

Preis e Siqueira: Pandemia (d)e deveres fundamentais

As oportunidades costumam aparecer em tempos difíceis. É neles que as pessoas veem luz no final do túnel. Algumas dessas luzes são, no entanto, decorrentes de uma inebriação no afã de criar algo novo, era.



A pandemia causada pelo novo coronavírus, além de ter

aberto a oportunidade para os juristas preocupados com a Ciência do Direito dar a sua contribuição para a vida prática das pessoas, aguçou alguns egos acadêmicos que, dissociados da realidade, imprimem suas ideias em tinta fresca.

As exigências constantes, lançadas por vários governos estaduais e municipais no sentido de que as pessoas evitem aglomerações, reduzam circulação em ambientes públicos e, dentro do que lhes for possível, fiquem em casa tem trazido, para algumas pessoas, boas reflexões, mas, para outras, aberturas perigosas ao sistema constitucional.

Em meio a uma profusão de opiniões e de tentativas de encontrar algum fundamento constitucional, alguns juristas têm se valido de uma das temáticas menos conhecidas e desenvolvidas no constitucionalismo contemporâneo para justificar suas convicções pessoais, qual seja, o tema dos *deveres fundamentais*, objeto de nossas pesquisas há algum tempo.

Recentemente, recebemos, não sem perplexidade, pequenos textos sobre o suposto "dever fundamental" de recolhimento domiciliar, que nos remeteu a um cenário distópico, à espera de que não soasse o toque de recolher, com a aplicação de "tolerância zero" àqueles que se opusessem a tal regime restritivo. Afinal, se há um motivo claro pelo qual os deveres não foram tratados com entusiasmo depois da Segunda Grande Guerra é pelo seu mau emprego por regimes totalitários.

Em resumo, no texto, o autor defende a ideia de que as sujeições à limitação de circulação em espaços e vias públicas faz com que, com vistas a um "bem maior" (proteção à saúde coletiva), o recolhimento domiciliar seja interpretado como um "novo" dever fundamental em tempos de coronavírus, devendo os cidadãos obedecer ao Estado, tendo como critério geral o princípio da proporcionalidade e orientado pela dignidade da pessoa humana.



O problema é que, ao se tratar sobre os *deveres fundamentais*, há de se ter muita cautela, como com todas as formas que, direta ou indiretamente, limitam o exercício ou o âmbito de proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Trata-se de um instituto jurídico-constitucional com relativa autonomia em relação aos direitos, mas que exige das pessoas determinados comportamentos passíveis de sanção jurídica em virtude do seu descumprimento, voltadas a proporcionar as bases materiais para existência e funcionamento da sociedade e para a concretização dos direitos fundamentais, objetivamente, decorrentes de uma ordem jurídica democrática, com posição de primazia normativa e cujos conteúdos integram o estatuto da pessoa (fundamentalidade material).

É, porém, mais fácil entender seu desenho constitucional a partir daquilo que não é um dever fundamental, como as figuras próximas dos deveres de proteção (disposições que impõem ao Estado a proteção das pessoas contra agressões a bens e valores garantidos); os deveres organizatórios, orgânicos ou funcionais (competências obrigatórias ou vinculadas dos órgãos do Estado e que integram sua organização política); o estado geral de sujeição (possibilidade de exercer sobre a pessoa um poder e que não necessariamente se converte em posições subjetivas passivas); os deveres constitucionais (outras previsões de deveres carentes do elemento da fundamentalidade material); os deveres legais (deveres exigíveis que não gozam da juridicidade elevada ao patamar constitucional); as limitações a direitos fundamentais (exprimem modalidades de ingerência ou intervenção por parte dos poderes públicos no conteúdo dos direitos); dos ônus (necessidade prática em que se encontra um detentor de um poder reconhecido pela ordem jurídica para praticar certo ato a fim de produzir efeitos jurídicos que lhe são favoráveis); e as obrigações (que nascem do seio de uma relação ou negócio jurídico e frente aos quais existe um direito subjetivo contraposto).

A título de exemplo, entre os deveres fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988, consagrados na literatura especializada, destacam-se o alistamento e o voto obrigatórios (artigo 14); o serviço militar compulsório (artigo 143); a segurança pública como responsabilidade de todos (artigo 144); o dever geral de pagar tributos (artigo 145); a educação como dever familiar (artigo 205); a educação básica compulsória (artigo 208, I); o meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever de defesa e preservação por parte de todos (artigo 225); o dever geral de proteção das crianças, adolescentes e jovens (artigo 227); os deveres recíprocos de amparo entre pais e filhos (artigo 229); e o dever geral de amparo às pessoas idosas (artigo 230).

Nesse âmbito também se aplicam as noções consolidadas na dogmática constitucional como as de suporte fático, formado por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica [\[1\]](#), de modo que o âmbito de incidência de um dever fundamental diz respeito a todos os atos, fatos, estados, bens e as posições jurídicas alcançados diretamente pela previsão normativa específica, ou seja, ao âmbito temático do dever em espécie.



Os dispositivos constitucionais que tratam sobre a saúde, especialmente os artigos 6º e 196, são expressos ao prever que se trata de um direito fundamental (social) de todos e que o Estado brasileiro tem o dever de realizar ações e criar serviços que atuem em três frentes: promoção, precaução e recuperação. O artigo 2º, *caput*, da Lei 8.080/1990, bem o resume: *"a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício"*. E o seu §2º complementa: *"O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade"*. Isso significa, em síntese, que a saúde é um bem jurídico que estabelece um vetor de direito e dois vetores de dever.

O vetor de direito é bastante conhecido, traduzindo-se na possibilidade de exigir do Estado o cumprimento de sua missão constitucional, conforme dispõe o §1º do artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde: *"O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"*.

Os vetores de deveres se subdividem em um público e outro privado. O público também é bem conhecido, porque se traduz no dever estatal de proteção. O privado, no entanto, exige que as pessoas buscam a manutenção de sua própria saúde e não interfiram negativamente na saúde geral e de outras pessoas, o que não implica um dever de recolhimento domiciliar.

A partir disso, tem-se que a primeira grande distinção [2] entre os deveres diz respeito, por um lado, aos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), relacionados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que impõem ao Estado a proteção das pessoas contra agressões a bens e valores constitucionalmente garantidos, incluindo a proteção em face do próprio Estado, e, por outro, aos deveres fundamentais propriamente ditos (*Grundpflicht*) [3]. Assim, se o dispositivo constitucional exigir política pública ou ação estatal organizada para a concretização de direitos fundamentais, como reserva qualificada de lei em sentido estrito, está-se diante de um dever de proteção, como é o caso do dever de proteção da Saúde, e não de um dever fundamental.

Não se pode admitir deveres que não sejam extraíveis do texto constitucional, pois seria admitir que o intérprete pudesse restringir o exercício de direitos fundamentais, cuja limitação sequer é autorizada por lei. Por isso é que o dever estabelecido no artigo 2º, §2º, da Lei Orgânica da Saúde não pode confundido com um dever que restrinja direitos, como é o suposto dever fundamental de recolhimento domiciliar. A sua natureza, ao contrário, é de um dever que potencializa direitos.

Os deveres fundamentais são por essência limites (imanentes) aos direitos fundamentais dos seus destinatários, de modo que seus comandos só podem ser concretizados em posições subjetivas passivas por lei, habilitando o legislador apenas a concretizar seus conteúdos de maneira estrita, dentro dos limites do âmbito de incidência, pois não deixam de ser ingerências a direitos fundamentais.

Esse ponto remete a um dos aspectos mais controvertidos na literatura dos deveres fundamentais em todo o mundo, referente à aplicabilidade imediata ou mediata dos dispositivos constitucionais que veiculam deveres fundamentais. Sem adentrar a fundo na controvérsia, há certo consenso de que sempre há alguma eficácia imediata a todos os comandos constitucionais, desde a eficácia derogatória (efeito de as normas acarretarem a revogação ou a não recepção dos atos normativos contrários a seus conteúdos) até a vinculação ao legislador ordinário (dever de concretizar programas, tarefas, fins e demais ordens constitucionais), constituindo parâmetro de interpretação, integração, aplicação e influenciando toda a ordem jurídica enquanto sistema.

Assim, com Pieroth e Schlink [\[4\]](#), considera-se que os deveres fundamentais, *a contrario sensu*, em maior ou menor medida, carecem do legislador para sua conformação e exigibilidade de posições subjetivas passivas concretas, não deixando de ser ingerências estatais, razão por que relevante o conceito de limites de limites, que designa as limitações a que o legislador está sujeito quando estabelece as fronteiras ao exercício dos direitos fundamentais, como limitação às ingerências.

Sem essa concretização legislativa não podem ser exigidos diretamente deveres concretos das pessoas, tendo tais previsões objetivas apenas eficácia como limites para a interpretação sistemática e para o esforço de uma concordância prática geral da constituição; já quando concretizado por lei há de ser interpretado como regra, ou seja, como exceção a direitos fundamentais [\[5\]](#).

Por isso, uma das mais importantes razões de elaborar uma teoria dos deveres fundamentais está em sua função defensiva, seja dizer, a função de controle racional, e não habilitação prática, do poder estatal naquilo que afeta a vida das pessoas em sociedade. Ao revés, de traçar parâmetros objetivos e racionais para sua interpretação com algum rigor técnico-científico.

Logo, não se pode atribuir "novos" deveres fundamentais sem uma base constitucional específica nem habilitar livremente sua concretização infraconstitucional, menos ainda sem a observância da legalidade. Não se pode querer compensar sua história de esquecimento, seu déficit teórico e valorizar sua importância na teoria constitucional, por meio do seu extremo oposto sem comportar sérios riscos à ordem democrática e constitucional.

Ao revés, é importante alguma clareza analítico-conceitual e metodológica do que seriam deveres fundamentais com o desenvolvimento de uma teoria constitucionalmente adequada à realidade jurídica brasileira.

A definição do âmbito da norma é a tarefa por excelência de uma teoria dogmático-analítica dos deveres fundamentais, para delimitação da amplitude fática de cada um dos deveres. Para tanto, imprescindível a noção de *especificidade*, seja dizer, toda a ação própria do exercício típico de cada dever. Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o adimplemento do dever fundamental e que possa ser substituída por outra é uma ação não-específica e, portanto, não pode ser exigida das pessoas [\[6\]](#).



Direitos, liberdades e garantias fundamentais como a liberdade de locomoção e a liberdade de reunião ostentam amplo âmbito de proteção, ainda que não absoluto, mas comportando limitações legítimas por ingerências ou intervenções estatais constitucionais e proporcionais em caso de conflito ou colisão com outros direitos ou interesses jusfundamentais em concreto, o que sempre exige, ao fim e ao cabo, uma justificação, fundamentação ou argumentação jurídico-constitucional.

No entanto, ao denominar a exigência de as pessoas permanecerem em casa como sendo um "dever fundamental", é suprimida tal exigência (garantia), habilitando-se o exercício do poder sem controle. Se é obrigatório proteger ou fomentar algo (saúde), nem toda a ação que represente ou produza uma proteção ou fomento será obrigatória.

Com isso evidencia-se que o *lockdown* não só não é juridicamente exigível, em razão da intransponibilidade dos direitos fundamentais revestidos de uma garantia da reserva qualificada de parlamento, como não se pode admitir, nem teoricamente (por inconsistência), nem praticamente (pelo risco associado), tratar desse apelo à consciência (e às possibilidades fáticas) das pessoas ao isolamento como um "dever", muito menos qualificá-lo como sendo "fundamental".

[1] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65-68.

[2] Em que pese não deixem de estar intimamente ligados, tendo cada dever fundamental o compartilhamento com o Estado de um dever de proteção.

[3] Terminologia originária e consagrada na literatura especializada alemã e que, pela importância no desenvolvimento teórico, merecem destaque, por todos: HOFMANN, Hasso. Grundpflichten und Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band V: Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992; e LUCHTERHANDT, Otto. *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland: geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz*. Berlin: Dunker & Humblot, 1988.

[4] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 119.

[5] É o que se verifica, por exemplo, no dever de pagar impostos, que exige a legalidade para sua exigibilidade direta às pessoas e, quando instituído, excepciona a propriedade privada dentro de seu âmbito de incidência.



[6] Nesse sentido, MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte*: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

Date Created

08/06/2020