

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DEVERES COM SANÇÃO E DEVERES SEM SANÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO (*)

Fabiano Lepre Marques (**)

Daury Cesar Fabríz (***)

Fecha de publicación: 01/01/2013

Resumo: Pretende-se, com o trabalho, analisar quais as consequências jurídicas geradas pelo descumprimento de um dever fundamental. A resposta ao problema de pesquisa formulado não é tão óbvia quanto possa parecer ao primeiro olhar. Isso porque, ainda que o ordenamento jurídico preveja uma consequência jurídica imediata, que é a sanção (como, por exemplo, no caso penal, uma pena a um crime cometido), é também possível (e comum) que haja consequências jurídicas mediatas (isolada ou cumulativamente com as imediatas), que não sejam propriamente sanções, mas que acabam tendo efeitos similares. Diante disso, a partir da análise do descumprimento de normas jurídicas que estatuem deveres jurídicos, pretende-se investigar quais as consequências jurídicas para o caso do descumprimento de deveres fundamentais. Assim, o presente artigo analisa a estrutura lógica das normas jurídicas, de modo a destacar a presença dos deveres jurídicos; em seguida, aponta as consequências jurídicas que podem surgir do descumprimento desses deveres; e, por fim, distingue dever e obrigação, responsabilidade e sanção, trazendo a questão para o campo dos deveres fundamentais. Utiliza-se, para isso, como metodologia, a dialética.

(*) Artigo produzido no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e os Direitos Fundamentais” do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da FDV sob orientação do Professor Dr. Adriano Sant’Ana Pedra e do Professor Dr. Daury Cesar Fabríz. fabianomarques@hotmail.com

(**) Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Especialista em Ciências Criminais pela Uniderp/Anhanguera; Professor de Direito Processual Penal na Faculdade Estácio de Sá (Vila Velha/ES) e na Rede Doctum/FABAVI (Vitória/ES); Advogado Criminalista.

(***) Doutor e Mestre em Direito pela UFMG; Coordenador da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV; Professor na Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV; Advogado e Sociólogo.

Palavras-chave: Deveres fundamentais – Deveres jurídicos – Norma jurídica – Consequências jurídicas imediatas – Consequências jurídicas mediatas – Obrigação e dever – Responsabilidade e sanção.

Abstract: This work intends analyzing the legal consequences that become from the noncompliance of fundamental duties. The answer to the research problem stated is not that obvious as someone could imagine at a first glance. This is because, though the legal order foresees immediate legal consequences, such as sanctions (as, for example, in criminal cases, a penalty for a delict), it is also possible (and common) mediate legal consequences (singly or cumulatively with the immediate ones), which have similar effects to the sanctions, although they are no penalties. Then, since the legal norms that establish legal duties noncompliance analysis, it is intended to investigate which are the legal consequences for the noncompliance of fundamental duties. Thereby, the following article analyzes the legal norms logical structure, in a way of detaching the presence of legal duties; next, it points out the legal consequences that can arise from the noncompliance of such duties; and, finally, it distinguishes duty and obligation, responsibility and sanction, bringing the question to the field of fundamental duties. It is employed, for this, as methodology, dialectics.

Keywords: Fundamental duties – Legal duties – Legal norm – Immediate legal consequences – Mediate legal consequences – Obligation and duty – Responsibility and sanction.

Sumário: 1. Introdução – 2. A estrutura lógica das normas jurídicas e a posição dos deveres e das sanções – 3. As consequências do descumprimento de deveres jurídicos – 4. A distinção entre dever e obrigação, responsabilidade e sanção, no marco dos deveres fundamentais – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema dos deveres fundamentais é, sem dúvidas, intrigante. Os livros e mesmo os artigos que tratam especificamente sobre deveres fundamentais são escassos, embora a temática seja já bastante antiga, podendo ser encontrada literatura específica na Antiguidade Clássica Greco-

Romana¹. No entanto, não há sequer uma teoria geral sobre os deveres fundamentais, apesar de existir alguns trabalhos que já tenham se debruçado, incipientemente, sobre a questão².

O tema dos deveres fundamentais é, sem dúvidas, instigante. Isso porque a escassez tanto de autores e pesquisadores preocupados com o tema quanto de trabalhos desenvolvidos sobre permite que seu desenvolvimento seja mais livre, que se realize uma pesquisa mais original. Nesse sentido, a pesquisa aqui proposta investiga uma das lacunas deixadas pelo tema dos deveres fundamentais: o da consequência de seu descumprimento. Assim, o presente estudo visa responder à seguinte questão: *que consequências o descumprimento de um dever fundamental pode acarretar?*

Para que não resulte em um trabalho muito longo e fatigante, a resposta à pergunta acima será formada a partir da seguinte abordagem: o descumprimento de deveres jurídicos, ou melhor, de normas jurídicas que estatuem deveres jurídicos, a partir de uma análise do Direito penal nos casos de crimes contra a assistência familiar (crimes de abandono material, de entrega de filho menor a pessoa inidônea e de abandono intelectual). A resposta óbvia, na seara penal, é de que o descumprimento de uma norma, ou seja, o cometimento de um crime, é a aplicação de uma sanção. Mas, e para os deveres fundamentais, a consequência de seu descumprimento é a possibilidade de aplicação de uma sanção? E se não houver a previsão expressa no ordenamento jurídico de uma sanção aplicável pelo descumprimento, quais as possíveis consequências?

Justifica-se a presente pesquisa fundamentalmente pela inexistência, a princípio, de trabalhos que investiguem quais as consequências, jurídicas e sociais, para o caso de descumprimento de deveres fundamentais. Encontram-se, certamente, vários trabalhos no campo da teoria do Direito, em que se trata sobre a teoria geral das normas, mas nenhum deles, ao menos a partir de um levantamento preliminar, aborda a questão aqui especificada em relação aos deveres fundamentais. Ademais, entende-se, junto de alguns autores que têm tratado sobre o tema, que

¹ Por exemplo: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987; CÍCERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

² Por exemplo: PINHEIRO FARO, Julio. Los deberes fundamentales y la Constitución brasileña. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 9. Florianópolis/Vitória: Boiteux/FDV, jan./jun. 2011; GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. Deveres fundamentais: conceito, estrutura e regime. *Revista Controle*, vol. 7, n. 2. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, dez. 2009.

os deveres condicionam a realização efetiva dos direitos³, sendo imprescindível determinar que consequências o descumprimento de um dever (jurídico) fundamental gera, já que o descumprimento pode ensejar uma não fruição ou uma fruição incorreta dos direitos fundamentais.

Para que se atinja a proposta de trabalho aqui feita, isto é, investigar quais são as consequências decorrentes do descumprimento de um dever fundamentais, devem-se destacar os objetivos a serem alcançados em cada uma das partes desse estudo. Além da introdução e da conclusão, o presente artigo se divide em mais três seções. A primeira analisa a estrutura lógica das normas jurídicas, destacando aquelas que estatuem deveres jurídicos de cujo descumprimento resulta sanções e aquelas em relação às quais o descumprimento não enseja sanções. A segunda seção analisa quais as consequências advindas do descumprimento de deveres jurídicos, usando, para isso, exemplos extraíveis do Direito penal, onde se encontram deveres com sanção, e exemplos extraíveis de outros ramos do Direito em que se possam achar deveres sem sanção. A terceira seção arremata a discussão, trazendo a distinção entre dever e obrigação, responsabilidade e sanção, apontando que consequências podem advir do descumprimento de deveres fundamentais, utilizando-se, para isso, das discussões feitas nas duas seções anteriores.

Para esse desenvolvimento, utiliza-se como metodologia, a dialética, consistente no uso de técnicas de argumentação que permitem formar, a partir da contraposição entre tese e antítese, uma síntese, que, na presente pesquisa, depois de analisar a questão sobre o prisma dos deveres jurídicos e da teoria geral do Direito, é a resposta que se procura ao problema apresentado, ou seja, uma resposta (síntese) adequada à questão sobre o prisma dos deveres jurídicos fundamentais e da teoria constitucional. A pesquisa, ademais, encontra-se baseada em fontes bibliográficas e legais (legislação), fundamentalmente.

2. A ESTRUTURA LÓGICA DAS NORMAS JURÍDICAS E A POSIÇÃO DOS DEVERES E DAS SANÇÕES

³ Por exemplo: PINHEIRO FARO, Julio. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.

Essa primeira seção do estudo analisa a estrutura lógica das normas jurídicas, destacando a posição dos deveres jurídicos e as consequências lógicas que advêm de seu descumprimento, separando as normas em perfeitas (que preveem sanções) e imperfeitas (que não preveem sanções). O enfrentamento aqui proposto foge à relação entre Direito e Moral, abordando-se as consequências jurídicas e apontando as possíveis consequências sociais em relação ao descumprimento de deveres jurídicos fundamentais. Não se investiga, nesse sentido, que motivos levaram um indivíduo a descumprir um dever fundamental, nem são aprofundadas as questões pertinentes às consequências sociais desse comportamento. A proposta é simples: investigam-se quais as consequências jurídicas previstas para o descumprimento de uma norma jurídica que estabelece um dever jurídico e são apontadas, sem tecer análises, as consequências não jurídicas. Assim, o trabalho restringe-se a estudar normas jurídicas que prescrevem deveres jurídicos, especificamente, fundamentais.

Um estudo sobre as normas jurídicas determina que seja delimitado o objeto de estudo: *a norma*. De acordo com Kelsen, “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira⁴”. Dentro dessa perspectiva, norma jurídica é a determinação de uma conduta humana por uma previsão contida em um instrumento jurídico, destacando-se por ter uma estrutura específica em que há a previsão abstrata de um acontecimento possível no mundo concreto (*hipótese, descrição, tipo*), que, se ocorrer, enseja uma possível consequência jurídica, que, se não for atendida, pode determinar a possível aplicação de uma sanção. Há, portanto, uma possibilidade de aplicação de sanção, de modo que pode ser que haja sanção para o caso (deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar resulta em pena de detenção de 15 dias a um mês ou multa) ou não haja (contrair dívida de jogo não gera sanção juridicamente prevista).

O verbo *dever*, empregado para explicar a função da norma, assume uma significação que é mais ampla do que a corriqueiramente utilizada, significando, “um ato intencional dirigido à

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

conduta de outrem⁵”. Ou seja, a norma jurídica estabelece uma conduta, que é um ato de vontade, que deve ser observada por outrem, o que determina a não reflexividade das relações jurídicas, e sim a sua intersubjetividade, ou seja, ocorrem sempre entre pelo menos dois sujeitos diferentes, em que “um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira⁶”. Como as normas de um ordenamento regulam sempre uma conduta humana⁷, seja positiva (ação) seja negativa (omissão), estabelecendo uma conduta como devida, abstratamente, obviamente, já que “a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la⁸”. O ponto enfrentado na pesquisa aqui proposta tem a ver exatamente com as consequências de uma conduta fática que contraria o comando normativo que estatui um dever jurídico, estendendo, depois, essa análise para a questão dos deveres fundamentais.

As consequências em relação ao descumprimento de um dever podem existir ou não. Ao prescrever uma conduta humana como devida, a ordem jurídica pode estabelecer quanto à sua observância ou inobservância um determinado tipo de consequência: uma vantagem ou desvantagem; ou não as estabelecer. Assim, não se procura analisar que razões ou motivos levam um indivíduo a cumprir ou não um dever jurídico, e sim que consequências podem advir do descumprimento. Trata-se do princípio retributivo.

O princípio da retribuição está presente, por exemplo, na afirmação de que a todo dever corresponde um direito, e que é equivalente à afirmação de que a todo descumprimento de dever corresponde alguma sanção. Segundo Manuel de Lucena, “a palavra retribuição exprime uma ideia análoga à de reciprocidade⁹”. De acordo com Kelsen, o princípio retributivo é aquele pelo “qual deve ser punida a conduta contrária à sociedade: àquele que se conduz mal, um mal deve ser aplicado; a conduta adequada à ordem social deve ser recompensada: aquele que se conduz bem, um bem deve ser feito¹⁰”. A aplicação pura desse princípio resulta no princípio da Justiça de igualdade – igual por igual, bem por bem, mal por mal – e na famosa lei de talião – olho por olho, dente por dente¹¹. Ou, dito de outra maneira:

⁵ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 6.

⁶ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 6.

⁷ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 16.

⁸ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 18.

⁹ LUCENA, Manuel de. Ensaio sobre a origem do Estado (I). *Análise Social*, vol. 12, n. 48, 1976, p. 933.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 31.

¹¹ KELSEN, Hans. Obra citada, 1986, p. 173.

paga-se o bem com o bem, o mal com o mal. No entanto, deve-se recordar que o sistema sancionador contemporâneo não se fia na pura aplicação da reciprocidade.

O Direito é uma ordem coativa no sentido de reagir, contra situações que são consideradas indesejáveis socialmente, mediante um ato de coação, aplicado contra a vontade do destinatário¹², (embora com o seu conhecimento, já que a legislação é pública e ninguém pode se escusar de cumpri-la alegando desconhecimento,) e que deve ser efetivado, não quando realizada a conduta prescrita, mas quando realizada a conduta proibida, contrária, pois, ao Direito¹³. Por exemplo, o art. 245 do Código Penal brasileiro prescreve uma conduta, *entregar filho menor de 18 anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo*, que é uma conduta proibida porque contrária ao Direito; a coação prevista abstratamente é a de que, uma vez realizada tal conduta, *deve-ser* aplicada uma *sanção*, que é uma pena entre um e dois anos de detenção. Mas a aplicação da sanção não decorre da simples previsão coativa da pena, e sim da existência efetiva de um ato de coação.

Os exemplos mais corriqueiros são, então, de normas jurídicas estatuidoras de deveres jurídicos que, quando descumpridas, possibilitam a incidência de uma sanção. A assunção geral é, então, a de que todo indivíduo tem o dever de, a não ser que prefira sofrer a aplicação de uma sanção, se comportar de acordo com a prescrição normativa contida em uma determinada ordem social. Assim, afirmar que o indivíduo está obrigado a ou tem o dever de agir de certo modo não são expressões sinônimas, salvo se a referência for a *estar obrigado a* e o *dever-ser* contido na norma jurídica¹⁴.

Mas, e as normas sem sanção: existem deveres jurídicos sem sanção? O exemplo clássico é a obrigação natural, “um dever de prestação cujo cumprimento não pode ser exigido através de uma ação intentada em tribunal e cujo não cumprimento não constitui pressuposto de uma execução civil¹⁵”. A existência de obrigações naturais, bem como de outros deveres jurídicos desprovidos de sanção afasta a incidência do princípio retributivo e excepciona a conclusão de

¹² KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 35.

¹³ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 38.

¹⁴ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, pp. 128-129.

¹⁵ KELSEN, Hans. Obra citada, 1998, p. 57.

que a todo descumprimento de dever corresponde alguma sanção, ou seja, não é sempre que se tem uma consequência para o descumprimento de um dever jurídico. De acordo com Norberto Bobbio:

(...) quando deparamos com normas desprovidas de sanção, geralmente nos encontramos diante dos seguintes casos típicos: 1) ou se trata de normas cuja eficácia, dada a sua reconhecida oportunidade ou correspondência com a consciência popular ou, numa palavra significativa, dada a sua justiça, é confiada à adesão espontânea, motivo pelo qual a sanção é considerada inútil; 2) ou se trata de normas postas por autoridades muito elevadas na hierarquia das normas, a ponto de tornar impossível ou pelo menos pouco eficiente a aplicação de uma sanção. Em ambos os casos a ausência de sanção não depende de uma falha do sistema no seu todo, mas de circunstâncias específicas das normas singulares, circunstâncias essas que tornam, naquele determinado caso, e somente nele, ou *inútil* ou *impossível* a aplicação de uma sanção, sem que por isso seja afetado o princípio que inspira a ativação do mecanismo da sanção, ou seja, o princípio da eficácia reforçada, que vale quando essa eficácia reforçada é possível e quando, sendo possível, também é necessária ou ao menos particularmente útil¹⁶.

Todavia, a regra é de que, no campo jurídico, ao descumprimento de um dever jurídico deve ser aplicado um tipo de sanção. Assim, são considerados dois possíveis resultados quanto ao descumprimento de deveres jurídicos: a ausência de sanção e a possível aplicação de sanção. Tendo-se que o objeto das normas é a conduta das pessoas, quando há a determinação em uma norma de que para o cometimento de uma ação seja aplicada uma sanção, diz-se que se está diante de uma norma perfeita porque completa; quando inexistente tal determinação, diz-se que se está ante uma norma imperfeita porque incompleta. As sanções se encontram posicionadas, assim, dentro da estrutura lógica da norma como *a consequência da inobservância de uma conduta*.

Os deveres encontram-se, exatamente, na necessidade de observância de uma conduta, daí Kelsen afirmar que a imposição de uma conduta por uma norma tem o mesmo sentido de obrigar a uma conduta: “Que uma pessoa é ‘obrigada’ ou tem o ‘dever’ de conduzir-se de modo determinado é o mesmo que dizer que uma norma válida impõe esta conduta¹⁷”. Portanto, quando uma norma impõe uma conduta, ela nada mais faz senão estabelecer um dever a ser cumprido. Daí que quando não for observada a proibição contida numa norma penal, ao sujeito deverá ser aplicada uma sanção; do contrário, não incidirá a sanção. No caso

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do Direito*. 3. ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 159-160.

¹⁷ KELSEN, Hans. Obra citada, 1986, p. 170.

das normas imperfeitas, as consequências jurídicas imediatas não existem, já que, independentemente da conduta praticada, não haverá sanção. Entretanto, note-se bem, as consequências jurídicas *imediatas* são inexistentes, o que não quer dizer que não haverá consequências jurídicas e também sociais para o comportamento *desconforme* ao preceito normativo.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DE DEVERES JURÍDICOS

Portanto, o que se tem é que, ao cumprir uma norma o indivíduo está realizando um dever jurídico, isto é, conduzindo-se conforme a prescrição normativa – se esta institui proibição, o comportamento esperado é um não fazer (uma abstenção), se institui permissão, espera-se uma possibilidade (uma faculdade), e se institui obrigação, a conduta esperada é um fazer (um agir). Seja na proibição seja na obrigação, o indivíduo, para agir em conformidade com o Direito deve observar o comando normativo, ou seja, tem o *dever* de observar a norma, do contrário arrisca-se a sofrer uma *sanção*. Mas quais as consequências jurídicas (diretas ou indiretas) e sociais que podem advir do descumprimento de um dever jurídico? É isso o que esta segunda seção pretende analisar.

Sabe-se que as reações a condutas podem ser três: aprovação, desaprovação ou impassibilidade. Estas duas últimas são as que aqui interessam, uma vez que têm a ver com as possibilidades decorrentes do descumprimento de uma norma, isto é, a aplicação de uma sanção (*desaprovação*) ou a inexistência de uma sanção a ser aplicada (*impassibilidade*). Como já afirmado, a aplicação de sanções decorre do *princípio da retribuição*, que é decisivo para o convívio em sociedade e que pode ser formulado da seguinte maneira: “se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa os interesses da comunidade, deve ser punido, i. e., deve ser-lhe causado um mal¹⁸”; do contrário, se um membro da comunidade se conduz “de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i. e., deve ser-lhe causado um bem¹⁹”.

¹⁸ KELSEN, Hans. Obra citada, 1986, p. 173.

¹⁹ KELSEN, Hans. Obra citada, 1986, p. 173.

Em termos jurídicos, isso quer dizer o seguinte: se o indivíduo cumpre com o seu *dever* de observar certo comando normativo, então *não* lhe será impingida qualquer *sanção* (o bem a ser causado é não lhe aplicar nenhum mal, a conduta conforme ao Direito é o que se espera dele); se o indivíduo *não* cumpre o seu *dever* de observar certo comando normativo, então *poderá* lhe ser impingida alguma *sanção*. Nesse segundo caso, é que entram a *desaprovação jurídica* e a *impassibilidade jurídica*, ou seja, a aplicação ou não, respectivamente, de uma sanção por, exatamente, ela estar ou não prevista como consequência do descumprimento de uma norma, de uma ordem jurídica. Assim, há duas possíveis consequências jurídicas: a) uma consequência jurídica imediata; b) uma consequência jurídica mediata.

O *primeiro tipo*, a consequência jurídica imediata, é uma *desaprovação*. Entende-se como consequência jurídica imediata aquela que é aplicada diretamente ao sujeito que descumpriu o preceito normativo. O caso mais comum é o das sanções penais. E aqui são selecionados alguns crimes representativos dessa situação e que têm a ver com o *dever fundamental*, contido nos arts. 229 e 230 da CF/88, de criar, de educar e de assistir os filhos menores, e de ajudar e de amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade, defendendo, em ambos os casos, a sua dignidade e seu bem-estar, bem como lhes garantindo o direito à vida. Ou seja, os crimes selecionados *visam proteger* direitos fundamentais (dignidade, vida, bem-estar, assistência, amparo, educação) mediante a aplicação de *sanções* a quem *não cumprir* com o seu *dever jurídico fundamental* de protegê-los.

Nesse sentido, têm-se os seguintes tipos penais: a) *Abandono material* (art. 244, *caput*, do CP), cuja conduta *reprovada* é a de não prover, sem justa causa, a subsistência de pessoa da família ou deixar de socorrer, sem justa causa, pessoa da família, podendo ser aplicada pena de detenção e multa; b) *Entrega de filho menor a pessoa inidônea* (art. 245, *caput*, do CP), cuja conduta *reprovada* é a de entregar filho incapaz a pessoa cuja companhia deva ao menos saber ser moral ou materialmente danosa e ele, podendo ser aplicada uma pena de detenção; c) *Abandono intelectual* (art. 246, do CP), cuja conduta *reprovada* é a de não prover, sem justa causa, à instrução primária de filho em idade escolar, podendo ser aplicada pena de detenção ou de multa; d) *Abandono intelectual equiparado* (art. 247, do CP), cuja conduta *reprovada* é a de dar permissão a menor de idade, sob seu poder familiar ou sob sua guarda ou vigilância, para frequentar casa de jogo mal afamada, para conviver com pessoa viciosa ou de

má vida, para frequentar espetáculo que possa lhe perverter ou ofender o pudor ou participar de representação de natureza equivalente, para residir ou trabalhar em casa de prostituição, para mendigar ou servir a mendigo para excitar a comiseração pública, podendo ser aplicada pena de detenção ou de multa.

O *segundo tipo*, a consequência jurídica mediata, advém da *impassibilidade*. Trata-se da inexistência de uma sanção jurídica específica para o descumprimento, o que leva o intérprete e o aplicador do Direito a entenderem, inicialmente, que não há consequências jurídicas para o descumprimento do dever jurídico, ou seja, é um *dever sem sanção*. No entanto, há que se observar que não existe consequência jurídica imediata, podendo haver (e normalmente há) consequência jurídica mediata. Nesses casos, ao contrário da reprovação, a consequência jurídica não gera uma sanção a ser aplicada *diretamente* sobre o sujeito que descumpriu o preceito normativo, podendo, assim, ter dois reflexos: a) um reflexo sobre alguém que tinha um direito diretamente contraposto ao referido dever de observância da norma jurídica; b) um reflexo sobre a coletividade que, em tese, tinha uma expectativa perante o cumprimento do dever jurídico pelo indivíduo. Portanto, ainda que não se encontre no ordenamento jurídico uma consequência jurídica direta e imediatamente aplicável ao sujeito que descumpriu um dever jurídico fundamental, na maioria dos (senão em todos os) casos haverá um tipo de sanção, que poderá, inclusive, se estender a toda a coletividade.

Além desses dois tipos, é possível falar-se em um *terceiro tipo* que, na verdade, é uma decorrência da incidência simultânea dos dois anteriores. Ou seja, é bem possível que haja para o descumprimento de um dever jurídico fundamental a previsão de uma sanção jurídica aplicável diretamente ao sujeito violador (caso, por exemplo, dos crimes contra a assistência familiar), e que essa sanção gere também consequências jurídicas indiretas, ou seja, que de alguma forma prejudique a coletividade, por exemplo.

4. A DISTINÇÃO ENTRE DEVER E OBRIGAÇÃO, RESPONSABILIDADE E SANÇÃO, NO MARCO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Discutidas as consequências sobre o descumprimento de deveres jurídicos, cumpre arrematar a discussão aqui proposta com a distinção entre obrigação e dever, sanção e responsabilidade, no marco dos deveres fundamentais. O que se pretende tratar aqui, além da distinção entre os dois grupos de quatro institutos, é uma relação entre deveres fundamentais e deveres jurídicos (em geral), ponderando-se sobre os efeitos que o descumprimento daqueles geram, a partir de uma análise comparativa.

A *primeira distinção* considera o par *obrigação/dever*. Iniciando pelo que se entende por *dever jurídico*: trata-se de um comportamento decorrente de uma previsão em uma norma jurídica que determina uma conduta *obrigatória*, isto é, “tudo aquilo que é juridicamente obrigatório é sinônimo de dever jurídico²⁰”. Portanto, como afirma Adrian Sgarbi, a existência de um dever jurídico depende da existência de uma obrigação jurídica²¹, salvo nos casos, raros, em que a norma jurídica não apresenta em sua estrutura uma norma de dissuasão, isto é, de intimidação, não prevendo a existência de uma sanção, como ocorre com as obrigações naturais²². Nesse sentido, obrigação e dever têm uma relação muito próxima com sanção.

No entanto, nem sempre será assim. Isso porque um *dever jurídico* tem como pressuposto o estabelecimento de uma conduta *obrigatória* em uma norma jurídica. Assim, se uma norma jurídica *não* determinar uma conduta obrigatória (um fazer compulsório, como nos casos de votar, alistar-se ou pagar tributos) ou *não* determinar uma conduta proibida (um não fazer compulsório, como nos casos de não matar ou não furtar), mas uma conduta *permitida*, da qual não se deduz nenhum dever, e sim uma faculdade, um poder dado pelo ordenamento ao indivíduo, *então* não se poderá falar em dever jurídico, muito menos na existência de um dever fundamental.

Aqui são desconsideradas, portanto, as normas permissivas, que para o presente estudo não trazem nenhum interesse, deve-se focar sobre as normas proibitivas e as normas obrigatórias, das quais se podem extrair deveres jurídicos e, assim, deveres fundamentais. Assim, deve-se distinguir entre as situações “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”. De acordo com Herbert Hart, “a primeira é frequentemente uma afirmação respeitante às crenças e motivos por que se

²⁰ SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito*: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 225.

²¹ SGARBI, Adrian. Obra citada, 2007, p. 224.

²² SGARBI, Adrian. Obra citada, 2007, p. 225.

faz uma acção²³”, ou seja, não se trata de uma obrigação inarredável, e sim de uma opção que talvez no momento em que é feita se apresenta como a mais adequada ou mesmo como a mais sensata, não advindo, portanto, da *não opção* uma sanção ao indivíduo. De outro modo, a expressão “ter a obrigação de” (ou, ainda, “estar sujeito a uma obrigação”) traz em seu bojo a *aplicação* de uma sanção caso o indivíduo *não cumpra* o comando normativo; de acordo com Herbert Hart, “a afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra; todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação²⁴”.

Para Hart, as obrigações e os deveres envolvem um sacrifício ou uma renúncia, estabelecendo o conflito entre uma ou outra ou ambas dessas categorias com a categoria de interesse²⁵, ou seja, o indivíduo pode *não ser obrigado*, diante das circunstâncias concretas, a agir de uma determinada maneira, mas pode *ter a obrigação de* agir, independentemente de seu *interesse*, de maneira que se ele *não fizer* o que o comando normativo ordena, estará descumprindo uma ordem jurídica, expressa em uma norma jurídica, ensejando uma sanção. Assim, o indivíduo pode ter a obrigação ou estar sujeito à obrigação de se conduzir de uma determinada forma e não se sentir obrigado a isso, mas terá de se portar conforme a ordem normativa, a não ser que queira sofrer a possível incidência de uma norma sancionadora de seu comportamento.

Pode-se dizer que obrigação e dever são categorias distintas. Enquanto a obrigação advém de uma previsão *abstrata e geral*, o dever é a representação *concreta e individual* da obrigação, como deixa claro Günther Jakobs²⁶. Ou, dito de outra maneira, enquanto uma norma jurídica, abstrata e geral, estabelece um comando obrigatório ou proibitivo, a sua concretização será individualizada na forma de um dever jurídico, ou seja, uma determinada pessoa ou um conjunto de pessoas tem um dever jurídico *baseado* em uma obrigação jurídica. Portanto, um dever *decorre* de uma *obrigação*, positiva ou negativa (proibição), mas não o contrário.

²³ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 92.

²⁴ HART, Herbert L. A. Obra citada, 1994, p. 95-96.

²⁵ HART, Herbert L. A. Obra citada, 1994, p. 97.

²⁶ JAKOBS, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Doxa*, Alicante, n. 23, 2000, p. 324.

Rafael de Asis Roig também distingue entre *dever* e *obrigação*, apontando que *deveres* têm a ver com a *Moral*, enquanto *obrigações* se relacionam com o *Direito*²⁷. Assim, o termo *dever* teria uma dupla utilidade, podendo se referir a *dever moral*, bem como a *dever jurídico*, ao passo que as *obrigações* são sempre *jurídicas*. Adequando-se para o que aqui se defende, tem-se que o *dever jurídico* resultante de uma *obrigação jurídica* é tão *dever* quanto o *dever moral* – já que os dois são concretos e individuais –; no entanto, diferem-se em virtude de onde se originam: um dever que *decorre* de uma obrigação *moral* (distinta da obrigação natural) *não* tem a mesma coercibilidade que um dever que *decorre* de uma obrigação *jurídica* – se no primeiro caso a coercibilidade é dependente da consciência do indivíduo, ou seja, é *interna*, no segundo caso ela é *externa*, ou seja, depende da imposição de uma *sanção* pelo Estado ao indivíduo que descumpriu o seu dever, a sua obrigação, por conseguinte, a norma jurídica.

Feita a primeira distinção, pode-se passar à *segunda distinção*, a qual considera o par *sanção/responsabilidade*. Quando uma ordem jurídica estabelece uma norma jurídica, dentro da estrutura dessa norma podem ser encontrados tanto direitos e deveres/obrigações quanto sanções. Nesse sentido, como aponta José de Oliveira Ascensão, a sanção é uma consequência jurídica desfavorável contida numa “regra jurídica que prevê a violação de uma regra de conduta²⁸”, o que se pode complementar com a ideia de Miguel Reale, segundo a qual sanções são garantias “daquilo que se determina em uma regra²⁹”. Norberto Bobbio faz interessante distinção entre sanção *moral*, sanção *social* e sanção *jurídica*, escrevendo que as sanções jurídicas são *externas* e *institucionalizadas*, enquanto as sanções morais são *internas* e *não institucionalizadas* e as sanções sociais são *externas* e *não institucionalizadas*³⁰, aplicando-se o mesmo às normas jurídicas em geral.

As sanções têm dupla função: intimidar e corrigir. *Intimidam* quando, por tão-só existirem, deixam o indivíduo de sobreaviso sobre as possíveis consequências jurídicas de seus comportamentos. *Corrigem* quando o indivíduo conduz-se de maneira tal que o fato que é produzido por sua conduta subsume-se à norma jurídica. As sanções estabelecem, portanto,

²⁷ ASIS ROIG, Rafael de. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 67-95.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 58.

²⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Obra citada*, 2011, p. 151-152.

um *controle*. Mas nem toda sanção tem esse efeito. Há que se distinguir, como outrora já se fez, entre sanções jurídicas imediatas e sanções jurídicas mediatas.

As sanções *imediatas* são aquelas que, efetivamente, visam um controle, ou seja, são aquelas que se aplicam *diretamente* sobre a conduta contrária ao ordenamento jurídico, gerando intimidação e correção, podendo, inclusive, serem impostas mediante a aplicação de força. Já as sanções *mediatas* são aquelas que não têm finalidade de controle, pelo menos *não* de uma maneira *direta*, e sim geram alguma consequência danosa para o indivíduo que violou o sistema jurídico e/ou para a coletividade, que dependia de alguma forma da conduta em consonância com o ordenamento. Talvez as principais diferenças entre umas e outras tenha a ver com quem será o *responsável* pelo descumprimento das obrigações jurídicas – isto é, se haverá o descumprimento de uma obrigação (geral) ou de um dever (individual) de ordem jurídica – e quais serão os *efeitos* gerados pelo descumprimento.

Assim, a aplicação de uma sanção, seja ela imediata ou mediata, tem força para gerar uma nova obrigação jurídica, a *responsabilidade*. Ou seja, uma obrigação jurídica quando vier a ser descumprida pode ensejar a aplicação de uma sanção que vai estabelecer uma nova obrigação jurídica: a responsabilidade. Essa, por sua vez, pode resultar no cumprimento de uma pena ou no pagamento de uma multa ou indenização, quando for o caso da aplicação de uma *sanção direta e imediata*. No entanto, no caso de uma *sanção indireta e mediata*, tem-se que a responsabilidade será *mitigada*, ou, melhor, *dispersa*, sendo suportada não apenas (e, às vezes, nem mesmo) pela pessoa que descumpriu a norma jurídica, mas (também) por outras pessoas, pela coletividade.

De uma maneira geral, a maioria dos (senão todos os) deveres fundamentais tem essa dupla consequência, vejam-se três exemplos: a) o dever fundamental de votar (art. 14, §1º, I, da CF/88), quando descumprido enseja não só consequências jurídicas imediatas (art. 15, IV, c/c art. 5º, VIII, da CF/88; art. 7º, da Lei 4.737/65 – Código Eleitoral), como também consequências jurídicas mediatas como, por exemplo, o enfraquecimento da soberania popular (art. 1º, I, da CF/88); b) o dever fundamental de alistamento militar (art. 143, da CF/88), quando descumprido enseja consequências jurídicas tanto imediatas (art. 143, §1º, c/c art. 5º, VIII e art. 15, IV, da CF/88; art. 4º, §1º, da Lei 8.239/91; arts. 44 a 55, da Lei 4.375/64

– Lei do Serviço Militar) quanto mediatas, como, por exemplo, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (art. 142, *caput*, da CF/88); c) o dever fundamental de arcar com os gastos públicos (extraível dos arts. 145 a 165, da CF/88), cujo descumprimento pode gerar consequências jurídicas tanto imediatas (art. 1º, da Lei 4.729/65 e art. 2º, da Lei 8.137/90) quanto mediatas, como, por exemplo, a redução dos recursos públicos para a realização de políticas públicas que visem dar eficácia aos direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Por tudo o que ficou dito, pode-se concluir que os *deveres fundamentais* enquanto *deveres jurídicos* são obrigações individuais, embora derivados de normas jurídicas abstratas e gerais. Todavia, as *sanções* por seu *descumprimento* não são apenas individualizadas, são também generalizadas, *disseminando-se* pela sociedade, já que ao descumprir um dever fundamental, um indivíduo mais prejudica a coletividade do que a si próprio, desde que individualmente considerado. Assim, por exemplo, no dever fundamental de votar enfraquece-se a soberania popular e os vínculos de cidadania, além de o indivíduo poder ter seus direitos políticos suspensos e ser obrigado a arcar com uma multa; no dever fundamental de alistamento militar enfraquece-se a defesa da pátria e a manutenção do Estado de Direito, além de o indivíduo poder ter seus direitos políticos suspensos e ser obrigado a pagar uma multa; e no dever fundamental de contribuir com recursos públicos enfraquece-se a possibilidade de realizar políticas públicas que deem eficácia aos direitos fundamentais, além de o indivíduo poder ser punido criminalmente. Portanto, ao contrário da maioria dos deveres jurídicos cuja sanção é imediata, no caso dos deveres fundamentais a sanção é híbrida, mediata e imediata, havendo a responsabilidade de quem descumpriu o comando normativo, bem como a responsabilidade reflexa de quem, embora não tenha descumprido a ordem normativa, é prejudicado pela conduta contrária ao ordenamento jurídico de outro membro da sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

ASIS ROIG, Rafael de. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do Direito*. 3. ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

CÍCERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. Deveres fundamentais: conceito, estrutura e regime. *Revista Controle*, vol. 7, n. 2. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, dez. 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JAKOBS, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica. Trad. Manuel Cancio Melia. *Doxa*, Alicante, n. 23, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCENA, Manuel de. Ensaio sobre a origem do Estado (I). *Análise Social*, vol. 12, n. 48, 1976.

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

PINHEIRO FARO, Julio. Los deberes fundamentales y la Constitución brasileña. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 9. Florianópolis/Vitória: Boiteux/FDV, jan./jun. 2011.

PINHEIRO FARO, Julio. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.