a concretude dos direitos fundamentais para além da visão dicotômica de direitos negativos/positivos ou de meio/resultados. Portanto, não há *um único dever de prestação* nas obrigações constitucionais, pois assim como no direito privado as obrigações podem se desdobrar em níveis de demais prestações, além daquelas designadas como principais ou secundárias, dando ensejo aos deveres de fidúcia.

O interessante neste ponto é que o direito privado há muito, já no início do século XX, através das lições de Thöll, Siber e Staub, já buscava a boa-fé como elemento catalisador (integrativo) da obrigação como relação jurídica complexa,

---

*normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador”.*

<sup>75</sup> VAN HOOFF, F. *The legal nature of economic social na cultural rights: a rebuttal of some traditional views*. In: The right to food. Alston, P; Tomasevski, K. (eds.). Martiuns Nijhoff, 1984, p. 97/110.

convocando não apenas o direito obrigacional, senão todo o ‘sistema jurídico’ para a legitimação do processo entre credor e devedor. Insista-se que a boa-fé também é muito bem trabalhada nos domínios do direito público<sup>76</sup>.

Adiante-se para a questão do *vínculo constitucional*. Na hipótese há nexos fundamentais entre os ‘atores’ e ‘valores’ constitucionais, ou seja, liame indissociável entre *Estado/cidadãos/direitos/garantias/finalidades*; e entre particulares e particulares sob a ‘proteção’ do Estado. Vínculo esse que se refere à regulação jurídica do direito positivo abarcando não só as *formas de produção* do direito senão igualmente os *conteúdos produzidos*. Daí a ideia do modelo ‘garantista’, pois repele o direito ilegítimo e vincula normativamente os *conteúdos produzidos* aos princípios e valores constitucionais<sup>77</sup>.

O vínculo determina o âmbito de ligação da obrigação constitucional que decorre da norma jurídica fundamental independentemente da previsão expressa de garantia, pois como se viu é implícita. Arremate-se que o vínculo é ensejador do dever fundamental, posto que *erga omnes* e igualitário, abrangente subjetivamente em todos os sentidos, assegurando um mínimo de conteúdo aos cidadãos a fim de provê-los como *agentes morais autônomos* da sociedade, portanto aspecto emancipatório<sup>78</sup>.

E neste condão pode-se afirmar: *en suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus*

---

<sup>76</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior, *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

<sup>77</sup> Luigi Ferrajoli, *El derecho como sistemas de garantías*. In: *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, p. 20.

<sup>78</sup> Ver voto do Min. Ricardo Luis Lorenzetti em ‘Masa’ (LL 2007-A-316): “*el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino... Esta tutela comprende... la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, CN). Es un principio que todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que pueden desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe tutelar*”.

*contenidos contingentes – su ‘deber ser’, y no sólo su ‘ser’ – los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como derecho sobre derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica*’<sup>79</sup>.

No âmbito privado, o vínculo passou a ser fonte igualmente de obrigação, considerando os contatos sociais, como averbado linhas atrás. Tenha-se, pois, novo ponto de semelhança entre os direitos obrigacionais, porque os comportamentos públicos também vinculam já que são manifestações objetivas de que o Estado irá agir ou deixar de agir em determinada circunstância<sup>80</sup>. Bom exemplo disso é a confiança despertada no

---

<sup>79</sup> Luigi Ferrajoli, *El derecho como sistemas de garantías*, cit. 19.

<sup>80</sup> APELAÇÃO CÍVEL. *A prescrição não existe tratando-se de omissão reiterada do Poder Público. O serviço de transporte individual por táxi é definido pela legislação de Belo Horizonte como serviço público. Doutrinariamente, trata-se de serviço público por dizer respeito ao interesse de expressiva parcela do povo que não se pode valer do transporte coletivo e não dispõe ou não pode utilizar veículo próprio. A competência privativa da União para a legislação sobre transportes não exclui a competência dos Municípios para suplementarem a legislação federal e para dispor sobre os assuntos de interesse local. O regime da licitação, necessário para delegação do serviço público, visa guarnecê-lo da segurança indispensável ao povo especialmente quando se trata de atividade perigosa, diante da qual têm de ser evitados danos pessoais e materiais que muitas vezes se tornam irreparáveis. A licitação é indispensável para a boa qualidade do serviço público delegado e para permitir igualdade de oportunidades aos que pretendem nele inserir-se já que o desemprego é massivo e não é possível a livre iniciativa, nesse setor, sem detrimento ao interesse da população e dos servidores. A falta de licitação reduz o controle e fiscalização do Governo e enseja a prática de atitudes intoleráveis, ultrapassadas pelos séculos, que são a espoliação do trabalho humano, a falta de respeito para com a dignidade da pessoa e para com o valor do seu trabalho bem como a má qualidade de serviço em prejuízo do interesse público e dos direitos da população. As situações de fato, decorrentes de atos administrativos aparentes, devem ser consideradas acima do princípio da estrita legalidade, em apreço às noções civilizadas de boa-fé, segurança individual e familiar e confiança devida aos atos aparentemente normais da autoridade constituída. A falta de observância das normas relativas à licitação, após a solução judicial da demanda, caracteriza improbidade administrativa e sujeita os responsáveis pela ação ou omissão às sanções administrativas, civis e penais. Dá-se provimento parcial às apelações.* (TJMG, 1.0024.01.577094-4/017, Rel. Des. Almeida Melo, p. 20.09.2012)

âmbito do direito público que é geradora de obrigações<sup>81</sup>.

Em derradeiro enfrentamento vê-se que em algumas oportunidades os legitimados passivos das obrigações constitucionais vão além dos órgãos e representações públicas, porquanto “*outras disposições da Constituição estabelecem deveres dos cidadãos e da sociedade (...) Nesses casos, o dever fundamental se define como norma cuja finalidade é exigir dos particulares atuação positiva para implementar direitos fundamentais, mas com a necessária intermediação do Estado legislador, que é o primeiro destinatário das normas definidoras de direitos e deveres fundamentais*”<sup>82</sup>.

Aliás, quanto aos deveres fundamentais exsurge nova categoria de legitimados passivos compreendida como *coletiva*, “*de natureza difusa. Podemos mencionar a segurança pública (responsabilidade de todos – art. 144 da CF), a educação (dever da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade – art. 205 da CF), a preservação ambiental (dever da coletividade, art. 225), a tutela das crianças, dos adolescentes e dos idosos (dever da família e da sociedade, art. 227 e 230)*”<sup>83</sup>.

No âmbito do direito privado, as obrigações contêm conteúdo ético e limitativo no que respeitam aos efeitos a terceiros, trata-se da *função social da obrigação* que veda exercício do direito de modo contrário ao interesse coletivo (art. 187 CC), posto necessário “*que o interesse do credor possa ser valorado, do ponto de vista social, como sério e útil, porque, se isso não acontecer, a própria obrigação em causa será antiju-*

---

<sup>81</sup> Almiro do Couto Silva, *O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração de anular seus próprios atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 237, 2004. Ver também Bruno Miragem, *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

<sup>82</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. cit. p. 66.

<sup>83</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. cit. p. 66.

rídica”<sup>84</sup>.

Eis o interesse coletivo! *Comum* às esferas público e privada (que hoje são *comuns* e não díspares), especialmente considerando que o resultado buscado por elas tem *unicidade de desígnios* (mesmo que às vezes impossível): a justiça. Valor que a todos toca, como nas palavras de Sandel: *"Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos "hábitos do coração" que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida, puramente egoístas e cultivar a virtude cívica"*<sup>85</sup>.

Destarte é de ver que a obrigação tem mesmo caráter *transcendente* (não imanente) à teoria das esferas independentes, outrora ditas como insuperáveis, demonstrando-se como *relação jurídica complexa fundamental*, considerando os valores albergados por todo o sistema jurídico, quer seja privado, quer seja constitucional.

### 3.1 A NÃO CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO ESTADO E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES CONTRA A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM EXEMPLO

Os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos como *direitos à libertação da opressão social e da necessidade*<sup>86</sup>.

É tarefa ininterrupta ao jurista implementar aporte jurídico-científico que auxilie na viabilização e operacionalização

---

<sup>84</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, cit. p. 26.

<sup>85</sup> Michael J. Sandel. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 4ª edição. 2011, p. 325.

<sup>86</sup> Jorge Miranda, *Os Direitos Fundamentais - Sua Dimensão Individual e Social*, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* (CDCCP) n. 1 (1992), p. 201.

de ditos direitos fundamentais – *prestacionais e que envolvem acessos à ordem econômica, social, cultural e ambiental* – já que no plano político-constitucional são ferramentas normativas essenciais para legitimar o tratamento desigual com vistas a diminuir as diferenças entre classes sociais (causas de tantas situações indesejadas). Está-se, pois, perante a ampla necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, como forma de tornar o direito efetivamente justo (*das richtige Recht*)<sup>87</sup>.

As seguidas manifestações populares no Brasil contra às reformas constitucionais, especialmente à previdência social, soam claramente como desprezo geral à metodologia-política de ausência de concreção dos direitos fundamentais sociais. O sistema político, além de não cumprir o já averbado na Constituição Federal quanto à previdência, pretende mitiga-la como perspectiva de resposta às injustiças sociais.

Eis o visível (para poucos) e insensível (para a grande maioria): de um lado, a *extrema conexidade* dos cidadãos, criando o paradigma da *sociedade virtual* que se conecta e que fiscaliza por redes sociais, ampliando o discurso e tornando-se elemento social concreto (*não se trata mais de indivíduos espalhados, isolados e sem memória*)<sup>88</sup>, senão ‘militantes’ de direitos não satisfeitos; e de outro a fraqueza de sentidos dos órgãos públicos em imaginar que não estão sendo fiscalizados e vigiados quanto à *estrutura precária* de efetivação dos direitos fundamentais sociais. O que se vê nestas frequentes manifestações não é revolução (*anarquia*) tendente a lutar contra o vazio normativo (*anomia*). Ao contrário, é a *exigência do cumprimento daquilo que é fundamentalmente positivado*: o direito é

---

<sup>87</sup> Carlos Maximiliano. *Heremênutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25.

<sup>88</sup> Mark Buchanan, *Nexus: fundamentos da ciência dos Networks*. Trad. André Alonso Machado. São Paulo Leopard, 2009, p. 61. Ver transformações sociais pela Internet.

do *povo*<sup>89</sup>.

Pelo que se percebe o incumprimento dos direitos fundamentais sociais tem diversos fatores. Contudo, é possível estabelecer, ao mínimo, três planos pelos quais a ineficácia social de ditos direitos demonstra-se mais palpável. Trata-se de situá-los, subsequentemente, nos planos: institucional, sistêmico e valorativo.

Diz-se *institucional*, considerando o amplo descompasso entre a intensidade de aplicabilidade proporcionada aos direitos fundamentais pelos diferentes atores institucionais. Ressalte-se que o rol institucional evoluiu bastante desde a visão proposta por Montesquieu<sup>90</sup> de divisão de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), porque em dias atuais a sociedade civil passa igualmente a ser compreendida como dimensão de poder<sup>91</sup>, abrindo-se nesta última modalidade amplo espaço aos movimentos sociais (associações, OGNs etc.). Gize-se, no entanto, que os modelos institucionais sobre a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais ainda estão em escala de distanciamento ou abismo e não convergência entre as instituições.

Ministérios e secretarias sediados no Poder Executivo; tribunais como aplicadores do direito no âmbito do Poder Judiciário; comissões parlamentares na estrutura do Poder Legislativo, além de manutenção de posições dogmáticas e pragmáticas equidistantes sobre direitos fundamentais, reagem contra as

---

<sup>89</sup> Friedrich Muller, *Quem é o povo?*: a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 49. Explica: “o povo não é apenas – de forma indireta – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma direta – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. Ele justifica esse ordenamento jurídico, num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo”.

<sup>90</sup> Montesquieu. *O espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

<sup>91</sup> Gunther Teubner. *Droit et réflexivité: l'auto-referance en droit et dans l'organisation*. Belgique: Bruylant, 1996, p. 15.



posições tomadas pelos setores organizados da sociedade civil, já que estes últimos têm maior mobilidade discursiva frente ao formalismo estatal<sup>92</sup>.

Exemplo seja dito entre a polêmica instalada no direito brasileiro (ainda reinante) entre a aplicação *mínimo existencial* (paradigma de acesso à saúde ou direito à vida)<sup>93</sup> com a *reserva do possível* (paradigma de legitimação procedimental do Estado de Direito)<sup>94</sup>, onde a decisão judicial por vezes é taxada de ‘interventora’ nas questões orçamentárias das administrações públicas, já que os direitos fundamentais de ordem econômica, social cultural e ambiental se apresentam como escassos<sup>95</sup>. É o caso de tratar a Constituição como simbólica já que havendo direitos não há estrutura para a inerente concreção, ou em outra carga: o caráter político-simbólico tem preponderância à função normativa-jurídica da Constituição<sup>96</sup>.

No plano *sistêmico* é essencial a verificação de que o direito, por si só, demonstra-se insuficiente no conhecimento de todas as necessidades e carências da população, ‘inda mais a considerar os avanços tecnológicos intermináveis e a questão

---

<sup>92</sup> Jürgen Habermas. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 104.

<sup>93</sup> Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos fundamentais, orçamentos e reserva do possível. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

<sup>94</sup> Ricardo Luís Lorenzetti. *Teoria da decisão judicial*. cit. p. 187.

<sup>95</sup> Ernest-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menédez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 76. Diz o autor em comparação aos direitos fundamentais de liberdade: “*En los derechos fundamentales sociales la cosa es muy distinta. Aspirando aprocuar determinados bienes materiales, no parten de algo antecedente, ya dado, que debe ser protegido jurídicamente y asegurado frente a ataques. Para asegurar estos derechos fundamentales se necesita más bien, con anterioridade a la garantía de la protección jurídica, una acción estatal activa, positiva; se necesitan medidas del legislador y/o de la Administración que procuren el acceso a los bienes materiales y la participación en ellos*”.

<sup>96</sup> Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 35. Alude ao problema da hipertrofia político-simbólica em detrimento à função normativo-jurídico da Constituição.

da comunicação que se amplia de forma virtual (*em dimensão de profundidade e de largura*), modificando a base do conhecimento da humanidade. O direito como sistema de segunda grandeza e hipercomplexo<sup>97</sup> deve estar apto ao conhecimento de outros sistemas, interagindo e partindo para metodologia transdisciplinar como modo eficiente de *compreender* a organicidade social e de *solucionar* os conflitos circundantes<sup>98</sup>.

Impõe-se na realidade a releitura da obsoleta estrutura positivista e cartesiana de mera classificação como modelo geral de resumir fenômenos e fixar conceitos, para reposicionar o direito frente ao debate entre todos os acontecimentos, especialmente aqueles não jurídicos, permitindo a circularidade no pensamento científico. Portanto, da visão sistemática à perspectiva sistêmica<sup>99</sup>.

O direito permanecendo na visão sistemática consegue outorgar, internamente, critérios de *validade de normas*, con-

---

<sup>97</sup> Antônio Junqueira de Azevedo. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia, ato nulo e ato ilícito, diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal, necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6. No mencionado artigo há uma boa definição do direito como sendo “*um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas. Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores; doutrina jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; há sempre retroalimentação (feed-back); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – e ele, então, por vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é de segunda ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)*”.

<sup>98</sup> Edgar Morin. *O problema epistemológico da complexidade*. Lisboa: Europa-América 2002, p. 23.

<sup>99</sup> Mario G. Losano. *Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XXII.

forme a potencialidade dogmática outrora desenvolvida por Hans Kelsen<sup>100</sup> e avalizada em diversos outros pensamentos neokantianos<sup>101</sup>. Contudo, o problema enfrentado pelo direito na pós-modernidade, notadamente em razão dos direitos fundamentais tem duas outras dimensões: *i) a validade do sistema jurídico*, enquanto ciência do direito enclausurada nas próprias estruturas e sem cognoscibilidade aos demais sistemas; *ii) a efetividade* de normas que garantem direitos fundamentais básicos e que desprezadas geram o grave problema de *alienação normativa*<sup>102</sup>.

Na dimensão *valorativa* há a necessidade por óbvio de livrar *parte* dos setores sociais dos grillhões do tempo, dos tabus tradicionais, permitindo-se compreender a sociedade nas fronteiras do pluralismo, *locus* de todos. É dizer que ao cariz do *solidarismo ético* exigido constitucionalmente (CF, art. 3º, inc. I) não se aceitam visões partidárias e parciais, carregadas de preconceitos e prejuízos<sup>103</sup>, impondo abrir espaço a todos os pensamentos.

---

<sup>100</sup> Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 55. Aponta nesse sentido que: “*Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva*”.

<sup>101</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 287.

<sup>102</sup> Roberto Gargarella. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Ciepp, 2005, p. 33. Diz o constitucionalista: “*Si tomamos en cuenta una métrica como la señalada, según entiendo, quedamos en condiciones de afirmar que aquellos que se encuentran privados de ciertos bienes humanos básicos enfrentan, en la actualidad, situaciones de alienación legal. Las razones que nos permitirían justificar dicha presunción tendrían que ver con la presencia de condiciones sustantivas y procedimentales como las que los primeros constitucionalistas reconocieron como indicativas de una situación de alienación legal*”.

<sup>103</sup> Hans Gadamer. *Verdade y método: fundamentos de una hermenêutica filosófica*, Salamanca: 1991, p. 335/337. Quanto ao prejuízo. Diz o filósofo: “*Por eso en francés ‘préjudice’, igual que ‘praepudicium’, significa también simplemente perjuicio, desventaja, daño*”.

Se antes *vozes ausentes da discussão pública*<sup>104</sup>, ganham efetivamente força os *movimentos sociais* através de *manifestações populares* que com acerto exigem ser ouvidos, bem como necessitam de amplo espaço para discursar de forma a trazer à consideração questões relevantes, a saber: *i*) as violações públicas ou privadas aos direitos fundamentais sociais; *ii*) reivindicações de defesa e de efetivação dos direitos fundamentais sociais já positivados; *iii*) readequação de projetos e programas públicos e privados com iminente risco às populações, levando-se em consideração especialmente o nível de classes sociais e a etnias; *iv*) participação da sociedade civil perante às instituições públicas de forma a legitimar o debate das questões afetas aos direitos fundamentais sociais; *v*) prevenção de ocorrência de violações aos direitos fundamentais sociais.

Portanto, no plano valorativo (despregado de amarras preconceituosas) o *controle popular* quanto à efetividade dos direitos fundamentais sociais conclama ampla participação dos movimentos sociais no cumprimento do munus fiscalizatório. Insista-se que o *controle popular* dos direitos fundamentais sociais desenvolvido pelos movimentos sociais tem melhores condições em exigir '*prestação de contas*' do poder público, porque infenso à estrutura orgânica estatal e dotado de *organicidade própria*.

Em reciprocidade, aos agentes do Estado, *dogmaticamente compreendidos como legitimados na função procedimental*<sup>105</sup> dos direitos fundamentais, cumpre à prestação de contas, já que responsáveis pela movimentação pecuniária do tesouro tributário (CF, art. 70, par. ún.) que está afetada e vinculada aos direitos fundamentais sociais.

### 3.2 HIPÓTESES DE DIÁLOGO ENTRE OS PLANOS DE

---

<sup>104</sup> Roberto Gargarella. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 17.

<sup>105</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

## OBRIGAÇÕES

Avançando novamente na proposta de Erik Jayme, entre nós revelada por Cláudia Lima Marques, observam-se três formas de diálogos: *i)* coerência; *ii)* complementaridade; *iii)* coordenação e adaptação sistemática<sup>106</sup>. Entende-se que essas categorizações dialógicas ilustram a plenitude de intercâmbio das relações obrigacionais entre ambos os sistemas com excelente margem de reciprocidade resolutiva.

A primeira modalidade e diálogo (*diálogo de coerência*) refere-se ao empréstimo de bases conceituais entre os modelos normativos. Não há dúvidas de que a Constituição Federal estando no ápice do ordenamento exige coerência do sistema obrigacional de direito privado, eis que aqui reflete o prumo de que há escala de justificação hierárquica<sup>107</sup> tanto estruturante (regras, subsunção, suporte fático e antinomias) como axiomática (princípios, valores argumentação jurídica).

A Constituição Federal é provida de força geradora e normativa quanto a diversos tipos de direitos<sup>108</sup>, tanto de natureza pública como de natureza privada. Não se perde de vista, ademais, que o § 1º do art. 5º da CF estabelece a aplicação imediata dos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico,

---

<sup>106</sup> Cláudia Lima Marques, *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor. v. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003, p. 70-99.

<sup>107</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoria da decisão judicial*, cit, 75. Esclarece: “as normas fundamentais determinam o conteúdo mínimo básico para a decisão de questões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Com esse critério, o espaço de interpretação fica reduzido, uma vez que, se um intérprete pode achar que qualquer norma do sistema jurídico se vincula formalmente à Constituição, as possibilidades se reduzem se a norma particular for submetida a um critério de ‘fundamentação jusfundamental correta’. Daí por que uma norma será de direito fundamental quando houver a possibilidade de uma fundamental jusfundamental correta”.

<sup>108</sup> Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

impondo ao direito privado reagir às situações de mitigação dos direitos fundamentais mediante suas ferramentas (nulidade, responsabilidade civil, interpretação mais favorável etc.).

A aplicação dos direitos fundamentais nos lindes do direito privado dá-se em três formas: *i*) na simples reprodução pelas normas de direito privado do que está contido na Constituição Federal (direito à propriedade: CC art. 1.228 e CF art. 5º, inc. XXII); *ii*) por meio das cláusulas gerais, como normas-programa ou de reenvio, com o preenchimento da norma pelos valores constitucionais; *iii*) com aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, quando o legislador infraconstitucional deixou de reger a situação (imperativo de tutela)<sup>109</sup>.

Pode-se objetar a tal indicação dialógica, manifestando que não há transição alguma, simplesmente ‘orientação’ Constitucional de superioridade. Mas, todavia, ela existe, isto porque também o direito privado empresta ‘conceitos’ (*e não regress!*) à Constituição Federal, tome-se o exemplo do art. 5º, inciso X da CF que utiliza conceitos de direitos obrigacional ao tutelar como direito fundamental a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, assegurando *indenização* pelo *dano material* ou *moral*.

O *diálogo de complementaridade* contempla hipóteses de compartilhamento de princípios e normas de maneira integrativa entre um dos sistemas normativos quando for evidentemente necessário ao caso em testilha por julgamento. Enquanto vê-se facilmente indicada esta mobilidade via Constituição rumo ao direito privado (como no empréstimo dos relevantes princípios de natureza constitucional ao direito privado: autodeterminação, livre concorrência, proporcionalidade, razoabilidade etc.), na vertente oposta também é possível que princípios da órbita privada resolvam *situações obrigacionais* hauridas na Constituição Federal.

---

<sup>109</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direitos privados*. Coimbra: Almedina, 2003.

Neste sentido, não há dúvidas que a *boa-fé* ostenta essa particularidade, já que auxilia o julgador na aplicação de questões constitucionais de noções sobre o comportamento dos jurisdicionados<sup>110</sup>. Ainda pode-se dizer o mesmo quanto ao *enriquecimento sem causa*, como princípio vetor do direito privado (art. 884, CC)<sup>111</sup>, que auxilia por vezes as manifestações de direitos sociais previstas no Texto Constitucional<sup>112</sup> ou mesmo o *venire contra factum proprium* oriundo da doutrina do abuso do direito e com base dúplice (direito público e privado)<sup>113</sup>.

Por fim, pelo diálogo de *coordenação e adaptação sis-*

---

<sup>110</sup>AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. 1. Reserva de plenário. Ausência de contrariedade ao art. 97 da Constituição da República. Inexistência de declaração de inconstitucionalidade de lei federal. Precedentes. 2. Restituição de valores pagos indevidamente pela Administração Pública a beneficiário de boa-fé. Acórdão recorrido conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, AI 829661 AgR/MG - MINAS GERAIS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19/03/2013).

<sup>111</sup> Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. Em densa obra explica a origem da figura do enriquecimento sem causa desde a Lei de Manu, com passagens pelo Direito Romano (*praecepta juris*), compreendendo-o hoje como princípio e ao mesmo tempo cláusula-geral.

<sup>112</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVERSÃO DE FÉRIAS NÃO GOZADAS EM PECÚNIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal). 2. O entendimento desta Suprema Corte alinha-se no sentido de que o servidor público tem direito à conversão em pecúnia de férias não gozadas, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública. 3. In casu, a Turma Recursal deu parcial provimento ao recurso inominado interposto pelo Estado, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios e reduzir o percentual de juros aplicável ao caso, mantendo, no mais, a sentença em que se julgara procedente o pedido de condenação do réu ao pagamento, a título de ressarcimento, pelas férias não gozadas, referentes ao período de 2003 a 2008. 4. Agravo regimental desprovido. (STF, ARE 662624 AgR/ RJ - RIO DE JANEIRO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/10/2012).

<sup>113</sup> José de Oliveira Ascensão, *Introdução à ciência do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

*temática* é tranquilo que enquanto a Constituição Federal auxilie com a experiência dogmática e jurisprudencial no aprofundamento humanitário do direito obrigacional (como já citado no caso da Sumula Vinculante nº 25), o direito privado obrigacional do mesmo modo possibilita o melhor adimplemento dos direitos fundamentais pelo Estado. Exemplifica-se com o acesso à saúde: não basta ao poder público fornecer o medicamento ao paciente (*prestação principal*), cabe ministrar o tratamento ou ao menos acompanhá-lo se revelar alguma complexidade (*prestação secundária*), além de explicitar as informações essenciais a respeito do produto adquirido pelo Serviço Único de Saúde (*dever de proteção e cuidado*).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: TRATAMENTO DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dirley da Cunha Júnior<sup>114</sup> manifestando sobre a expansão da jurisdição constitucional apresenta diversas garantias de controle da constitucionalidade, destacando entre elas: o controle difuso-incidental (via de exceção ou defesa), o controle concentrado-principal (via ação direta de inconstitucionalidade; declaratória de constitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; e arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Arremata quanto à ação civil pública que: “*no controle incidental das ações e omissões do poder público, destaca-se, outrossim, a ação civil pública como um dos mais significativos meios de efetivação das normas constitucionais na defesa coletiva dos direitos fundamentais*”<sup>115</sup>.

Pois bem. O Estado referente ao adimplemento dos di-

---

<sup>114</sup> *Controle judicial das omissões do poder público*, cit. 460.

<sup>115</sup> Dirley da Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do poder público*, cit. 460.



reitos fundamentais, especialmente daqueles de natureza social - compreendidos como *direitos de prestação em sentido estrito*, consubstanciando situações jurídicas chamadas de *direitos a algo*<sup>116</sup> - não se limita às *obrigações positivas (facere)*, isto porque quando alcançados essa realizabilidade (saúde, moradia, educação, seguridade social) por parte de certo titular, também cabe, ao Estado, a obrigação de abster-se de realizar condutas que possam mitigar o valor já alcançado (*non facere*)<sup>117</sup>.

Via de consequência, no que respeita aos legitimados passivos das obrigações fundamentais sociais, como se viu, o Poder Público é o maior responsável pelo cumprimento, mas não é o único<sup>118</sup>. No entanto, no campo de ação estatal, são justamente nos poderes legislativo e executivo que estão centradas as maiores tarefas de efetividade dos referidos direitos, porquanto corresponde aos mesmos a *regulação normativa e atuação administrativa* como carga prestacional.

Ao Poder Judiciário o papel é suplementar, tocando-lhe a obrigação de atuar sempre que os demais poderes assim não ajam, quando descumprem a carga lhes tocada pela regra fundamental. Evidente que há obstáculos de exigibilidade dos direitos fundamentais, especialmente na órbita judicial, mediante os seguintes apontamentos: *i) o conteúdo de tais obrigações* (extensão dos direitos e deveres às partes da relação fundamen-

---

<sup>116</sup> Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 430.

<sup>117</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: Derecho constitucional. Roberto Gargarella (coord.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 975.

<sup>118</sup> Asbjørn Eide. *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales*. Estrategia del nivel mínimo. Revista de la comisión internacional de juristas, n. 43, 1989. Para este autor os direitos econômicos, sociais e culturais não requerem utilizar tão somente recursos públicos. Com base na Declaração sobre o direito ao desenvolvimento (ONU Res. 04/128 de 14/12/86), expressa que “*num primeiro nível em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais se encontra a obrigação do Estado de respeitar a liberdade de ação e o uso de recursos próprios de cada indivíduo na satisfação de suas necessidades econômicas e sociais*”.

tal, já que geralmente os direitos fundamentais são designados com extrema abertura semântica); ii) *as restrições ao Poder Judiciário frente às questões técnicas e ou políticas* (a considerar as prioridades de atendimento, por exemplo); iii) *a inadequação dos instrumentos processuais para cobrança de ditos direitos* (e essencialmente a ausência da busca de consensos interinstitucionais como forma de solução de conflitos); iv) *o incipiente controle judicial a respeito do inadimplemento constitucional*. Contudo, não são barreiras intransponíveis, sempre considerando a hermenêutica que propicia a argumentação jurídica necessária ao caso concreto.

Vale dizer: o Poder Judiciário pode além de colmatar a obrigação incumprida pelos demais poderes, ainda sancioná-los conforme autoriza o sistema jurídico. Neste caso, exemplo es-correito ao tema seria a aplicação do *pavilhão normativo da eticidade*, que compreende textos legislativos de controle de comportamento dos agentes públicos e da administração pública (lei de ação popular, lei do processo administrativo, lei da transparência, e especialmente a lei de improbidade administrativa).

Aliás, a Lei de Improbidade Administrativa pela cláusula geral contida no art. 11 permite perfeitamente o combate ao inadimplemento das obrigações constitucionais<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> BRASIL. TJMG. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-GOVERNADOR. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DE RECURSOS NA ÁREA DA SAÚDE ABAIXO DO MÍNIMO CONSTITUCIONAL. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO EM TESE. EXTINÇÃO DA AÇÃO. ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/92. ANÁLISE DE MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Para o recebimento da ação basta a verificação de sua viabilidade em razão dos indícios de autoria e certeza da existência do fato, mas, para sua extinção, nos termos artigo 17, §§ 8º e 11, da lei de improbidade administrativa, se apresenta necessário, para o cumprimento do princípio constitucional de motivação das decisões judiciais, o exame das alegações de atipicidade, inadequação típica ou a existência de plano, de motivos para a improcedência da ação. 2. O descumprimento da norma-regra constitucional inser-ta no artigo 77, inciso II, da ADCT, em tese, serve de justa causa a legitimar a ação

Por óbvio, é o remanso doutrinário sobre a pretensão junto ao Poder Judiciário<sup>120</sup> quanto ao cumprimento de tais obrigações constitucionais, já que há quase unanimidade dogmática neste sentido: em Kelsen<sup>121</sup> o inadimplemento de determinada obrigação cria no *alter* o direito subjetivo a exigir uma sanção jurídica, enquanto em Ferrajoli<sup>122</sup> para que as lesões aos direitos fundamentais (de liberdade ou sociais) sejam sancionadas e eliminadas é necessário que tais direitos sejam justiciabilizados (acionáveis em juízo em frente aos sujeitos responsáveis por sua violação, por comissão ou omissão).

---

*de improbidade por inobservância dos princípios constitucionais retores da Administração Pública, notadamente quando a conduta esperada do agente público é oposta, no sentido de cumprir norma constitucional que visa à melhoria dos serviços de saúde universais e gratuitos, como forma de inclusão social, erradicação e prevenção de doenças, em uma sociedade com disparidades sociais e índice de desenvolvimento humano abaixo do desejável. 3. Não há margem para outra interpretação, a não ser que não se levem em consideração os aspectos semânticos das palavras, ou que se possa admitir o solipsismo subjetivista do intérprete, para encontrar, no texto ou no contexto, margem para concluir de outra forma, que não aquela que obriga o administrador a aplicar o percentual de 12 dos impostos estaduais arrecadados em ações de saúde. 4. Assim, não se revela como justificativa plausível, minimamente razoável, a interpretação dada pelo administrador para considerar como lícita a utilização de recursos provenientes das tarifas de a Concessionária para atingir o percentual constitucional, por não configurar erro escusável. 5. Isso quer dizer que, sob o ponto da imputação objetiva formal, a não aplicação do percentual determinado dos impostos mencionados na norma configura, ao menos em tese, conduta atentatória aos princípios da Administração Pública, mencionada no art. 11 da Lei nº 8.429/92. 6. A lei orçamentária não serve de justificativa para demonstrar a atipicidade do fato, devido à natureza jurídica dessa lei - lei de efeito concreto, portanto, lei apenas formal -, de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, que não elide o dever de cumprir a determinação constitucional, porquanto a não inclusão do percentual dos impostos para aplicar em saúde pública era de exclusiva obrigação do agente público, que não incluiu no projeto de lei o recurso devido". (TJMG, Agravo de Instrumento Cv 1.0024.10.244832-1/001. Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 04/04/2013).*

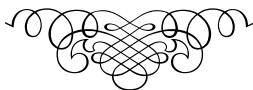
<sup>120</sup> Flávia Piovesan, *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>121</sup> Hans Kelsen. *Teoria geral das normas*. cit., p. 142.

<sup>122</sup> Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 917.

A imersão à compreensão do *inadimplemento constitucional* desenha a *tangibilidade* da administração pública e dos agentes públicos, ofertando condições para a efetividade dos direitos fundamentais, isto porque a concretização de referidos direitos exige: análise do âmbito da norma; argumentos de teoria do Estado; argumentos de teoria do direito; argumentos de teoria constitucional; conteúdos dogmáticos; elementos de técnica de solução de conflito; e interpretação, como tratamento filológico do texto normativo<sup>123</sup>.

Teima-se em encerrar com Karl Loewenstein, quando ao distinguir as cartas fundamentais em normativas, nominais e semânticas, indica que para que a Constituição seja um *instrumento vivo* não basta que contenha validade jurídica, senão que tenha a possibilidade de ser observada e cumprida por todos, pois não há Constituição sem uma simbiose entre a carta fundamental e a sociedade<sup>124</sup>.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOCIVH, Víctor y COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: Derecho constitucional. Roberto Gargarella (coord.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios

---

<sup>123</sup> Friedrich Müller, *Metodología de derecho constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

<sup>124</sup> *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.

- Constitucionales, 1997.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ANDRADE, Manoel de. *Teoria geral das obrigações*. 3ª ed. Coimbra.
- ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann, *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Disponível na internet: [www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp). Acesso em 15/08/2013.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia, ato nulo e ato ilícito, diferença de espírito entre responsabilidades civil e penal, necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista*. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 303-339.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BECK, Ulrich Beck, *O que é globalização?* Trad. André Carne. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

- BECKER, Anelise. *Inadimplemento antecipado do contrato*. Revista de Direito do Consumidor 12/76, São Paulo, out.-dez. 2004.
- BENACCHIO, Marcelo. *Inadimplemento das obrigações*. In: *Obrigações*. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.). São Paulo: Atlas, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BOVERO, Michelangelo. *Derechos, deberes, garantías*. In: *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2009.
- BUCHANAN, Mark. *Nexus: fundamentos da ciência dos Networks*. Trad. André Alonso Machado. São Paulo Leopardo, 2009.
- CAMPOS, German J. Bidart, *Las obligaciones en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar 1987.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 287.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 54:28-39, jan./mar. 2006.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Miguel Carbonell (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à*

- efetivação da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EIDE, Asbjørn Eide. *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales*. Estrategia del nivel mínimo. Revista de la comisión internacional de juristas, n. 43, 1989.
- FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 917.
- \_\_\_\_\_. *El derecho como sistemas de garantías*. In: *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7ª ed. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. *Garanzie: Parolechiave 19* (1999).
- FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GADAMER, Hans. *Verdade y método: fundamentos de una hermenêutica filosófica*, Salamanca: 1991.
- GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 17.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Ciepp, 2005.
- GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1970.
- GUASTINI, Ricardo. *Diritti*. In *Analisi e diritto 1994: Ricerche de giurisprudenza analitica*. Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (ord.). Turin: Giappichelli, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.

- Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. 1995, II, p. 60 e 251.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*: Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor. v. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003, p. 70-99.
- \_\_\_\_\_. *Proteção do consumidor no comércio*



*eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado.* In: Revista do Direito do Consumidor. V. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

---

\_\_\_\_\_. *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.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português.* Parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

---

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

---

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações.* v. II. t. IV. Coimbra: Almedina, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Os Direitos Fundamentais - Sua Dimensão Individual e Social,* in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* (CDCCP) n. 1 (1992).

---

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis.* São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORIN, Edgar. *O problema epistemológico da complexidade.* Lisboa: Europa-América 2002.

MORIN, Gaston. *La révolte des faits contre le code.* Paris:

- Grasset, 1920.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Derecho civil constitucional*, 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2011.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MÜLLER, Friedrich, *Metodologia de direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.
- \_\_\_\_\_. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil*. 2ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil*. t. 1, 1ª ed. Paris: LGDJ, 1900.

- SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 4ª edição. 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchti-ner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos fundamentais, orçamentos e reserva do possível. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n .57, p. 5 -48, out.-dez, 2006.
- SILVA, Almiro do Couto. *O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração de anular seus próprios atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 237, 2004.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: Temas de direito civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l'auto-referenc e en droit et dans l'organisation*. Belgique: Bruylant, 1996.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, 177:29-49, 1989.
- VAN HOOFF, F. *The legal nature of economic social na cultural rights: a rebutal of some traditional views*. In: The

- right to food. Alston, P; Tomasevski, K. (eds.). Martiuns Nijhoff, 1984, p. 97/110.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1992, v. II.
- VIANNA, Ragner Liomgeli. *Modalidade das obrigações: obrigação de dar*. In: *Obrigações*. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.). São Paulo: Atlas, 2011.
- VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1999.