

## A EFICÁCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS\*

Henrique da Cunha Tavares<sup>1</sup>

Adriano Sant’Ana Pedra<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/07/2014*

**RESUMO:** há tempos os direitos fundamentais têm ocupado lugar de proeminência no direito. Em razão disso, consolidou-se vasta doutrina acerca da temática direitos fundamentais. Contudo, o mesmo não se pode dizer quanto aos deveres fundamentais, que, ainda mais se comparado aos direitos fundamentais, possui doutrina incipiente acerca de sua fundamentação jurídica, aplicabilidade e validade. Este trabalho tem por objetivo a análise da eficácia jurídica dos deveres fundamentais e tem como ponto de partida a doutrina até aqui construída sobre o tema na seara dos direitos. Apesar de reconhecer-se a conexão funcional existente entre os direitos e os deveres fundamentais, o trabalho vai concluir que o ponto de partida não pode ser o ponto de chegada, de modo que os deveres fundamentais não podem seguir as mesmas regras que os direitos fundamentais, relativamente à sua eficácia jurídica, tendo em conta as diferenças existentes entre os dois institutos jurídico-constitucionais.

**PALAVRAS CHAVES:** deveres fundamentais; direitos fundamentais; eficácia jurídica.

---

\* Trabalho desenvolvido no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sob a coordenação do segundo co-autor.

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Cândido Mendes. Advogado. Presidente da Comissão Especial de Estudos Tributários da OAB do Espírito Santo.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal.

**ABSTRACT:** There are times the fundamental rights have occupied prominent place on the right. As a result, vast doctrine was consolidated on the theme of fundamental rights. However, the same can not be said about the fundamental duties, which, even more compared to fundamental rights, has incipient doctrine about its legal rationale, applicability and validity. This paper aims at analyzing the legal effect of the fundamental duties and has as its starting point the doctrine hitherto built on the theme of the harvest rights. Despite the awareness of the existing functional connection between the fundamental rights and duties, the paper will complete the starting point can not be the point of arrival, so that the fundamental duties may not follow the same rules as the fundamental rights relating to their legal effectiveness, taking into account the differences between the two legal and constitutional institutions.

**KEYWORDS:** fundamental duties; fundamental rights; legal effect.

## 1. OS DIREITOS E OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Nos últimos tempos, a ciência jurídica tem se ocupado, em sua maior parte, com o tema dos direitos. Direitos subjetivos, individuais ou coletivos, faculdades, prerrogativas. Em resumo: direitos. O “direito a ter direitos”<sup>3</sup>.

Discussões importantes têm sido travadas acerca de quais seriam os direitos fundamentais, quem estaria obrigado ao seu cumprimento e quais seriam seus titulares, além de que forma e em qual medida se poderia exigí-los, apenas para exemplificar alguns dos debates relativos ao tema.

O título da célebre obra de Norberto Bobbio descreve bem o momento vivido pela ciência jurídica: “a era dos direitos”. Sucessivas “gerações”<sup>4</sup> ou “dimensões”<sup>5</sup> – para usar o termo preferido atualmente pela doutrina – de direitos vêm sendo discutidas e inseridas nos ordenamentos jurídicos por meio

---

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 444-445.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 22.

<sup>5</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 115.

de revoluções, reivindicações, transições<sup>6</sup>, lutas e até mesmo episódios sombrios da história da humanidade.<sup>7</sup>

Com efeito, a criação de direitos é sempre bem vinda e o senso comum caminha com os olhos voltados para a máxima “quanto mais direitos melhor”. A doutrina majoritária<sup>8</sup> consente com a ideia de que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais<sup>9</sup>. A Constituição Brasileira de 1988, inclusive, além do farto rol de direitos fundamentais por ela previstos, reconhece a existência de outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, por força do disposto em seu art. 5º, §2º. Essa forma de reconhecimento de direitos fundamentais explicaria, em parte, a profusão de novos direitos, que parece impossível de se deter<sup>10</sup>.

Essa aparente inflação de direitos fundamentais já é alvo de reflexão de parte da doutrina, ainda que minoritária<sup>11</sup>. Em determinadas situações, no afã de positivizar direitos e talvez por falta de cuidado no exame mais apurado da fundamentação material das postulações, tem-se assistido uma exponencial multiplicação de direitos fundamentais que, muitas das vezes, se apresentam como pretensões pessoais ou coletivas de duvidosa legitimidade jurídica e política<sup>12</sup>. Como exemplo, pode-se citar o caso do reconhecimento do direito ao orgasmo<sup>13</sup>, ou, ainda, o caso citado por Lenio Streck, do direito fundamental à prática de *body*

---

<sup>6</sup> Como diz-se ter ocorrido na Constituinte de 1987-1988.

<sup>7</sup> Como é o caso da “Declaração dos Direitos do Homem” da ONU, de 1948, consequência e clara resposta às atrocidades presenciadas na 2ª Guerra Mundial.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.68.

<sup>9</sup> PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

<sup>10</sup> MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos Fundamentales y La necesidad de recuperar lós deberes aproximación a La luz Del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 30.

<sup>11</sup> MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos Fundamentales y La necesidad de recuperar lós deberes aproximación a La luz Del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 29.

<sup>12</sup> Idem, p. 30.

<sup>13</sup> Segundo Carlos Alberto G. Maino, Idem, p. 29, o direito ao orgasmo foi reconhecido no item 5º da Declaração Universal dos Direitos Sexuais, sob o título de “Direito ao prazer sexual”, Declaração derivada do XIII Congresso Mundial de Sexologia, 1997, ocorrido em Valencia, na Espanha. A declaração foi aprovada pela Assembleia Geral da Associação Mundial de Sexologia (WAS) em 26 de agosto de 1999, no XIV Congresso Mundial de Sexologia (Hong Kong).

*modification extreme*<sup>14</sup>, ou, explicando, da obrigação do Estado em custear cirurgia plástica e tatuagens a fim de que o pretense detentor do direito fique com a aparência de um lagarto.

Essa inflação dos direitos, paradoxalmente, acaba por enfraquecer o conceito e o conteúdo dos direitos fundamentais, posto que, onde tudo aparentemente é reconhecido como direito fundamental, nenhum direito poderá verdadeiramente ser reconhecido como tal, uma vez ser impossível distingui-los dos direitos “comuns”. Segundo Francisco Puy<sup>15</sup>

Ocorre, pois, que o argumento dos direitos se converteram na prova incontestada da legitimidade de todo conceito ou realidade jurídica, civil ou política, econômica ou social, cultural ou religiosa. Não há direito por pequeno, individual ou circunstancial que seja, que não possa ser defendido alegando uma presumida violação aos direitos humanos, e que de fato seja defendido assim. Nem há tampouco direito por grande, social e transcendental que seja, que não possa ser expropriado, postergado ou anulado, denunciando com alguma verossimilhança com uma violação dos direitos de um só indivíduo<sup>16</sup>(...)

---

<sup>14</sup> Lenio Streck relata em seu artigo “O Pan-principiologismo e o sorriso do lagarto” o caso prova escrita discursiva de caráter geral do XXIII concurso para ingresso na carreira da defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, em que um indivíduo hipossuficiente, interessado em participar da prática de modificação extrema do corpo (*body modification extreme*), decidiu se submeter a cirurgias modificadoras, a fim de deixar seu rosto com a aparência de um lagarto. Para tanto, pretendia enxertar pequenas e médias bolas de silicone acima das sobrancelhas e nas bochechas, e, após essas operações, tatuar integralmente sua face de forma a parecer a pele do anfíbio. Frustrado, após passar por alguns hospitais públicos, onde houve recusa na realização das mencionadas operações, o indivíduo decidiu procurar a Defensoria Pública para assisti-lo em sua pretensão. O candidato a defensor público deveria analisar se era viável a pretensão. Segundo Lenio Streck, “ao que consta, recebeu nota máxima quem respondeu que o defensor público deveria ajuizar a ação, porque o hipossuficiente tem o direito à felicidade (princípio da felicidade).” STRECK, Lenio Luiz. O Pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 de set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

<sup>15</sup> PUY, Francisco. Sobre La antinomia derechos humanos deberes humanos. In: \_\_\_\_\_. **Horizontes de La filosofia Del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel**. Tomo 1. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2002, p. 638-639.

<sup>16</sup> Tradução livre do original: “Ocorre pues que El argumento de lós derechos se há convertido en la prueba incontestada de La legitimidad de todo concepto o realidad jurídica, civil o política, económica o social, cultural ou religiosa. No hay derecho por pequeño, individual y circunstancial que sea, que non pueda ser defendido alegando una presunta violación de lós derechos humanos, y que de hecho no sea defendido así. Ni hay tampoco derecho por grande, social y transcendental que sea, que non pueda ser expropriado, postergado, o anulado denunciándolo com alguna verosimilitud como una violación de lós derechos de um individuo solo”.

A realidade sinteticamente exposta acima, descreve uma das características da sociedade atual, uma sociedade que busca direitos, bem como apresenta uma das razões – e ao mesmo tempo consequência – do esquecimento do tema deveres fundamentais pela doutrina e pela jurisprudência.

A bem da verdade, não é politicamente correto falar em deveres, tampouco pode se esperar aplausos de um auditório ao tratar deles. Prova disso, é que muito provavelmente ninguém jamais foi visto exigindo “seus deveres”. Ao contrário, é comum a cena de pessoas exigindo “seus direitos”. Se é verdadeiro que a população a cada dia está mais consciente de seus direitos, não se pode dizer o mesmo dos deveres. Para a maioria das pessoas, o vocábulo dever fundamental remete imediatamente à ideia de limitação de direitos, castração de liberdades individuais e autoritarismo estatal<sup>17</sup>.

Não existem muitas declarações de deveres, nem uma extensa positivação nos textos constitucionais, bem como a doutrina pouco tem se ocupado deles, ainda mais se comparado à importância emprestada aos direitos fundamentais<sup>18</sup>. Com efeito, os deveres foram relegados às sombras da cultura jurídica<sup>19</sup>, transformando-se na “face oculta dos direitos fundamentais”, para usar a expressão de José Casalta Nabais<sup>20</sup>.

Para Ingo Sarlet “o escasso desenvolvimento teórico e dogmático dos deveres fundamentais encontra sua razão na própria configuração do Estado de Direito,

---

<sup>17</sup> TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio Silva. **Direito Tributário: questões atuais**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012.

<sup>18</sup> Segundo levantamento de Fulco Lanchester, na França ele encontrou 151 títulos dedicados aos deveres e 6175 indicações referentes a direitos; na Alemanha foram 89 para os deveres e 1873 para os direitos; no âmbito anglo-americano o autor contabilizou 89 títulos relacionado com deveres para mais de 10.000 dedicado a direitos. LANCHESTER, Fulco. Los Deberes Constitucionales en El Derecho Comparado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 13, jan.-jun. 2010. Disponível em: <http://www.ugr.es/redce/REDCE13>. Acesso em: 12.mai.2013. No mesmo sentido a pesquisa de Julio Pinheiro Faro, que encontrou 1,81 mil ocorrências para deveres fundamentais, enquanto para direitos fundamentais o resultado foi 38,8 mil ocorrências. In: FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 20, v. 79, p. 168, abr.-jun. 2012.

<sup>19</sup> BANDIERI, Luis María. Derechos Fundamentales y deberes Fundamentales. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 211.

<sup>20</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Editora Mackenzie, Ano 3, v. 2, 2002, p. 9-30.

especialmente como uma espécie de herança legada pela matriz liberal<sup>21</sup>. Isso ocorreria pelo fato de que os direitos de primeira dimensão – herança do estado liberal – compreendem exclusivamente aqueles que fundamentam as liberdades individuais, como forma de proteção contra o arbítrio do Estado opressor.

Os direitos, nessa perspectiva, têm como função primordial manter o exercício do poder estatal dentro dos limites que não ofendam as liberdades e autonomia dos indivíduos. A criação de deveres e seu posicionamento no texto constitucional apresentar-se-ia, nessa ótica, como um risco à manutenção das liberdades<sup>22</sup>, ainda mais quando são – ou eram – diuturnamente desrespeitadas. Por isso mesmo, é ainda mais perceptível a prevalência no tratamento dos direitos em relação aos deveres em países que promulgaram suas atuais constituições logo após a queda de regimes totalitários ou autoritários<sup>23</sup>, como é o caso do Brasil.

Não é por outra razão que as Constituições contemporâneas ao surgimento dos estados liberais e, conseqüentemente, após a queda de regimes absolutistas, autoritários ou totalitários, pouco disseram, ou sequer falaram em deveres. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, não inseriu em seu texto o termo deveres, muito embora o texto original levado à votação da Assembleia Nacional assim o fizesse. Mas a redação foi rejeitada a fim de que a terminologia dever fosse extirpada. A Constituição de Filadélfia, de 1787, pelo mesmo motivo, também não faz referência a deveres. Somente a Constituição Francesa de 1795 – a terceira a partir de 1789 –, como uma reação girondina ao terror instalado pelos jacobinos, destacou em sua declaração de direitos também a necessidade de se cumprirem os deveres: “a conservação da sociedade exige que aqueles que a compõem conheçam e cumpram igualmente seus deveres”<sup>24</sup>.

Com a superação do paradigma liberal-clássico, altera-se também a formulação dos direitos, que deixam de limitar-se às liberdades individuais, para também

---

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres Fundamentais Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 17, v. 67, p. 15-17, jul-set. 2012.

<sup>22</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 162.

<sup>23</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 16.

<sup>24</sup> BANDIERI, Luis María. Derechos Fundamentales y deberes Fundamentales. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 225.

integrar direitos a prestações sociais do Estado em face do cidadão, direitos de participação política e direitos relacionados não só com a geração atual, mas também com as futuras, como é o caso do direito a preservação do meio ambiente. Segundo José Casalta Nabais, se por um lado, esses direitos “exprimem exigências do indivíduo face ao Estado, assim alargando e densificando a esfera jurídica fundamental do cidadão, por outro lado, também limitam de algum modo essa mesma esfera através da convocação de deveres que lhes andam associados ou coligados”<sup>25</sup>.

Essa nova realidade repercutiu, portanto, na inserção de deveres em algumas constituições nacionais e em declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, como é o caso da declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981; e a Declaração de Deveres Fundamentais dos Povos e dos Estados Asiáticos, de 1983<sup>26</sup>.

As constituições e as declarações de direitos e declarações de deveres parecem, assim, desenvolver movimentos pendulares, que vão desde a proibição da utilização do termo dever, em resposta a regimes totalitários que antecederam a nova ordem constitucional, até a previsão, no texto constitucional, de deveres como forma de imbuir também a sociedade – sem desobrigar o Estado –, da responsabilidade pela concretização de direitos de segunda e terceira dimensões.

Mas, permanece intocada a percepção da destacada importância dedicada pela ciência jurídica aos direitos fundamentais em relação aos deveres. Isso, como já dito, deve-se, em grande parte, ao fato de que as pessoas identificam o termo dever como mitigação de direitos.

Contudo, os deveres fundamentais não são necessariamente o oposto dos direitos fundamentais, tampouco sua negação, mas, base material indissociável para sua concretização e até mesmo fundamentação. Segundo José Casalta Nabais<sup>27</sup>,

---

<sup>25</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 120.

<sup>26</sup> BANDIERI, Luis María. Derechos Fundamentales y deberes Fundamentales. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 212.

<sup>27</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 169.

em suma, os direitos e os deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de “conexão funcional” que, por um lado, impede o exclusivismo e a unilateralidade dos direitos fundamentais, como em larga medida aconteceu durante a vigência do estado de direito liberal em que um tal entendimento tinha subjacente a concepção dualista do estado então dominante, e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objetivo constitucional da liberdade.

Há uma íntima ligação entre o reconhecimento dos deveres e a concretização dos direitos fundamentais de todas as gerações – ou dimensões.

## 2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como dito acima, a discussão acerca dos direitos fundamentais há muito ocupa posição de proeminência na doutrina, ao contrário dos deveres, cujo estudo, ainda mais se comparado aos direitos, pode ser tido como incipiente.

Contudo, direitos e deveres estão umbilicalmente ligados. Segundo destaca Casalta Nabais, direitos e deveres fundamentais apresentam-se como duas faces da mesma moeda, cuja articulação transforma “cada indivíduo solitário em indivíduo solidário, ou seja, numa pessoa humana cuja dignidade os direitos (e deveres) visam justamente assegurar”<sup>28</sup>.

A ideia de concretização de um amplo rol de direitos fundamentais sem a consciência da necessidade de contrapartida no cumprimento dos deveres é, no mínimo, infantil. Para Nabais

não é possível que do contrato social, que é a base da comunidade estadual, se façam derivar os *commoda* individuais sem aceitar os correspondentes *incommoda* comunitários. Na verdade, a garantia da eminente dignidade da pessoa humana, presente em cada membro da correspondente comunidade, implica suportar os custos *lato sensu* originados pela existência, funcionamento e financiamento dessa mesma comunidade. Custos que, sendo o outro lado, o lado passivo da

---

<sup>28</sup> NABAIS, José Casalta. Nota sobre o dever fundamental de pagar tributos. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio Silva (Coord). **Direito Tributário: questões atuais**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012, p. 251.

nossa relação com a comunidade estadual, mais não são, a bem dizer, do que uma outra designação para os deveres fundamentais (...) <sup>29</sup>

Assim, diferente do propagado temor de que os deveres enfraqueceriam os direitos e as liberdades, os deveres fundamentais, quando exercitados dentro dos limites constitucionais que lhe são inerentes, apresentam-se como substrato para a concretização dos direitos <sup>30</sup>. Como disse Konrad Hesse, “direitos fundamentais não podem existir sem deveres” <sup>31</sup>.

Essa íntima ligação e interdependência entre direitos e deveres, assim como o caminho já percorrido pela doutrina no estudo dos direitos, faz com que ao enfrentar problemas ligados aos deveres, tal qual o que move este artigo, seja comum voltar-se a atenção para as soluções doutrinárias aplicáveis aos direitos fundamentais. E vale dizer que a doutrina já se debruçou com bastante empenho sobre o problema da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

### 3.1. VIGÊNCIA, EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Ao tratar da questão da eficácia dos direitos fundamentais a doutrina cuidou de fazer relevante distinção conceitual e terminológica acerca do que seria vigência, eficácia e aplicabilidade. Para José Afonso da Silva, a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de modo que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz <sup>32</sup>. Esse entendimento é compartilhado pela doutrina majoritária <sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Idem, p. 252.

<sup>30</sup> Nesse sentido: FARO, Julio Pinheiro. O mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *In*: FABRIZ, Daury Cesar; PETER FILHO, Jovacy; FARO, Julio Pinheiro; ULHOA, Paulo Roberto; FUCHS, Horst Vilmar (org.). **O tempo e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 599-613; FARO, Julio Pinheiro. Una perspectiva desde los deberes fundamentales respecto del costo financiero y social de los derechos fundamentales. *In*: STORINI, Claudia; ALENZA GARCÍA, José Francisco (org.). **Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2012, p. 273-295; FARO, Julio Pinheiro. Os deveres e a eficácia dos direitos fundamentais. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos fundamentais: pesquisas**. Curitiba: CRV, 2011, p. 105-109.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 21.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.236.

Segundo Ingo Sarlet, há ainda que se distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos)<sup>34</sup> e a eficácia jurídica, que, segundo José Afonso da Silva

designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade<sup>35</sup>.

Assim, eficácia social tem a ver com a efetividade da norma, enquanto a eficácia jurídica tem a ver com sua aplicabilidade, sua aptidão de repercutir efeitos jurídicos. A efetividade, exteriorização da eficácia social, significa, portanto, “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”, como disse Luis Roberto Barroso<sup>36</sup>.

Ingo Sarlet resume bem a posição majoritária acerca da distinção entre eficácia jurídica e social ao dizer que

podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.<sup>37</sup>

O problema atinente aos deveres fundamentais que move este estudo, portanto, refere-se à eficácia jurídica dos deveres, vale dizer, a possibilidade de a norma constitucional que prevê o dever ser aplicada aos casos concretos e sua aptidão

---

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.237.

<sup>35</sup> José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55-56.

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 83.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.240.

de gerar efeitos jurídicos, independentemente de intervenção do legislador infraconstitucional.

Essa discussão, por sua vez, quando realizada no campo dos direitos fundamentais, remete especificamente para duas outras discussões especialmente relevantes: i) a classificação das normas constitucionais, à luz do direito constitucional positivo; ii) a classificação dos direitos fundamentais. Na seara dos direitos fundamentais, a doutrina vai destacar que a discussão em torno da eficácia dos direitos poderá ter diferentes nuances a depender do tipo de norma constitucional, bem como do tipo de direito fundamental que ela veicula.

Luis Roberto Barroso distinguiu três tipos de normas constitucionais, à luz do direito positivo, quais sejam: as normas de organização (normas instituidoras de competência, que estabelecem e regulam órgãos públicos e procedimentos, etc.); normas definidoras de direitos (inclusive os fundamentais) e as normas programáticas<sup>38</sup>. Normas como a do art. 205 da Constituição Federal, que veicula não só o direito, mas também o dever fundamental à educação, teriam notória característica programática, levando-se em conta sua técnica de positivação, conforme destaca Ingo Sarlet<sup>39</sup>. Nesse contexto, vale dizer, enquanto norma programática, parte da doutrina tem sustentado ser

evidente que a carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos –a de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular do direito fundamental.<sup>40</sup>

Assim, a técnica de positivação pode determinar uma maior ou menor carga eficaz das normas veiculadoras de direitos fundamentais. Uma norma classificada como programática, que indica um plano a ser seguido, seja pelo Poder Público, seja pelo particular, terá menos eficácia, a princípio, que uma norma objetiva que veicule com clareza um direito que possa ser classificado como subjetivo, quer dizer, que possa ser exigido pelo indivíduo judicialmente.

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91-100.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.259.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.260.

Dessa discussão entorno da classificação das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais decorre o segundo ponto especialmente importante quanto a eficácia: a classificação dos próprios direitos fundamentais. Nesse sentido, lembra Ingo Sarlet, os direitos fundamentais, quanto a sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos: os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as liberdades sociais e políticas) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, aí incluídos, não só, mas principalmente, os direitos sociais de natureza prestacional)<sup>41</sup>.

Quanto aos direitos classificados como de defesa, não há dúvidas, a princípio, da sua característica de direito subjetivo, vale dizer, sua eficácia jurídica plena, que deriva da possibilidade de poder exigir seu cumprimento judicialmente, que equivale à intervenção do Judiciário tendente a afastar qualquer atuação de ente público ou particular que obste ou mitigue aquela liberdade consagrada constitucionalmente.

Já o direito fundamental materializado em uma prestação estatal em benefício do indivíduo – direito à saúde, educação, etc. – teria sua eficácia vinculada, dentre outras coisas, à possibilidade econômica do Estado em prover aquela determinada prestação, já que os recursos são finitos. Contudo, a discussão atinente à eficácia dos direitos fundamentais ditos prestacionais já está em grande medida superada, ao menos teoricamente e no que se refere àqueles direitos e medidas pertencentes ao que se convencionou denominar núcleo do mínimo existencial<sup>42</sup>. Para estes, não pairam muitas dúvidas teóricas de que devem ser atendidos, têm características de direito subjetivo e têm sido diuturnamente exigidos judicialmente, com relativo sucesso.

Nesse ponto, as lições relativas à eficácia dos direitos fundamentais, muito embora lancem algumas luzes sobre o problema da eficácia dos deveres fundamentais, de certa forma deles se afastam. É necessário, então, passar a refletir sobre a carga eficaz das normas veiculadoras de deveres fundamentais a partir delas próprias e dos exemplos que delas se pode extrair, sem perder de vista os ensinamentos doutrinários já construídos pela doutrina ao tratar do tema relativamente aos direitos fundamentais, que podem ser de grande valia.

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.260.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres Fundamentais Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 17, v. 67, p. 33, jul-set. 2012.

### 3. A EFICÁCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Para Peces-Barba<sup>43</sup>, deveres fundamentais são

aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, a satisfação de necessidades básicas que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas e o exercício de direitos fundamentais.

O grupo de pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória<sup>44</sup> construiu, a partir das discussões e debates travados pelos seus membros, conceito de dever fundamental como

uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

Como categoria jurídico-constitucional própria, muito embora inegavelmente atrelada aos direitos fundamentais, como sustentado desde a primeira parte deste estudo, os deveres possuem – ou devem possuir – também seu próprio arcabouço teórico, não necessariamente absorvendo em tudo o que foi até aqui construído pela doutrina para os direitos.

Relativamente à eficácia dos deveres, problema enfrentado neste artigo, não há na doutrina muita coisa escrita – como em geral acontece quando se fala em deveres – e no pouco que existe não há consenso.

José Casalta Nabais entende que com exceção de alguns poucos segmentos ou vetores concretizados na própria Constituição, os deveres careceriam, para sua efetiva aplicação, da mediação do legislador que concretize o respectivo conteúdo com estrito respeito pelos preceitos constitucionais<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Los Deberes Fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987, p. 329.

<sup>44</sup> Conceito construído coletivamente pelo Grupo de Pesquisa EStado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no primeiro semestre do ano de 2013, coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória ( FDV ).

<sup>45</sup> NABAIS, José Casalta. Nota sobre o dever fundamental de pagar tributos. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio Silva (Coord). **Direito Tributário: questões atuais**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012, p. 254.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, entende que

assim como a tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais sociais já se encontra, em grande medida, superada, ao menos no que toca aos direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, a eficácia apenas mediata dos deveres fundamentais também pode ser refutada – embora a necessidade de maior cautela na determinação de sua intensidade e consequências – ainda mais para aqueles casos em que estiver em causa de modo direto a proteção da dignidade da pessoa humana, e, no caso da proteção do ambiente, a garantia de um patamar mínimo de qualidade ambiental (*mínimo existencial socioambiental*)<sup>46</sup>

A reflexão quanto aos deveres, contudo, não pode ser simplesmente transferida para a seara dos direitos. Primeiramente porque, como dito, tratam-se de categorias jurídico-constitucionais diversas, ainda que funcionalmente conexas. Os direitos, por exemplo, possuem uma norma constitucional que lhes assegura, ao menos numa interpretação literal, a imediata aplicação, como se verifica do art. 5<sup>a</sup>, §1<sup>o</sup>, da Constituição Federal. O mesmo não ocorre com os deveres.

Os deveres se parecem com os direitos fundamentais prestacionais na medida em que, via de regra, exigem posturas positivas dos seus obrigados. Contudo, deles se diferenciam na medida em que os deveres são geralmente veiculados à toda sociedade, não somente ao Estado, posto tratem-se de deveres fundados na solidariedade e derivados da própria ideia de contrato social. Já os direitos fundamentais prestacionais, a despeito da discussão de sua eficácia horizontal, têm como principal obrigado o Estado.

De outro ponto, deve-se observar que os deveres fundamentais geram em regra obrigações aos particulares que poderão ser exigidas pelos próprios particulares, como é o caso do dever de sustentar a família, mas também, e principalmente, pelo Estado, como é o caso do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos, de preservar o meio ambiente, de votar, etc. Desse modo, possuem como limites naturais os direitos fundamentais de defesa, assim chamados porque existem precipuamente para servir de escudo dos particulares contra a atuação do Estado, o Leviatã.

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres Fundamentais Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 17, v. 67, p. 33, jul-set. 2012.

Todas essas diferenças entre as categorias constitucionais *direitos* e *deveres* fundamentais firmam a primeira conclusão deste trabalho: apesar da conexão funcional existente entre os direitos e os deveres fundamentais, quando se trata de sua eficácia jurídica, referidas categorias jurídico-constitucionais possuem realidades diversas, em razão dos próprios atributos que as caracterizam, bem como por força do regramento constitucional que as definem.

A título de exemplo, poder-se-ia questionar como será possível reconhecer eficácia jurídica plena ao dever fundamental de contribuir com os gastos públicos sem a atuação do legislador infraconstitucional que observe os direitos fundamentais de defesa? Ou mesmo, como será possível cobrar-se do particular o dever fundamental de proteger e preservar o meio ambiente, sem que hajam regras claras regulamentando esse dever e seus limites?

Por outro lado, como se poderia afirmar que a norma constitucional que veicula, a toda sociedade, o dever fundamental de preservar e proteger o meio ambiente – positivado no art. 225, da CF – não teria qualquer eficácia jurídica, caso desprovida regulamentação pelo legislador infraconstitucional?

Em verdade, não se está a afirmar que as normas constitucionais que veiculam deveres são desprovidas de eficácia jurídica. A primeira conclusão deste trabalho, transcrita acima, é que elas não podem ser tratadas nos mesmos moldes dos direitos fundamentais. A conexão funcional entre direitos e deveres não supera as diferenças que surgem dos contornos que caracterizam referidas categorias jurídico-constitucionais.

O dever constitucional de contribuir para as despesas públicas, por exemplo, possui expressa necessidade de que haja instituição de tributo por lei, por força do que dispõe o art. 150, I, da Constituição federal. Isto é, a própria norma constitucional que veicula o dever exige, para sua eficácia jurídica, que haja a intervenção do legislador infraconstitucional.

O mesmo não ocorreria, por exemplo, com o dever fundamental de promover e incentivar a educação, disposto expressamente no artigo 205, CF, e do dever de toda a sociedade de preservar e proteger o meio ambiente, previsto no artigo 225, CF, entre outros. Estes deveres, por sua vez, que não possuem expressa necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional, possuem sua eficácia jurídica, independentemente do legislador infraconstitucional, mas só podem ser exercidos e exigidos em estrita observância aos direitos fundamentais.

Assim, firma-se a segunda e principal conclusão deste trabalho, no sentido de que algumas espécies de deveres fundamentais, que não tenham exigência expressa de lei para sua exigência (dever de contribuir) possam ser aplicáveis (tenham eficácia jurídica) independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, sempre em observância aos direitos fundamentais, especialmente de defesa.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os deveres fundamentais e os direitos fundamentais possuem inegável conexão funcional, haja vista que a concretização dos últimos está diretamente ligada à contribuição de toda a sociedade por meio do cumprimento dos primeiros.

Apesar da conexão funcional, direitos e deveres fundamentais são categorias jurídico-constitucionais distintas. Como tais, possuem diferenças que surgem dos contornos que as caracterizam, de modo que não se pode simplesmente transferir para os deveres as soluções encontradas para os direitos, especificamente quanto à sua eficácia jurídica, tema aqui tratado, muito embora não se negue que tais lições possam ser úteis, como ponto de partida, mas não como de chegada.

Os direitos, por exemplo, possuem uma norma constitucional que lhes assegura, ao menos numa interpretação literal, a imediata aplicação, como se verifica do art. 5<sup>a</sup>, §1º, da Constituição Federal. O mesmo não ocorre com os deveres. Os deveres se parecem com os direitos fundamentais prestacionais na medida em que, via de regra, exigem posturas positivas dos seus obrigados. Contudo, deles se diferenciam na medida em que os deveres são geralmente veiculados à toda sociedade, não somente ao Estado, posto tratem-se de deveres fundados na solidariedade e derivados da própria ideia de contrato social. Já os direitos fundamentais prestacionais, a despeito da discussão de sua eficácia horizontal, têm como principal obrigado o Estado.

De outro ponto, deve-se observar que os deveres fundamentais geram em regra obrigações aos particulares que poderão ser exigidas pelos próprios particulares, como é o caso do dever de sustentar a família, mas também, e principalmente, pelo Estado, como é o caso do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos, de preservar o meio ambiente, de votar, etc. Desse modo, possuem como limites naturais os direitos fundamentais de defesa, assim chamados porque existem precipuamente para servir de escudo dos particulares contra a atuação do Estado.

Enfim, apesar de funcionalmente conexos, direitos e deveres fundamentais são institutos diversos. Algumas espécies de deveres fundamentais possuem exigência expressa de lei para sua exigência (dever de contribuir), de modo que só podem ser exigidas, vale dizer, têm sua eficácia jurídica condicionada à intervenção do legislador infraconstitucional. Outras espécies de deveres para os quais o legislador constituinte não fez idêntica exigência, serão aplicáveis (têm eficácia jurídica) independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, sempre em observância aos direitos fundamentais, especialmente de defesa.

## 5. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BANDIERI, Luis María. Derechos Fundamentales y deberes Fundamentales. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 20, v. 79, p. 168, abr.-jun. 2012.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. In: FABRIZ, Daury Cesar; PETER FILHO, Jovacy; FARO, Julio Pinheiro; ULHOA, Paulo Roberto; FUCHS, Horst Vilmar (org.). **O tempo e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. Una perspectiva desde los deberes fundamentales respecto del costo financiero y social de los derechos fundamentales. In: STORINI, Claudia; ALENZA GARCÍA, José Francisco (org.). **Materiales sobre**

**neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2012.

\_\_\_\_\_. Os deveres e a eficácia dos direitos fundamentais. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos fundamentais: pesquisas.** Curitiba: CRV, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

LANCHESTER, Fulco. Los Deberes Constitucionales en El Derecho Comparado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 13, jan.-jun. 2010. Disponível em: <http://www.ugr.es/redce/REDCE13>. Acesso em: 12.mai.2013.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos Fundamentales y La necesidad de recuperar los deberes aproximación a La luz Del pensamiento de Francisco Puy. *In*: LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais.** Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2012.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. **Revista Direito Mackenzie.** São Paulo: Editora Mackenzie, Ano 3, v. 2, 2002.

\_\_\_\_\_. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 2004.

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

\_\_\_\_\_. Nota sobre o dever fundamental de pagar tributos. *In*: ALLEMAND, Luiz Cláudio Silva (Coord). **Direito Tributário: questões atuais.** Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Los Deberes Fundamentales. **Doxa,** Alicante, n. 4, 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución.** Madrid: Tecnos, 1995.

PUY, Francisco. Sobre La antinomia derechos humanos deberes humanos. In:\_\_\_\_\_. **Horizontes de La filosofia Del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel**. Tomo 1. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres Fundamentais Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 17, v. 67, p. 15-17, jul-set. 2012.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. O Pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 de set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant´Ana. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio Silva. **Direito Tributário: questões atuais**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.