

# Os Deveres Fundamentais, o Custo dos Direitos e a Tributação

*Francisco Prehn Zavascki*

*Advogado, Mestre em Direito pela PUC/RS, professor de Direito Tributário e de Direito Administrativo.*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o dever fundamental de pagar tributos e mostrar a sua íntima ligação com os direitos fundamentais. Todos os direitos, inclusive os de primeira geração, trazem um ônus econômico para o Estado, o qual é suportado mediante a cobrança de tributos. Nos estados modernos, é o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos que permite a devida implementação dos direitos fundamentais.

*PALAVRAS-CHAVE: DEVERES; FUNDAMENTAIS; CUSTO; DIREITOS; TRIBUTÁRIO.*

## **1. Introdução**

A compreensão da teoria dos deveres fundamentais e do custo dos direitos é essencial para preencher parte da lacuna deixada pela ausência de aprofundamento do estudo de temas conexos aos direitos fundamentais. Uma vez que os deveres constituem pressupostos inarredáveis da efetivação dos direitos, merecem análise cuidadosa e sistematizada.

O que se almeja com o presente trabalho é trazer algumas idéias acerca destas temáticas. Em primeiro lugar, busca-se formular uma teoria dos deveres fundamentais, demonstrando a sua parcial autonomia didática em relação aos direitos fundamentais e os seus aspectos jurídicos mais importantes, colocando em relevo o dever fundamental de pagar tributos. Para tanto, toma-se por base os ricos ensinamentos de José Casalta Nabais. Num segundo momento, procura-se demonstrar como todos os direitos fundamentais exigem uma prestação estatal para serem efetivados, o que, por consequência, gera custos financeiros que devem ser arcados pela sociedade mediante o pagamento de tributos. Por fim, almeja-se provar a real ligação entre direitos e deveres fundamentais e como aqueles dependem necessariamente do pagamento de tributos para serem efetivos.

Por óbvio que este breve estudo não esgota a temática proposta. Nem é esta a intenção. Visa-se, unicamente, trazer algumas idéias que aparentemente estão sendo relegadas a um plano secundário do debate jurídico pelos operadores do direito. O intuito do presente trabalho, portanto, é justamente fortalecer a teoria dos direitos fundamentais.

Importa desde já assinalar que a análise dos direitos fundamentais será feita somente de forma secundária, a um, pela falta de espaço disponível, a dois, por ser matéria jurídica já deveras estudada. Ater-se-á essencialmente ao estudo dos deveres fundamentais e do custo dos direitos e as suas relações com a tributação.

## **2. Os Deveres Fundamentais**

### **2.1. A Questão dos Deveres Fundamentais**

O tema dos deveres fundamentais passa, em geral, ao largo, tanto das positivismos constitucionais contemporâneas, quanto dos debates doutrinários<sup>1</sup>. A razão disso com certeza está no fato de as constituições modernas terem surgido posteriormente à segunda guerra mundial ou a regimes nacionais totalitários.

As cicatrizes deixadas pela segunda guerra mundial marcaram o pensamento posterior no sentido de valorizar a pessoa, colocando-a como centro do sistema social e, por conseqüência, do ordenamento jurídico. Essa priorização do ser humano tem como consectário e necessidade inarredáveis o desenvolvimento e efetivação de direitos e garantias mínimas às pessoas, de tal forma a permitir que elas cresçam e se desenvolvam em um ambiente social mais solidário e acolhedor.

De outra parte, os regimes totalitários, muitos surgidos ou continuados após a segunda guerra, sempre enfatizaram o dever das pessoas em relação ao Estado. As pessoas nada mais eram que objetos utilizados pelo Estado para o seu próprio desenvolvimento, sendo este um fim em si mesmo. Tal perspectiva sempre foi mantida mediante a usurpação de garantias mínimas de civilidade, bem como pelo não reconhecimento de direitos básicos a propiciar o crescimento individual independente da função da pessoa para com o Estado. A resposta a esses períodos foi claramente dada pelas Constituições que os sucederam. Tais Constituições

---

<sup>1</sup> "Se habla más de los derechos que de los deberes humanos; más aún, esta última parece una denominación casi chocante y, desde luego, muy poco utilizada. Sin embargo unos y otros tienen la misma fuente y punto de partida y ambos, entre si, mutuamente se relacionan y se asisten para lograr su efectiva realización. Ambos se basan em el reconocimiento de que el hombre es el centro del derecho - 'lato sensu' considerado, - dimana de él, por encontrarse em él, en virtud de su própria existencia en la sociedad o por su actuación en la misma. La existencia humana desenvuelta en la sociedad, exige que a cada hombre se le reconozcan 'sus' derechos y, al propio tiempo, se le reclame el ejercicio adecuado de 'sus' próprios deberes". BIDART, Adolfo Gelsi. De Derechos, Deberes y Garantías, Del Hombre Comum. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1987, p. 119.

enveredaram para o extremo oposto, no sentido de, sob um aspecto, acertadamente colocar a pessoa como centro do ordenamento jurídico, prevendo um extenso rol de direitos e garantias individuais a protegê-la e, sob outro, porém, deixando de lado, em geral, qualquer previsão expressa de deveres dos cidadãos.

Tome-se como exemplo a Constituição Federal Brasileira, a qual é resultado da conjunção das forças políticas pós-ditadura. O período de grande repressão vivido pelo Brasil a partir de 1964 formou, em verdade, as bases do constitucionalismo de 1988. A resposta à repressão e à supressão de direitos foi dada, em especial, pelo extenso rol de direitos e garantias individuais constantes do art. 5º. Por outro lado, não é observada na Constituição Brasileira nenhuma cláusula geral instituidora de deveres<sup>2</sup>, além do que os deveres fundamentais, conforme se verá, encontram-se em sua grande maioria implícitos e não sistematizados.

Ocorre que os direitos fundamentais estão ligados de maneira direta aos deveres fundamentais, em especial ao dever de pagar tributos. Pode-se até fazer um estudo separado de direitos e deveres fundamentais como categorias jurídicas didaticamente autônomas que são. Todavia, materialmente tais institutos estão ligados de tal forma que não há como se falar em direito sem se falar em dever e vice-versa<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais, portanto, ao contrário de existirem em si mesmos, dependem de uma série de fatores que lhes dêem sustentação, entre eles os deveres fundamentais. No sistema<sup>4</sup> de direitos e deveres, nenhum deles tem vida própria, mas, ao contrário, necessitam-se reciprocamente.

O que se verifica é que os deveres fundamentais, em especial o de pagar tributos, estão relacionados com os direitos fundamentais, de tal forma que o grau de efetividade dos direitos é diretamente proporcional ao grau de efetividade dos deveres. Não há que se falar em real/efetiva existência de um direito sem antes pressupor a real/efetiva existência de um dever fundamental. Daí a necessidade do estudo e compreensão do tema dos deveres fundamentais.

## 2.2. Fundamentos da Fundamentalidade

2 A doutrina portuguesa chama esta cláusula de "cláusula de deverosidade". Deixa-se de utilizar esta expressão tendo em vista que a palavra "deverosidade" não integra a língua portuguesa, ao menos a falada no Brasil. Por isso, acredita-se melhor utilizar a expressão "cláusula geral instituidora de deveres". Quanto ao conceito de cláusula geral de deverosidade (ou, para fins deste estudo, cláusula geral instituidora de deveres) v. NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 61, em especial a nota 125.

3 Ensina José Casalta Nabais que "no Estado democrático os direitos e os deveres se apresentam em larga medida como categorias inseparáveis, inseparáveis em termos da célebre fórmula de que 'não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos' com o sentido, quanto ao primeiro vector, de que não há garantia jurídica e real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres do homem e do cidadão e, quanto ao segundo vector, de impedir um regime estritamente unilateral dos deveres, ou seja, um regime sem reflexo nos direitos". NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. p. 59.

4 Enfatize-se aqui a idéia de sistema como conjunto de elementos interligados entre si e que possuem uma relação de dependência e influência uns sobre os outros. V. nota seguinte.

Refere-se aqui deveres fundamentais. Porém, quais os fundamentos jurídicos dos deveres fundamentais? E quais os motivos dessa fundamentalidade? Em suma, deveres fundamentais por quê?

Dentro da concepção de Estado de Direito, os comandos orientadores dos agentes sociais necessariamente devem compor um sistema: o ordenamento jurídico<sup>5</sup>. Dentro desse sistema há uma hierarquização de normas (regras, princípios e valores), estando no topo as normas constitucionais. Essas têm prevalência sobre todas as outras normas jurídicas em razão de representarem e estatuírem os valores principais da sociedade e do Estado que regulam.

Os deveres fundamentais assim o são por estarem previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição de cada Estado<sup>6</sup>. É a Carta Política que dá o suporte jurídico de tais deveres. Por óbvio que não cabe à Constituição estabelecer todos os deveres de uma sociedade, porém é ela que estabelece os deveres fundamentais. Quaisquer outros deveres previstos em normas de hierarquia inferior (leis complementares, leis ordinárias, decretos, etc.) nada mais são que deveres legais ou ordinários. Isso não impede que tais deveres legais sejam material ou substancialmente relevantes. Todavia, de um ponto de vista formal, não são fundamentais<sup>7</sup>.

De outra parte, por ser a Constituição o acordo político máximo em uma democracia, ela, em teoria, expressa o consenso<sup>8</sup> mínimo de uma sociedade plural, estabelecendo os ideais primeiros desta mesma sociedade. Prever deveres fundamentais na Constituição é reconhecê-los como essenciais à existência e

5 "Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram substanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição". FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

6 "All the objects which the legislator is called upon to distribute among the members of the community may be reduced to two classes: 1st. Rights; 2nd. Obligations. Rights are in themselves advantages, benefits, for him who enjoys them. Obligations, on the contrary, are duties, charges, onerous to him who ought to fulfil them". BENTHAN, Jeremy. *The Theory of Legislation*. Bombay: Oceana Publications, 1975, p. 57.

7 Escrevendo sobre a Constituição portuguesa, mas em tudo aplicável à Constituição Brasileira, ensina José Joaquim Gomes Canotilho: "A Constituição não fornece qualquer abertura, ao contrário do que sucede em relação aos direitos (art. 16.º/1), para a existência de deveres fundamentais extraconstitucionais. Em princípio, não existe, pois, uma cláusula aberta para a admissibilidade de deveres materialmente fundamentais. Todavia, também aqui se podem admitir deveres legais fundamentais (dever de registro, dever de colaborar na administração da justiça). No entanto, como a criação, ex lege, de deveres fundamentais, implica, muitas vezes, uma restrição da esfera jurídica dos cidadãos, impõe-se um regime particularmente cauteloso semelhante ao das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 560.

8 Necessário referir as lições do professor Cezar Saldanha Souza Junior, para quem o "consensus aparece como um acordo, entre os membros da comunidade, quanto às bases que devem presidir uma ordem política justa e sobre as quais ela há de operar". Mais adiante refere também que "o consensus é uma noção que se enquadra perfeitamente dentro da descrição fenomenológica do político, que vimos fazendo. Ele é, em si mesmo, enquanto acordo de vontades entre os membros da Comunidade sobre as bases da ordem desejável, um fato eminentemente político". SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 61 e 65.

manutenção do *status* social e do Estado. Sob este ponto de vista, são deveres fundamentais aqueles considerados pelo corpo político representativo do povo como sendo os indispensáveis à consagração do próprio Estado (aqui entendido como o conjunto formado pelos elementos território, povo e governo<sup>9</sup>).

Portanto, de um lado, a fundamentalidade dos deveres se dá em razão de um aspecto formal: estarem previstos na Constituição; e de outro, se dá em função da sua real essencialidade para a existência e manutenção do Estado Democrático de Direito. Isso não impede, como referido, que existam deveres essenciais ao corpo social que estejam previstos em normas diversas da Constituição. Neste caso, apenas não se lhes poderá atribuir o qualificativo de fundamentais.

Tal conclusão, a de que para serem fundamentais os deveres devem estar previstos na Constituição, tem a conseqüência lógica importante de fazer com que eles obedeçam ao princípio da tipicidade (os deveres fundamentais são *numerus clausus*). Ao contrário dos direitos fundamentais, que podem estar previstos em normas jurídicas que não a Constituição, em virtude do disposto no art. 5º, §2º, CF<sup>10</sup>, os deveres fundamentais só nesta se encontram, implícita ou expressamente. Isso se deve ao fato de a Constituição Federal Brasileira não possuir uma cláusula geral instituidora de deveres, ou cláusula de abertura, assim como ocorre com os direitos fundamentais, o que, em tese, poderia permitir a inserção no contexto constitucional de deveres não previstos na Carta Magna. Todavia, mesmo com a existência da referida cláusula, não se poderia admitir a inclusão de novos deveres fundamentais, uma vez que nos Estados Democráticos de Direito modernos vige o princípio da liberdade, que informa que os limites aos direitos constitucionais só podem estar previstos por normas (deveres) constitucionais, de tal forma que normas de hierarquia inferior não poderiam ter o mesmo efeito de normas constitucionais.

9 Sobre o tema v. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

10 Ensina o Prof. Ingo Wolfgang Sarlet que "a citada norma [art. 5º, §2º, CF] traduz o entendimento que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo". SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86. O mesmo autor, falando sobre os direitos fundamentais, faz excelente distinção entre direitos formal e materialmente fundamentais e direitos apenas materialmente fundamentais. Os primeiros são em sua substância fundamentais e estão consagrados na Constituição. Os segundos também são materialmente fundamentais, porém não têm assento constitucional, porém, são elevados a este patamar em razão da norma do art. 5º, §2º, CF. Esta mesma distinção pode ser aplicada aos deveres fundamentais, todavia com uma conseqüência diferente. Tendo em vista que a Constituição brasileira não prevê uma cláusula de abertura para os deveres fundamentais, nos mesmos moldes em que faz para os direitos, os deveres que forem apenas materialmente fundamentais não podem ganhar estatura constitucional, constituindo-se apenas em deveres legais.

### 2.3. Conceito de Deveres Fundamentais

Os deveres fundamentais podem ser divididos em três diferentes categorias: os deveres fundamentais como aspecto passivo dos direitos fundamentais; os deveres fundamentais como direitos-deveres; e os deveres fundamentais como categoria autônoma (ou deveres fundamentais *stricto sensu*).

Na primeira categoria, os deveres fundamentais constituem instituto da própria teoria dos direitos fundamentais, uma vez que, como aspecto passivo destes, correspondem à obrigação de não violá-los (direitos)<sup>11</sup>. Assim, do direito fundamental à propriedade decorre o dever fundamental de não violação a este direito de propriedade; do direito à liberdade decorre o dever de não oposição a este direito; e assim por diante. Dessa forma, os deveres fundamentais como aspecto passivo dos direitos fundamentais devem ser estudados dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Na segunda categoria, os deveres fundamentais não são entendidos como aspecto passivo dos direitos fundamentais, mas sim como uma espécie de qualificativo destes. Os deveres fundamentais como direitos-deveres expressam categorias jurídicas de dupla face, ou seja, categorias que são ao mesmo tempo direitos e deveres. Na Constituição Federal brasileira estes direitos-deveres têm como exemplo claro o direito-dever de votar (art. 14, §1º, CF). Por um lado, todo o cidadão que preencher os requisitos constitucionais para poder exercer seus direitos políticos tem o direito de votar; por outro, preenchidos estes requisitos, o indivíduo também tem o dever de votar. O mesmo se dá com o direito-dever de educação dos filhos: ao mesmo tempo em que a educação constitui um direito dos filhos (art. 205, CF), também representa um dever dos pais (art. 229, CF). Assim, a categoria dos deveres fundamentais como direitos-deveres, por estar vinculada aos direitos fundamentais, deve ser estudada dentro da teoria destes.

A terceira e última categoria é a dos deveres fundamentais autônomos ou *stricto sensu*. Os deveres fundamentais, em que pese estarem diretamente ligados aos direitos fundamentais e a outras searas do direito, em especial ao constitucional, neste ponto podem ser visualizados como categoria jurídica didaticamente autônoma. Isso significa que, em teoria jurídica, os deveres fundamentais *stricto sensu* são dotados de peculiaridades próprias que os diferenciam de outros ramos ou temas do direito. Em

11 Expressiva parte da doutrina ainda considera existir apenas os deveres fundamentais como aspecto passivo dos direitos fundamentais. Exemplo disso é o que ensina José Afonso da Silva: "Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres? Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa do próximo deve ser exaltada como a sua própria". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 194/5.

face disso, eles podem, e devem, ser estudados apartados de outras categorias jurídicas, o que lhes determina conceito próprio e independente dos direitos fundamentais.

Segundo José Casalta Nabais, “podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.”<sup>12</sup>

Explicitando o conceito de deveres fundamentais trazido por José Casalta Nabais pode-se dizer que estes constituem posições passivas, pois representam o lado passivo na relação jurídica entre indivíduo e Estado (Estado aqui referido como entidade jurídica agregadora dos interesses coletivos). Isto não significa dizer que os deveres fundamentais se concretizam pela mera inércia do sujeito passivo. Ao contrário, conforme se verá, a maioria dos deveres fundamentais é efetivada mediante uma prestação positiva.

Também constituem os deveres fundamentais posições jurídicas autónomas e subjetivas. Por um lado, a sua existência independe da consagração dos direitos fundamentais, sendo, neste aspecto, considerados autónomos. Por outro lado, estabelecem, por meio da própria Constituição, posições jurídicas subjetivas imediatas aos indivíduos, no sentido de lhes atribuir diretamente um dever. Ou seja, os deveres fundamentais estão voltados diretamente para o indivíduo, não sendo decorrência de uma posição objetiva estabelecida por norma constitucional que atribui algum poder ou prerrogativa ao Estado, como é o que ocorre com o dever de suportar uma desapropriação por interesse público, por exemplo. Isto não significa dizer que os deveres fundamentais não possuem uma dimensão objetiva. Como normas constitucionais que são, eles representam valores juridicamente positivados, os quais podem, inclusive, determinar a inconstitucionalidade de normas que os afrontem. Além disso, os valores que representam são de primazia para a sociedade, indispensáveis para a manutenção do Estado e para a promoção da dignidade da pessoa, o que lhes dá um carácter transcendente ao próprio sujeito passivo do dever.

Os deveres fundamentais constituem posições jurídicas individuais na medida em que estão referidos às pessoas. Isso, obviamente, não impede que existam deveres fundamentais a serem adimplidos pelas pessoas jurídicas. O que é importante notar é que essencialmente os deveres fundamentais estão ligados aos seres humanos e somente por analogia às pessoas jurídicas. A razão disso é que essas são ficções jurídicas criadas pelos seres humanos para facilitar e promover o convívio e desenvolvimento social. Logo, as pessoas jurídicas nada mais são do que expressão de indivíduos, por

---

12 NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. p. 64.

isso se pode falar em deveres fundamentais a serem prestados por elas<sup>13</sup>.

Com relação a constituírem posições universais e permanentes, os deveres fundamentais devem ser suportados por toda a coletividade, valendo, portanto, para todos os indivíduos. Isso não impede que certos deveres não sejam prestados por determinadas pessoas, como, por exemplo, não se pode atribuir a um estrangeiro o dever de proteger a pátria que não a sua. O que o caráter de universalidade busca informar é que o sacrifício para com a comunidade deve ser de todos, salvo razoáveis exceções, como a acima citada.

Quanto ao aspecto temporal, os deveres fundamentais constituem posições permanentes, no sentido de que estão sempre presentes, nunca se extinguindo, nem mesmo pelo seu cumprimento em determinado caso concreto. Ademais, o caráter permanente informa também a impossibilidade de sua renúncia pelo Constituinte Derivado e pelo Legislador Ordinário. Tal característica está ligada ao fato de os deveres fundamentais configurarem posições essenciais. Conforme visto, os deveres fundamentais são criações do corpo político representativo do povo e expressam os deveres mínimos para a existência e manutenção de um Estado Democrático de Direito. Daí a sua essencialidade, pois são indispensáveis para a conformação das estipulações constitucionais. O dever de participação política, por exemplo, é essencial para a configuração da democracia, assim como é o dever de proteção da pátria para a existência da própria nação soberana.

Entendido o conceito de deveres fundamentais *stricto sensu*, é importante diferenciá-los de categorias jurídicas que lhes são aparentemente semelhantes.

Em primeiro lugar, deve-se diferenciar os deveres fundamentais dos deveres constitucionais organizatórios. Esses são os deveres estatuídos na Constituição tendo em vista o funcionamento do Estado, da Administração Pública e do sistema político, e têm seu conteúdo estabelecido na própria Carta Política. Nesse passo, tem-se como exemplos o dever dos Deputados e Senadores de não praticarem qualquer dos atos previstos no art. 54, da CF; o dever do Presidente da República de vetar, total ou parcialmente, projetos de lei inconstitucionais (art. 84, V, CF) ou de nomear Magistrados nos casos previstos na própria Constituição (art. 84, XVI, CF); e assim por diante. Além desses, pode-se incluir na categoria de deveres organizatórios os deveres de legislar, "executar" e julgar, respectiva e precipuamente atribuídos aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em segundo lugar, têm-se os deveres institucionais, os quais são dirigidos às instituições do Estado e seus membros e visam à garantia de direitos fundamentais.

13 "Por um lado e numa perspectiva funcional, há que ter em conta o caráter final da personalidade jurídica do homem e o caráter instrumental da personalidade jurídica colectiva, o que nos permite afirmar que os deveres fundamentais, mesmo quando e na medida em que são imputados às pessoas colectivas, ainda têm de algum modo o sentido de deveres de caráter individual, já que por detrás desses instrumentos de afirmação e realização da personalidade jurídica humana, que são as pessoas colectivas, estão os indivíduos com a sua eminente dignidade cuja efectivação passa necessariamente pela existência e funcionamento da comunidade estadual e pela observância dos deveres que esta implica". NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. p. 69.

Assim, tem-se como exemplo o dever de motivar as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), que permite ao indivíduo realizar seus direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LIV e LV, CF); o dever dos agentes públicos de agirem segundo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF), que, conforme o caso concreto, salvaguardam uma série de direitos fundamentais.

Em terceiro lugar, tem-se os deveres de tolerância do indivíduo em decorrência dos poderes estatais, os quais correspondem a posições passivas do indivíduo em face destes. Segundo José Casalta Nabais, “para que se trate de deveres fundamentais necessário se torna que estejamos perante normas constitucionais relativas a posições subjetivas ou normas que integram a constituição do indivíduo e não perante conseqüências na esfera dos indivíduos das normas de organização económica, política e administrativa do Estado”<sup>14</sup>.

Desta maneira, os deveres de sujeição das pessoas decorrentes do poder judicial, do poder de legislar, do poder de polícia etc, não constituem deveres fundamentais nos termos do que se está falando.

## **2.4. Aspectos Jurídicos dos Deveres Fundamentais**

### **2.4.1. Titularidade Ativa e Passiva**

Como toda a obrigação jurídica, a que compõe os deveres fundamentais também possui um titular ativo e um passivo. Quanto a este, o passivo, já foi analisado quando da conceituação de deveres fundamentais, ocasião em que se afirmou que os titulares passivos, ou seja, aqueles que devem prestar os deveres fundamentais, são os indivíduos e, por analogia, as pessoas jurídicas.

No que tange à titularidade ativa, ou seja, a quem se destinam os deveres fundamentais, ela pode ser dividida em titularidade mediata e imediata.

A titularidade ativa mediata está diretamente relacionada com as finalidades dos deveres fundamentais. Sendo esses a consagração constitucional de obrigações essenciais dos indivíduos para a existência e manutenção da sociedade e do Estado Democrático de Direito, o seu titular mediato é a própria comunidade. É por meio da realização dos deveres fundamentais que os valores e objetivos constitucionais são promovidos, valores e objetivos que, por via de conseqüência, destinam-se a promover a dignidade da pessoa, seja mediante a garantia de direitos (fundamentais), seja mediante a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

14 NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. p. 84.

outras formas de discriminação (art. 3º, CF).

A titularidade ativa imediata dos deveres fundamentais está vinculada às relações intersubjetivas decorrentes destes. Pode ser dividida basicamente em quatro hipóteses.

Na primeira, o Estado será titular ativo imediato dos deveres fundamentais que constituem pressupostos de existência e funcionamento dele próprio. Assim, será o Estado o titular ativo imediato dos deveres fundamentais de defesa da pátria, de alistamento militar, de pagar tributos, de participação política (dever de voto), etc. Na segunda hipótese, a coletividade será titular ativa imediata dos deveres fundamentais de cunho econômico, social e cultural, todos decorrentes dos valores constitucionalmente estabelecidos como condutores da sociedade. Logo, o dever fundamental de trabalhar, de preservar o meio ambiente, de promover a saúde, de defender o patrimônio cultural, etc., tem como titular ativo imediato a própria coletividade. A terceira hipótese contempla a que certas categorias ou grupos de pessoas serão titulares ativos imediatos de deveres fundamentais em face de serem titulares de determinados direitos fundamentais. É o que acontece, por exemplo, com o dever de educação dos filhos, o qual decorre do direito fundamental à educação de titularidade do filho, e acarreta o dever dos pais de promoção dessa educação. Por fim, a quarta hipótese diz respeito àquela em que titular ativo e passivo se confundem. Tal fenômeno ocorre nos casos em que o dever fundamental é prestado pela pessoa em seu próprio benefício, porém com reflexos para toda a coletividade. O dever fundamental de promoção da saúde, por exemplo, deve ser prestado pelo indivíduo inclusive para si mesmo, e, dependendo da situação concreta, a manutenção da saúde própria repercute na saúde pública, daí a se caracterizar como dever fundamental.

#### **2.4.2. Objeto dos Deveres Fundamentais**

O objeto dos deveres fundamentais nada mais é que o conteúdo da obrigação jurídica gerada pelas suas normas instituidoras. Este conteúdo pode variar conforme o dever que se deve adimplir.

Nos deveres fundamentais considerados como aspecto passivo dos direitos fundamentais, o objeto da obrigação jurídica constitui um não-fazer. O dever fundamental decorrente do direito de propriedade, por exemplo, exige do seu titular passivo uma abstenção, evitando que este viole o direito de outrem. O mesmo ocorre com o dever decorrente do direito de liberdade, o qual demanda daquele que o presta uma omissão (um não-fazer), não violando a liberdade alheia.

No que concerne aos deveres fundamentais como direitos-deveres, o objeto da obrigação jurídica constitui um fazer, ou seja, uma obrigação positiva. O dever fundamental de votar exige do seu titular passivo uma prestação positiva no

sentido de efetivamente votar, isso sem falar nos deveres anteriores à própria votação, como o dever de alistamento eleitoral, os quais também acarretam uma obrigação de fazer do seu titular passivo.

Por fim, com relação aos deveres fundamentais *stricto sensu*, as obrigações deles decorrentes podem ter os mais diversos conteúdos. Assim é que, como no dever fundamental de defesa da pátria, exige-se uma prestação positiva do sujeito passivo. De outra parte, há casos em que o dever fundamental se constitui em uma obrigação negativa, como no caso do dever de proteção ao patrimônio cultural, que, se por um lado demanda do indivíduo a efetiva conservação do bem (prestação positiva), por outro, determina que este tem de se abster de destruir ou deteriorar o bem objeto de proteção (obrigação negativa). Por último, os deveres fundamentais autônomos podem ainda ter por conteúdo uma obrigação de dar (ou pagar), como ocorre no caso do dever fundamental de pagar tributos.

#### **2.4.3. Princípios Jurídicos Aplicáveis aos Deveres Fundamentais**

Conforme já referido, os deveres fundamentais têm seu fundamento jurídico na Constituição. A questão que se coloca, então, é a de se saber quais os princípios jurídicos informadores de tais deveres. Analisar-se-á os três principais princípios, haja vista que um estudo exaustivo demanda espaço que não se dispõe.

O primeiro princípio é o da universalidade, o qual já consta do próprio conceito de deveres fundamentais. Nos termos do que já referido, os deveres fundamentais devem ser aplicados a todos os indivíduos sem distinção, desde que, obviamente, encontrem-se na mesma situação objetiva. Isso quer dizer que pode haver deveres fundamentais que não se destinem a determinadas pessoas. Todavia, tais distinções devem obedecer a critérios objetivos, como, por exemplo, o dever de voto, que é proibido para menores de 16 anos de idade.

Outro princípio constitucional aplicável aos deveres fundamentais é o da igualdade. A consequência da aplicação deste princípio é que, em circunstâncias objetivas iguais, o mesmo dever fundamental deve ser aplicado da mesma maneira para os indivíduos. Assim, o dever fundamental de pagar tributos deve incidir com relação ao imposto de renda a todas aquelas pessoas que obtiveram rendimentos acima de determinado patamar em certo período na proporção de suas rendas. O princípio da igualdade também determina discriminações afirmativas no sentido de fazer com que se obtenha uma igualdade justa entre os indivíduos. É o mesmo caso do imposto de renda: os rendimentos inferiores ao patamar mínimo de imposição fiscal não são tributados justamente para que estas pessoas consigam desfrutar de uma qualidade mínima de vida, o que seria comprometido com a eventual retirada de riqueza do contribuinte pela cobrança de imposto sobre esta parcela. Dessa forma, a igualdade é buscada mediante um tratamento diferenciado entre indivíduos em situações diferentes.

Por fim, tendo em vista que os deveres fundamentais consubstanciam parcelas de participação social que cada indivíduo disponibiliza para a sociedade como um todo, tal participação deve obedecer ao princípio da proporcionalidade em todos os seus aspectos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Os deveres fundamentais sempre devem ser exigidos do seu titular passivo respeitando-se a medida da capacidade e aptidão deste de prestá-los. O excesso de exigência de um dever fundamental, não só viola o princípio da proporcionalidade, como certamente viola, no caso concreto, direitos fundamentais. Ademais, no que tange aos casos de descumprimento dos deveres, as sanções aplicadas em razão disso também devem guardar proporção com o ilícito eventualmente cometido.

#### **2.4.4. Aplicabilidade das Normas Instituidoras de Deveres Fundamentais**

Sendo os deveres fundamentais normas constitucionais, é necessário que se analise qual a eficácia de tais normas, se direta e imediata, como ocorre com os direitos fundamentais, ou se necessitam da intervenção do legislador ordinário para a sua real efetivação (aplicação indireta e mediata).

Importa anotar que os deveres fundamentais não dispõem de uma cláusula constitucional que lhes atribua eficácia direta e imediata, nos termos do que ocorre com os direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF). Desta feita, sua eficácia decorrerá sempre e na medida da norma que o estipular, podendo haver deveres fundamentais de aplicabilidade direta e imediata e outros de aplicabilidade indireta e mediata.

Com relação aos deveres fundamentais vistos como aspecto passivo dos direitos fundamentais, a aplicabilidade é direta e imediata, pois, tendo em vista que decorrem do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, já têm seu conteúdo expresso na própria Constituição. Como já se referiu, o conteúdo desses deveres corresponde a um não-fazer, a um abster-se de violar, razão pela qual desde o estabelecimento do direito já se tem a plena eficácia do dever.

O mesmo, todavia, não ocorre com os deveres fundamentais como direitos-deveres. Em que pese terem um conteúdo mínimo estabelecido na Constituição, necessitam da intervenção do legislador ordinário para que possam ser aplicáveis. É o que se passa com o direito-dever de educar os filhos. Há um conteúdo mínimo que determina certa diligência dos pais na educação dos filhos. Porém, a real efetivação desse dever se dará por meio da intervenção do legislador ordinário mediante a edição de normas para a criação de uma estrutura educacional, formada por escolas, professores, livros, etc., o que determina a sua aplicabilidade indireta.

Os deveres fundamentais *stricto sensu*, por sua vez, não são dotados de aplicabilidade imediata e direta. Ao contrário disso, necessitam da intervenção do

legislador ordinário para produzir efeitos.

Mesmo nos casos em que estes deveres tenham uma disciplina constitucional bastante desenvolvida, como ocorre, por exemplo, com o dever fundamental de pagar tributos, o qual está estabelecido, mesmo que não de forma expressa, no Capítulo I, do Título VI da Constituição Federal, sob a denominação "Do Sistema Tributário Nacional" (art. 145 a 162), a sua aplicabilidade é indireta e mediata. Isto se deve ao fato de os dispositivos constitucionais não disporem de forma completa sobre a forma de intervenção na esfera de liberdade do cidadão, uma vez que os deveres fundamentais, por exigirem uma atuação do indivíduo que limita seus direitos, demandam uma normatização específica para tanto. De outra parte, o conteúdo dos deveres fundamentais advindos da Constituição não estabelecem sanções para o seu descumprimento, matéria que necessariamente fica a cargo do legislador infraconstitucional. Por estas razões, não se pode falar em eficácia direta e imediata dos deveres fundamentais em sentido estrito.

## 2.5. O Dever Fundamental de Pagar Tributos

Na teoria dos deveres fundamentais, um dos que mais se destaca é o dever fundamental de pagar tributos<sup>15</sup>, pois é a partir do seu cumprimento por parte de toda a coletividade que se conseguem os recursos financeiros necessários para a manutenção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e para a realização dos seus respectivos objetivos constitucionais (art. 3º, CF).

O dever fundamental de pagar tributos não está expresso em cláusula específica instituidora de deveres na Constituição Federal Brasileira. Ele decorre da previsão constitucional de todo o "Sistema Tributário Nacional" (art. 145 a 162, CF). O estabelecimento das competências tributárias dos entes federados, a previsão dos tributos, bem como das garantias do contribuinte, por si só determinam a existência e dão os contornos do dever fundamental de pagar tributos<sup>16</sup>.

15 Não se aprofundará aqui a discussão sobre se o dever fundamental é de pagar tributos (gênero) ou impostos (espécie). Segundo José Casalta Nabais, o dever fundamental seria o de pagar impostos, uma vez que esses é que manteriam a estrutura pública, pois não estão vinculados a qualquer prestação estatal específica para o contribuinte, ao contrário do que ocorre com as taxas e contribuições, por exemplo. Todavia, tendo em vista que no sistema constitucional brasileiro vigora o princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF), inclusive para o financiamento da seguridade social (art. 194 e 195, CF) – que é uma das principais funções do Estado brasileiro –, entende-se melhor fazer referência sempre ao gênero "tributo" e não limitar-se à espécie "impostos", sob pena de, a contrario sensu, dizer que não haveria dever fundamental de pagar taxas ou contribuições. Além disso, mesmo nos casos dos tributos para-fiscais, está presente o dever fundamental sob o aspecto formal (estar previsto na Constituição Federal – vide, por exemplo, art. 149, CF) e material (financiamento de atividades essenciais para a promoção do desenvolvimento individual e social).

16 "Tal como ficou assentado desde a formulação dos arquétipos do liberalismo, na formação do próprio de Estado de indivíduos, a obrigação tributária decorre sempre da vontade constitucional." TÓRRES, Heleno Taveira. *Conflitos de Fontes e de Normas no Direito Tributário – O Princípio da Segurança Jurídica na Formação da Obrigação Tributária*. Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

Na classificação dos deveres fundamentais vista acima, o dever de pagar tributos enquadra-se como dever fundamental *stricto sensu*, uma vez que não se constitui em direito-dever nem é aspecto passivo de um direito fundamental. Isso, obviamente, não significa dizer que ele não guarda relação com os direitos fundamentais. Muito pelo contrário, conforme se verá no item seguinte, o pagamento de tributos constitui sustentáculo indispensável para a existência e preservação dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira gerações ou dimensões.

A fundamentalidade do dever de pagar tributos se dá, portanto, tanto sob o aspecto formal (estar previsto, ainda que implicitamente, na Constituição Federal), quanto sob o aspecto material (ser essencial para a sociedade a que se destina). Seu objeto é uma obrigação de dar (ou pagar) o valor correspondente ao tributo<sup>17</sup>. A aplicabilidade das normas constitucionais instituidoras de tributos (deveres) não é direta, dependendo de leis complementares e ordinárias que lhes estabeleçam os contornos necessários para sua efetivação. O mesmo não ocorre com os direitos fundamentais tributários, os quais têm eficácia direta e imediata por força do art. 5º, §2º, CF<sup>18</sup>, o que torna evidente a diferença de aplicabilidade das normas instituidoras de direitos e deveres fundamentais.

### 3. O Custo dos Direitos

Entendido os fundamentos e os contornos jurídicos do dever fundamental de pagar tributos, passa-se a analisar a sua fundamentalidade sob o aspecto material. Fundamentalidade que é dada em razão de os tributos constituírem condição *sine qua non* para a existência e manutenção do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais inerentes a tal sistema. São os tributos (a participação da sociedade no financiamento do Estado), nos Estados modernos, que garantem um grau mínimo de garantias individuais.

#### 3.1. Direitos Positivos e Negativos

Para o estudo que se segue, é importante ter presente a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos.

17 "In tal modo, dunque, la Costituzione delinea il dovere di prestazione tributaria, stabilendo al tempo stesso che i molteplici obblighi, destinati a permetterne l'attuazione sul piano dei rapporti tra i singoli e lo Stato, siano specificamente previsti dalle varie leggi, mentre queste ultime debbono determinare a loro volta – designandone astrattamente i presupposti e gli elementi costitutivi – le prestazioni pecuniarie concretamente dovute, cioè, in ultima analisi, il contenuto delle obbligazioni tributarie il cui adempimento soddisfa alla fondamentale esigenza di contribuire alle pubbliche spese". LOMBARDI, Giorgio M. Contributo allo Studio dei Doveri Costituzionali. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967, p. 351.

18 Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 – DF, os direitos dos contribuintes estabelecidos na Constituição Federal, em especial o da anterioridade (art. 150, III, b, CF), têm status de direito fundamental, se lhes aplicando o regime jurídico do art. 5º da CF.

Tendo em vista que grande parte dos direitos fundamentais dos indivíduos foi consagrada em face do (temor do) poder estatal e outra importante parte considerando a necessidade do Estado de promover certas condições às pessoas, a classificação dos direitos em positivos e negativos relaciona-se com o conteúdo da conduta que este deve ter, ou seja, se há necessidade ou não de uma prestação estatal para sua efetivação<sup>19</sup>.

Os direitos negativos são os que a doutrina costuma chamar de direitos de primeira geração ou dimensão, entre eles encontram-se os de liberdade e de propriedade. Tais direitos surgiram com a assunção do Estado Liberal como forma de limitar o poder absoluto do soberano (do Estado). Têm seu fundamento no direito natural e, portanto, seriam inerentes ao indivíduo, independentemente de qualquer atitude alheia para que possam existir. Dessa maneira, restaria ao Estado o dever de reconhecê-los e não transgredi-los. A conduta, portanto, exigida do Estado em face dos direitos negativos é a de abstenção (um não agir/fazer), no sentido de não violar estes direitos já pertencentes aos indivíduos.

Os positivos são compostos pelos direitos de segunda e terceira gerações ou dimensões, especialmente os direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos surgem com o advento do Estado Social e visam a realizar o ideal da dignidade da pessoa mediante a promoção do seu bem-estar. Por não serem inerentes ao ser humano, mas sim criação deste, os direitos positivos necessitam de uma prestação do Estado para serem efetivados, ao contrário do que ocorre com os negativos<sup>20</sup>. O direito à saúde, como forma de promoção da dignidade, por exemplo, demanda previsão legislativa assim como prestações materiais (construção de hospitais, capacitação de profissionais, compra de remédios, etc.)<sup>21</sup>.

Em síntese, segundo a doutrina clássica, existiriam dois tipos de direitos: os negativos, cuja efetivação se dá mediante uma abstenção por parte do Estado, e os positivos, cuja realização ocorre por meio de uma ação efetiva deste.

19 "No presente estudo, a dicotomia positivo/negativo diz respeito a duas situações interligadas, a saber: (i) a necessidade ou não de prestação estatal (em caso negativo ter-se-ia mera omissão) para a consecução de direitos fundamentais, de modo que a expressão direitos positivos refere-se, em especial, a direitos que demandam prestação estatal para a sua efetivação e, (ii) em estreita correlação, os custos que essas prestações ocasionam para o Estado, de forma que positividade refere-se também a dispêndio de recursos". GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 151.

20 "These 'positive rights' reflect the view that the state has a duty not only to refrain from violating the rights of its citizens, but affirmatively to promote their welfare through intervention in the economy and through insuring a minimum level of well-being to all". GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991, p. 99.

21 Sobre o que se vem falando, bastante elucidativas as palavras do eminente jurista Norberto Bobbio: "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas". BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 41.

### 3.2. Todos os Direitos São Positivos

Em que pesem as considerações tecidas no item anterior, a classificação dos direitos em positivo e negativo, modernamente, não mais se sustenta. Ao contrário do que relatado pela doutrina clássica, todos os direitos exigem uma prestação do Estado, mesmo aqueles que aparentemente demandam apenas o dever de abstenção deste de violá-los (direitos de primeira geração ou dimensão).

Tome-se como base de estudo os direitos clássicos de propriedade, de liberdade e à integridade (física e moral). Todos estes direitos, ao contrário do que sempre se ensinou, demandam ações estatais positivas.

A propriedade propriamente dita sequer existe em si mesma, não é um bem tangível. Ela nada mais é do que o reconhecimento de uma relação entre um determinado sujeito e um bem qualquer. Este reconhecimento é promovido pelo ordenamento jurídico, o qual vai determinar os requisitos para que se reconheçam e determinem a existência e os limites desta relação. Sem normas jurídicas, não há "direito de propriedade"<sup>22</sup>. Todavia, as normas jurídicas, dentro da concepção de Estado de Direito moderno, demandam a existência de um poder representativo do povo, o Poder Legislativo, ao qual é incumbido o dever de editá-las no interesse da nação. Entre essas normas estão, inclusive, aquelas que reconheçam os direitos mais básicos e essenciais ao ser humano, como é o de propriedade.

A existência do Poder Legislativo, por si só, já demanda uma grande quantidade de recursos, seja para custear a participação política mediante o voto que irá eleger os seus membros, seja, e principalmente, para manter toda a estrutura necessária ao funcionamento do Parlamento. A construção de um prédio sede, a compra de materiais de expediente, o pagamento da remuneração de funcionários e parlamentares, a limpeza e manutenção de toda a estrutura física, etc., requerem recursos financeiros que são arcados pela sociedade como um todo<sup>23</sup>. Então, mesmo o mais simples reconhecimento de um direito demanda vultosos recursos públicos.

22 Elucidativas, neste ponto, as palavras escritas cerca de 200 anos atrás pelo filósofo Jeremy Bentham: "Property is nothing but a basis of expectation; the expectation of deriving certain advantages from a thing which we are said to possess, in consequence of the relation in which we stand towards it. [...] The idea of property consists in an established expectation; in the persuasion of being able to draw such or such an advantage from the thing possessed, according to the nature of the case. Now this expectation, this persuasion, can only be the work of law. I cannot count upon the enjoyment of that which I regard as mine, except through the promise of the law which guarantees it to me. It is law alone which permits me to forget my natural weakness. It is only through the protection of law that I am able to inclose a field, and to give myself up to its cultivation with the sure though distant hope of harvest. [...] Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases". BENTHAM, Jeremy. *The Theory of Legislation*. p. 68/9.

23 "Mister seja compreendido que todas as atividades administrativas possuam caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetablel que todas elas implicam custos para a sociedade, que devem ser justamente considerados no momento em que devam ser tomadas decisões, inclusive quanto ao estabelecimento dessas atividades administrativas". GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. p. 217.

A par disso, o sujeito que é titular do direito de propriedade não está livre de ter o seu direito violado, pois a qualquer momento uma pessoa ou um grupo de pessoas pode violá-lo. Dir-se-ia que, nesse caso, extinguiu-se seu direito? Certamente que não, pois o Estado coloca a sua disposição todo um sistema que lhe permite pleitear a recomposição do seu direito nos mesmos moldes do que era antes de ser ofendido. Este sistema nada mais é que o Poder Judiciário<sup>24</sup>, que, da mesma forma que Poder Legislativo, demanda recursos financeiros para funcionar.

Recorrendo ao Poder Judiciário e tendo seu pleito atendido, nada garante que os transgressores do direito de propriedade vão agir para recompô-lo. Neste caso, novamente o titular do direito de propriedade deverá fazer uso de outro sistema estatal. Fará uso, então, de força policial para, no caso de invasão de terras, por exemplo, retirar os invasores.

Pense-se em outra hipótese, em que não há ação humana. No caso de um incêndio numa residência, ou numa floresta, que esteja consumindo o bem de titularidade de um particular. Para proteger esse direito privado de um único indivíduo deverá ser mobilizada uma quantidade enorme de bombeiros e agentes da defesa civil, bem como equipamentos e veículos.

Todos estes sistemas e procedimentos colocados à disposição pelo Estado demandam enormes quantias de dinheiro, as quais são custeadas pela sociedade mediante o pagamento de tributos. Obviamente que o Estado possui outras fontes de receitas, porém são os tributos, com grande vantagem, as maiores fontes de recursos. O direito de propriedade, portanto, só existe porque o Estado financia uma série de órgãos para protegê-lo.

O mesmo ocorre com o direito de liberdade. Segundo o pensamento clássico, os homens são, por essência, livres e sua liberdade se realiza mediante a não intervenção do Estado. Ou seja, não agindo o Estado garante a liberdade dos indivíduos. Será?

A liberdade de ir e vir exige de todos os atores sociais, inclusive do Estado, a conduta de se abster de causar qualquer oposição a tal direito. Em razão disso, a efetivação do direito de ir e vir não traria custos a ninguém, haja vista ter por conteúdo uma obrigação negativa dos outros indivíduos e do Estado. Numa sociedade perfeita, em que todos respeitam o direito de todos, a concepção clássica estaria correta. Porém, na sociedade real, o direito à liberdade de locomoção representa custos orçamentários para o Poder Público.

Toda vez que for violado esse direito, haverá a necessidade de se recorrer a instâncias estatais para que estas, mediante seu inerente poder, restabeleçam o direito violado. Essas instâncias estatais, como já referido, podem ser o Poder Judiciário, assim como

24 "Admittedly, some important constitutional rights are plausibly styled as duties of the government to forbear rather than to perform. But even those 'negative rights' – such as prohibitions on double jeopardy and excessive fines – will be protected only if they find a protector, only if there exists a supervisory state body, usually a court of some kind, able to force its will upon the violators or potential violators of the rights at issue". HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000, p. 53/4.

as polícias civil ou militar. A inexistência destes organismos do Estado garantidores dos direitos dos indivíduos os tornaria letra morta, uma vez que ficaria ao livre arbítrio de cada um cumprir ou não uma norma jurídica sem carga sancionadora efetiva.

O que seria também da liberdade contratual, um dos fundamentos principais das sociedades capitalistas modernas, se não houvesse um sistema estatal que obrigasse as partes a cumprirem as avenças? O acerto de vontades entre indivíduos certamente não teria a carga vinculativa que tem hoje se não houvesse meios judiciais de se forçar o contratante a cumprir o que prometeu. No entanto, judicialmente obrigar uma parte a cumprir o seu dever contratual, mesmo que seja o mero pagamento de uma dívida, demanda recursos estatais retirados da sociedade por meio da cobrança de tributos.

O direito à integridade física e moral também demanda recursos públicos. Não se está aqui nem a cogitar o necessário treinamento e formação dos agentes estatais, em especial dos agentes policiais, para que ajam no trato com o público de forma a preservar a integridade das pessoas. Nesse caso, ainda poder-se-ia creditar na conta da necessária abstenção do Estado de violar os direitos dos indivíduos, apesar de que mesmo esta abstenção já demanda recursos.

O direito à integridade física e moral certamente não seria tão efetivo se o Estado não protegesse o indivíduo de outros indivíduos, ou protegesse o indivíduo de infortúnios da vida. O serviço de proteção que o Estado coloca à disposição da população para a proteção da integridade física e moral da ação de outros indivíduos, por si só já é oneroso. Mas mesmo que ninguém nunca violasse o direito de outrem, a preservação da integridade das pessoas demandaria recursos.

Toda a vez que uma pessoa é exposta a uma situação de risco, seja num incêndio, seja num acidente automobilístico, seja numa enchente (ocorrências extremamente comuns entre nós), a ação dos agentes estatais para apagar o fogo e libertar a vítima das chamas, ou para retirá-la das ferragens do automóvel no caso de acidente, ou ainda de interditar casas e retirar moradores de áreas de risco para evitar tragédias no caso de desmoronamentos provocados por uma enchente, demanda enormes recursos públicos. A preservação do direito à integridade física e moral das pessoas requer uma efetiva prestação estatal, o que, conforme relatado, vai de encontro ao que prega a doutrina clássica.

Com esses poucos exemplos fica evidente que não existem direitos negativos. A idéia de que certos direitos, para serem efetivados, demandam apenas que o Estado se abstenha de violá-los é hoje superada<sup>25</sup>. Todos os direitos são positivos, pois todos eles demandam recursos públicos.

---

25 "Pois, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros". NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos. [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), acesso em 10.12.06, p. 12.

#### 4. Conclusões: Efetivando Direitos Fundamentais

Os deveres fundamentais, em especial o dever de pagar tributos, são pressupostos inarredáveis na busca da efetivação de direitos fundamentais. Qualquer debate sobre direitos fundamentais que não levar em conta o custo dos direitos e a forma como são arrecadados os recursos necessários para financiá-los torna-se vazio, pois não estará considerando um fator decisivo para a existência e manutenção do Estado Democrático de Direito e seus consectários.

A realização de direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira gerações, passa necessariamente pelo cumprimento do dever fundamental de pagar tributos<sup>26</sup> atribuído a toda coletividade. Se, por um lado, a sociedade busca cada vez mais a conquista de direitos, por outro, ela precisa construir os mecanismos necessários à obtenção dessas conquistas, mecanismos esses que se confundem com os deveres fundamentais. Na sociedade atual, os direitos serão tão efetivos quanto forem efetivos os deveres. Se fosse possível medir o “nível” de direitos chegar-se-ia à conclusão de que este jamais poderia ser maior que o “nível” dos deveres. A construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) que busque efetivar a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, II, CF) requer o estabelecimento e o cumprimento dos deveres fundamentais de cada cidadão, de cada agente social.

Assim é que a arrecadação de tributos, o gerenciamento das riquezas públicas, o funcionamento da máquina pública e as influências das atuações estatais no cenário econômico constituem matérias indispensáveis ao estudo dos direitos fundamentais, uma vez que estes dependem fundamentalmente das atuações do Estado para serem efetivados. Além disso, o estudo dos deveres fundamentais, em especial o de pagar tributos, tem o nítido sentido de buscar uma melhor compreensão de como são efetivados os direitos fundamentais nos Estados modernos e de como se devem buscar os substratos necessários para sua maior realização. Muito feliz, portanto, a expressão utilizada por Flávio Galdino quando diz que “direitos não nascem em árvores”<sup>27</sup>, o que demonstra que para haver direitos é necessário, antes, haver deveres.

#### 5. Referências Bibliográficas

**BENTHAN**, Jeremy. *The Theory of Legislation*. Bombay: Oceana Publications, 1975.

**BIDART**, Adolfo Gelsi. *De Derechos, Deberes y Garantías, Del Hombre Comum*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1987.

26 “As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remedy have no legal rights. Statelessness spells rightslessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs”. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. p. 19.

27 GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

- BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- FREITAS**, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GALDINO**, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GLENDON**, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.
- HOLMES**, Stephen e **SUNSTEIN**, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- LOMBARDI**, Giorgio M. *Contributo allo Studio dei Doveri Costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.
- NABAIS**, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos*. [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), acesso em 10.12.06.
- NABAIS**, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- SARLET**, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA JUNIOR**, Cezar Saldanha. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- TÔRRES**, Heleno Taveira. *Conflitos de Fontes e de Normas no Direito Tributário – O Princípio da Segurança Jurídica na Formação da Obrigação Tributária. Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros, 2005.