FLÁVIO BEICKER BARBOSA DE OLIVEIRA

CONTROLE DA OMISSÃO ESTATAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS:

**Conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos
deveres de proteção**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Titular Virgílio Afonso da Silva

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo
2013

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

Departamento de Direito do Estado

CONTROLE DA OMISSÃO ESTATAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS:

**Conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos
deveres de proteção**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado (Área de Concentração) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Candidato: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira

Orientador: Professor Titular Virgílio Afonso da Silva

São Paulo
2013

BANCA EXAMINADORA:

“A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

Min. Celso de Mello, ADI nº 1.458/DF

*“ For he that hath strength enough to protect all, wants
not sufficiency to oppresse all.”*

Thomas Hobbes, *De Cive* (1642), VI, 13, Nota 3

*“Moral notions imply attributes to substances which exist only in relational
duality. Not as an essential extension of ontological existence.”*

Boris Grushenko

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a dedicação e a prontidão de meu orientador, Prof. Virgílio Afonso da Silva, cuja supervisão, conselhos e críticas foram essenciais para a conclusão deste trabalho. Agradeço-o, ainda, por criar espaços para a livre troca de ideias (seminários de pesquisa) e contato com os alunos (monitorias), permitindo que a minha vivência acadêmica tenha sido a mais completa possível. Também gostaria de registrar minha gratidão aos professores que me acompanharam durante o curso de pós-graduação – aqui, sou especialmente grato ao Prof. Marcos Paulo Veríssimo pelas preciosas sugestões feitas no exame de qualificação.

Como tantos outros egressos da Escola de Formação, também sou muito grato à Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), à Roberta e ao Carlos Ari Sundfeld, cujo trabalho ajudou a despertar em mim o interesse pela academia. Agradeço, ainda, aos colegas do núcleo de pesquisa pelos anos de aprendizado coletivo.

Não poderia deixar de agradecer aos grandes amigos Patrick Luna, Gabriel Buschinelli e Thiago Tannous, que, desde terras estrangeiras, me acompanham nesta longa jornada. Este trabalho também é o resultado de tudo que aprendi com vocês. Gostaria de agradecer, ainda, aos amigos de pós-graduação: Beatriz Camargo, Mariana Ferreira, Victor Marcel, Evorah Lusci, Natalia Pires, Bruno Ramos, Rodrigo Cadore, Osvaldo Castro, Fábio Oliveira, Juliana Palma, Adriana Vojvodic, e Rafael Bellem de Lima. Agradeço especialmente a estes últimos pelas horas intermináveis discutindo ideias, angústias e inquietações. Sem vocês, este trabalho não seria possível.

Também gostaria de agradecer aos amigos que, direta ou indiretamente, estiveram envolvidos na confecção deste trabalho, seja porque conversamos a respeito das ideias aqui contidas, seja porque (sabidamente) jamais quiseram me aborrecer com assuntos sérios: Philippus, Sara, Hiro, Lil Kao, Mourão, Laritzah, Mirella e toda a Gala ituveravense (Danilo, Ney, VH, Luiz Felipe e Guiggs).

Last but not least, tenho muito a agradecer a toda minha família – fundamento, conteúdo e estrutura do que eu já sou ou venha a me tornar: aos meus pais, Waldyr e Elaine, por todo o apoio, compreensão e amor infinitos; aos meus queridos irmãos, Marcelo, Rafael e Fernão, pela admiração, confiança e suporte; e às minhas avós, Vilma e Ana (*in memoriam*), por nunca se cansarem de me fazer sentir amado.

RESUMO

Neste trabalho, busco enfrentar o problema do controle das omissões estatais envolvendo direitos fundamentais, por meio da análise das soluções oferecidas pela tese dos deveres de proteção, também conhecida como função protetiva dos direitos fundamentais.¹ Para tanto, abordo duas questões conexas: (i) a definição do *fundamento* e *conteúdo* dos deveres de proteção; e (ii) a polêmica em torno de sua *estrutura*. Esses problemas têm implicações diretas na possibilidade de justiciabilidade desses deveres, ou seja, de que a partir deles seja possível extrair uma pretensão judicialmente tutelável. Em linhas gerais, sustento que a existência dos deveres de proteção está ancorada em argumentos teórico-filosóficos, dogmáticos e no próprio direito positivo. Quanto ao problema do conteúdo da função protetiva – ou seja, se estipula um dever objetivo ou um direito subjetivo –, sustento, neste trabalho, que não há uma resposta definitiva para esse problema. A depender de algumas circunstâncias presentes no caso concreto, pode-se estar diante de um dever objetivo ou de um direito subjetivo, a permitir uma maior ou menor interferência do Judiciário na elaboração e implementação de um plano de proteção para os direitos fundamentais. Nesse sentido, procurei apontar e discutir aquilo que chamei de *elementos de controle*, colhidos da literatura e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito constitucional – Direitos fundamentais – Eficácia – Omissão estatal – Controle de constitucionalidade – Deveres de proteção*

¹ Ou, simplesmente, teoria dos *deveres de proteção* dos direitos fundamentais. Optei pela inclusão, no subtítulo, da expressão *deveres de proteção*, a fim de facilitar a identificação do tema, embora a existência de deveres de proteção, de um direito à proteção ou de uma função protetiva dos direitos fundamentais seja objeto de problematizações ao longo de todo o trabalho.

ABSTRACT

The present work is intended to address the problem of the judicial review of state negligence concerning fundamental rights, through examining the solutions provided by the duties of protection theory – also known as the securing function of fundamental rights. In order to accomplish this goal, the dissertation comprises two related tasks: (i) determining the legal grounds and the essence of the duties of protection; and (ii) assessing the controversy in regard to their legal structure. Both these issues have an immediate impact in the possibilities of judicial review, i.e., that through the duties of protection one could achieve a judicially sanctioned claim. In broad outlines I argue that the existence of the duties of protection relies on theoretical-philosophical and dogmatic premises, and on the positive law as well. With reference to the problem of their essence – that is, whether they consist of objective duties or subjective rights –, it is sustained that there is no categorical answer to this question. Depending on the factors and circumstances coexisting in each particular case, one can be staring at an objective duty or a subjective right – enabling either a wider or a tighter judicial intervention in conceiving and implementing a plan of protection designed for fundamental rights. Thus, I seek to point out and debate what I characterize as elements of control, which I have selected from bibliography and judicial precedents.

KEYWORDS: *Constitutional law – Fundamental rights – Efficacy – State negligence – Judicial review – Duties of protection.*

SUMÁRIO

I. PRÓLOGO: UM PROBLEMA TRIVIAL?	11
II. O ESTADO DA ARTE: DELIMITAÇÃO DO TEMA	14
II.1 Introdução: deveres de proteção e função protetiva dos direitos fundamentais	14
II.2 Algumas distinções conceituais necessárias	17
II.2.1 Deveres de proteção e direitos sociais	18
II.2.2 Deveres de proteção e direitos de organização e procedimento	19
II.2.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a tese da imputação estatal	21
II.3 Deveres de proteção e seus destinatários: formas de vinculação dos três Poderes	29
II.4 Justificativa da pesquisa: importando problemas estrangeiros?	33
III. A FUNÇÃO PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
III.1 Proteção estatal dos direitos: da faculdade ao dever de agir	40
III.2 Aplicações jurisprudenciais da tese dos deveres de proteção	42
III.2.1 Deveres de proteção como mera justificativa para restringir direitos	43
III.2.2 Deveres de proteção e normas penais	44
III.2.3 Energia nuclear para fins pacíficos	49
III.2.4 Aeroportos, tráfego e poluição sonora	50
III.2.5 Depósito de armas químicas	52
III.2.6 Terrorismo e mandato policial	54
III.3 Deveres de proteção e prestação positiva: controle de omissões estatais envolvendo direitos fundamentais	56
IV. PROBLEMAS CENTRAIS: FUNDAMENTO, CONTEÚDO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO	61
IV.1 Fundamento de existência dos deveres de proteção	63
IV.1.1 Fundamento político-filosófico	63
IV.1.2 Fundamento dogmático	65
IV.1.2.1 A dignidade da pessoa humana	65
IV.1.2.2 Teoria axiológica e dimensão objetiva dos direitos fundamentais	66
IV.1.2.3 Direitos fundamentais como mandamentos de otimização	71
IV.1.3 Fundamento positivo	74
IV.1.3.1 A tese da literalidade	75
IV.1.3.2 O caso brasileiro: direito à segurança e dever geral de proteção	76
IV.2 Conteúdo da função protetiva	79

IV.2.1 Âmbito de aplicação da função protetiva	80
IV.2.1.1 Conflitos entre particulares e proteção pela intervenção.....	80
IV.2.1.2 Gerenciamento de riscos e desenvolvimento tecnológico.....	86
IV.2.1.3 Dever de aprimoramento	88
IV.2.1.4 Autolesão: proteção de bens jurídicos contra seus próprios titulares...	89
IV.2.1.5 Desastres naturais, caso fortuito e força maior.....	90
IV.2.1.5 Proteção de valores socialmente relevantes	91
IV.2.2 Dever de proteger ou direito à proteção?	94
IV.3 Estrutura dos deveres de proteção: conjuntiva <i>versus</i> disjuntiva.....	106
V. CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA JUSTICIABILIDADE DOS DEVERES DE PROTEÇÃO	109
V.1 Justiciabilidade como um problema estrutural: o papel do Judiciário na efetivação da função protetiva	112
V.1.1 Proibição de excesso e proibição de insuficiência	115
V.1.2 Insuficiência e o teste da proporcionalidade	120
V.1.3 Problema da legitimidade: proteção e competência decisória.....	124
V.1.4 Elementos de controle	128
V.1.4.1 Avaliação sustentável (defensável)	131
V.1.4.2 Limites do exigível: monopólio da violência e autotutela.....	135
V.1.4.3 Proibição de retrocesso	137
V.1.4.4 Interpretação da legislação infraconstitucional	139
V.1.4.5 Critérios gerais de imputação de um dever ao Estado.....	140
V.2 Instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão	142
V.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	143
V.2.2 Mandado de Injunção	145
V.3 A jurisprudência do STF.....	146
V.3.1 Aborto de fetos anencefálicos (ADPF n° 54)	147
V.3.2 Lei de Biossegurança (ADI n° 3.510)	149
V.3.3 Greve dos Servidores Públicos (MI n° 712).....	150
V.3.4 Estatuto do Desarmamento (ADI n° 3.112)	151
V.3.5 Proibição do Amianto	154
VI. CONCLUSÃO	156
VII. BIBLIOGRAFIA	158

I. PRÓLOGO: UM PROBLEMA TRIVIAL?

Imagine-se o seguinte exemplo: preocupado com a situação precária e calamitosa dos presídios brasileiros, um grupo da sociedade civil resolve exercer pressão sobre as autoridades responsáveis, alertando para os efeitos nefastos do sistema prisional brasileiro, cujo produto, após anos de encarceramento, é um indivíduo nem um pouco apto à ressocialização. Para tanto, esse grupo, composto por ativistas de direitos humanos, se vale de publicidade na mídia televisiva e em jornais impressos, ganhando cada vez mais o respaldo da opinião pública, com patrocínio de diversas entidades de defesa dos direitos humanos.

Essa onda de aspiração supostamente humanitária ganha muitos adeptos no Congresso Nacional, que, diante da oportunidade de ver melhorada sua imagem em face de uma grande parcela esclarecida do eleitorado, edita uma lei polêmica, mas, segundo os autores do projeto, transitória e necessária para lidar com a multiplicação de criminosos que são gestados durante o tempo em que permanecem sob a custódia do Estado.

A referida lei, além de outras disposições, contém o seguinte comando: “Fica revogado o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Decreto-Lei nº 2.848/44 (Código Penal), que passará a configurar infração administrativa sujeita às sanções previstas nesta lei.” A nova lei, embora continue a considerar ilícito o homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, retira-lhe o status de norma penal e, no lugar do encarceramento do indivíduo, prevê apenas a aplicação de multa administrativa e a restrição de alguns direitos.

Inconformado com o que julga ser um despropósito que resultou na edição dessa lei, um grupo de deputados e senadores da minoria parlamentar ajuíza uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Ao decidir a questão, os Ministros do STF se deparam com as seguintes indagações: a lei que revoga o crime de homicídio seria inconstitucional? Em caso afirmativo, qual dispositivo da Constituição Federal estaria sendo violado?

O absurdo da situação descrita acima não invalida a pertinência do questionamento¹ se “seria inconstitucional a revogação do crime de homicídio?” Essa singela pergunta é suficiente para ocasionar alguns estranhamentos: estaria o Estado (tanto

¹ Exemplos absurdos, justamente porque ao menos teoricamente possíveis, são excelentes maneiras de se iniciar questionamentos sobre temas que julgamos triviais à primeira vista, mas, longe disso, são complexos o bastante para encetar uma discussão científica.

o legislador, quanto o poder público como um todo) *obrigado* a criminalizar condutas com vistas a atingir determinados objetivos (no caso, e.g., a proteção do direito à vida das vítimas de homicídio), valendo-se, para tanto, das funções preventiva e repressiva do direito penal?

Ainda nesse sentido, não seria o Estado *livre* para escolher quais os bens jurídicos dignos de proteção, bem como as medidas que achar mais convenientes para atingir essa proteção. O Poder Público tem essa liberdade de escolha, ou deve necessariamente perseguir os fins que lhe são pré-determinados pela constituição, como a proteção do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF)? Haveria um *direito* das potenciais vítimas à persecução penal por parte do poder público? Ou o Estado teria um mero *dever* de proteger a vida, sem que isso implique um conteúdo específico (por exemplo, criminalizar condutas)? A todo *direito* não corresponderia um *dever* por parte do destinatário daquele direito (no caso, o Estado)? Há uma diferença entre *direito à proteção* e *dever de proteger* determinado bem jurídico? Qual o impacto dessas questões para a dogmática dos direitos fundamentais?

Nas páginas a seguir, não busco oferecer uma resposta definitiva para o problema a ser enfrentado pelo STF no exemplo da descriminalização do homicídio (ou mesmo de outros crimes), nos termos descritos acima. A ideia que impulsiona este trabalho é a de que os direitos fundamentais também podem ser violados quando o poder público se abstém de protegê-los contra as agressões de outros particulares. Para isso, é necessário que o Estado esteja obrigado a adotar determinada conduta antes da violação, seja para preveni-la, seja para coibi-la.

Para levar a cabo essa discussão, procurei centrar a investigação na tese dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, que teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e que poderia oferecer uma justificativa dogmaticamente plausível para o controle das omissões estatais em relação aos direitos fundamentais. No presente trabalho, pretendo me ocupar de questionamentos que, no limite, dizem respeito a um problema mais amplo de *eficácia* dos direitos fundamentais para além do que, segundo alguns autores, eles foram originalmente concebidos.²

² De fato, é um equívoco acreditar que estes problemas sejam realmente novos para a teoria dos direitos fundamentais. Na verdade, questionamentos como esses estão na base da própria justificação para a criação de um rol ou declaração de direitos, sendo praticamente um consenso entre os autores contratualistas dos

séculos XVII e XVIII a ideia de que a criação do Estado e a alienação de parcela da liberdade *natural* de cada indivíduo seriam necessárias para a proteção efetiva do conjunto das liberdades remanescentes, especialmente para a segurança dos indivíduos diante das agressões de outros indivíduos. No mesmo sentido, cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, p. 197.

II. O ESTADO DA ARTE: DELIMITAÇÃO DO TEMA

II.1 INTRODUÇÃO: DEVERES DE PROTEÇÃO E FUNÇÃO PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No atual estágio da discussão, os chamados deveres de proteção são tratados, em linhas gerais, como imposições constitucionais (explícitas ou implícitas) que estabelecem um dever estatal de *proteção ativa* de determinados bens ou valores considerados fundamentais em uma determinada ordem jurídica.¹ Esses bens ou valores são identificados, principalmente, como aqueles garantidos e expressos por meio dos direitos fundamentais, sendo que alguns são apontados com maior frequência, tais como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade.² A ideia, aqui, é que para todo direito fundamental exista, em princípio, um correspondente dever de proteção do bem jurídico a que se referem.³

Essa proteção é chamada de *ativa*, uma vez que, ao invés de um mero comportamento *negativo*, no sentido de uma abstenção, ela exige uma atuação *positiva* do Estado.⁴ Nesse sentido, os deveres de proteção aproximam-se dos *direitos prestacionais*, cuja realização igualmente pressupõe uma prestação estatal positiva, isto é um *fazer* ou *agir*, tal como direitos sociais e direitos de organização e procedimento.⁵

A ideia de que os direitos fundamentais não reclamariam apenas *observância*, mas também *proteção* está ligada à natureza da *ameaça* contra a qual se

¹ Cf., por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 410 e s.; e Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 46.

² Cf., e.g., Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl., Hamburg, 1997, pp. 229-240.

³ No presente trabalho, emprego com um sentido aproximado – de quase sinônimos – as expressões direitos fundamentais, valores, interesses e bens jurídicos. Essa ressalva – a fim de evidenciar a ausência preocupação conceitual – é necessária, pois a dogmática penal trata de maneira distinta essas categorias. Assim, a proteção de um bem jurídico seria o fim e o direito penal, o meio. Conforme fui alertado pelas ponderações pacíficas da Prof^a Ana Elise Bechara na banca de qualificação preparatória para a defesa desta dissertação de mestrado, a relação entre o direito penal e os direitos fundamentais, da perspectiva dos bens jurídicos tutelados, “é de coerência, e não de coincidência”. Neste aspecto, duas correntes se divisam a respeito da relação entre direito penal e constituição: justificação ou legitimação do primeiro pela segunda. Cf., a respeito, o trabalho de Luigi Ferrajoli, influência direta da moderna dogmática penal brasileira: *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 685. Aproveito esta oportunidade para agradecer à Professora pelas úteis considerações, que ora acolho.

⁴ Cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 360.

⁵ Sobre essa classificação, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 179 e s. Os direitos à organização e procedimento, em síntese, são direitos que impõem ao Estado o dever de criar e regulamentar a burocracia, como, por exemplo, o dever de editar uma legislação processual para tutela de direitos administrativamente ou em juízo, e mesmo a criação de estruturas burocráticas de controle para permitir o exercício de direitos, e.g., por meio da instituição de cartórios de registro de imóveis.

busca defendê-los. Os direitos fundamentais de matriz liberal foram concebidos como limites à atuação estatal, verdadeiras normas de competência negativa, sobre as quais seria vedado ao poder público avançar, espécie de *competências estatais negativas*, na terminologia de alguns constitucionalistas.⁶ A problemática em torno da eficácia dos direitos fundamentais passou a sofrer um redimensionamento a partir do momento em que se passou a levar em consideração que não apenas o Estado seria um potencial violador desses direitos, mas também os particulares poderiam agir de forma lesiva à esfera de liberdades fundamentais.⁷

Caso a ofensa a um direito resulte de ato que partiu do próprio Poder Público, é suficiente invocar a função dita *tradicional*⁸ dos direitos fundamentais, bastando que o Estado se abstenha de praticar tal ato para cessar a violação. No entanto, se a ofensa parte de um agressor privado que, do mesmo modo que a vítima da agressão, também é titular de direitos fundamentais, é necessário que o Estado seja chamado a intervir na referida situação para que o ato de violação seja interrompido.

Enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais teriam a finalidade de coibir violações provenientes do poder público (direitos oponíveis face ao Estado). Por outro lado, os *deveres de proteção* teriam por escopo garantir o exercício e a segurança desses mesmos bens jurídicos perante ataques originados de atos de terceiros.⁹

⁶ Nesse sentido, cf. José Afonso da Silva, *Curso*, p. 191; Paulo Bonavides, *Direito constitucional*, pp. 598-601. Na literatura alemã, cf., por todos, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1984, p. 118, Rn. 291.

⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 67 e s.; Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36 e ss.; e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

⁸ A discussão terminológica acerca da função *tradicional* dos direitos fundamentais será feita mais adiante, pois não é raro que a escolha terminológica revele preferências ideológicas mais profundas sobre o papel dos direitos fundamentais no mundo contemporâneo. Cf. Cap. III, *infra*, NR 1.

⁹ Sobre a possibilidade de incluir as catástrofes e desastres naturais dentre as ocorrência de lesão dos direitos fundamentais que reclamam proteção estatal ativa. Cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht“, *DVBl.* 109 (1994), p. 490; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 124; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 23. Em sentido contrário, cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 410.

Como é possível notar, a tese dos deveres de proteção permite justificar, do ponto de vista material¹⁰, a constitucionalidade de grande parte da legislação infraconstitucional, especialmente do conjunto de leis e atos normativos que visam a mediar conflitos entre particulares ou prevenir lesões a bens jurídicos fundamentais. No limite, isso implica que a tipificação dos crimes contra a vida, a disciplina dos contratos civis, as restrições impostas à propriedade privada pelo direito de vizinhança e as regras de responsabilidade civil contidas na legislação infraconstitucional, tudo isso é fruto da atividade estatal legitimada justamente por essa espécie de *dever geral* do Estado de proteger os direitos e liberdades fundamentais (ou os bens e valores que representam).

Embora isso pareça trivial (e de fato o é), a tese dos deveres de proteção dá um passo para além da singela noção de suporte constitucional do ordenamento jurídico. Ela não apenas fornece uma justificativa constitucional para a pertinência e legitimidade da legislação infraconstitucional que regula conflitos entre particulares (com ou sem a intervenção direta do Estado), como também permite que se argumente que essa regulação, e, portanto, que essa restrição de direitos daqueles envolvidos no conflito, não é apenas possível e *desejável*, mas também necessária e *devida* (obrigatória). Ou seja, a prestação legislativa do Estado deixa de ser *possível* ou *viável*, e passa a ser *devida* ou *obrigatória* em determinadas situações. Em outras palavras, a restrição da liberdade de alguns para a realização da liberdade de outros sai do âmbito de discricionariedade do Poder Público, que não tem mais a prerrogativa de escolher a conveniência, a oportunidade e os meios de sua atuação, e converte-se em imposição constitucional indeclinável, sobre a qual não cabe escolha.¹¹

Alguns autores veem essa mudança de perspectiva dentro de um movimento “expansão hermenêutica” pela qual a dogmática dos direitos fundamentais estaria passando.¹² Outros, enxergam nos deveres de proteção nada mais que uma reformulação

¹⁰ A justificativa ou constitucionalidade formal da legislação, no sentido de observância das regras procedimentais para edição de atos normativos, não me interessa no presente trabalho, porque toca em temas diversos dos deveres de proteção.

¹¹ No mesmo sentido, cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, p. 197.

¹² Sobre a idéia de que a evolução da dogmática dos direitos fundamentais ao longo do século XX foi uma história de expansão, cf. Robert Alexy, „Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz“, in Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 105.

de velhas concepções sobre a relação entre Estado e particulares, com raízes em discussões típicas da ciência política.¹³

Ao Estado cabe a tarefa de formatar a ordem jurídica, enquanto pressuposto do exercício das liberdades garantidas pela constituição, de modo que concretize a proibição geral de que os indivíduos violem os direitos (fundamentais) de outros.¹⁴ Criar condições legais para a defesa dos direitos fundamentais perante ataques de particulares, contra os quais os deveres de proteção se dirigem, constitui uma obrigação primária do *legislador*.

Conquanto os deveres de proteção funcionem como *limites* aos direitos fundamentais, eles simultaneamente também estabelecem uma competência estatal para que as esferas jurídicas dos envolvidos no conflito sejam mutuamente restringidas. Desse modo, a concretização dos deveres de proteção depende, em princípio, da *mediação legislativa*.¹⁵ Essa conclusão tem implicações diretas para as possibilidades de justiciabilidade dos deveres de proteção, constituindo ponto central em torno do qual gravitam os trabalhos a respeito da função protetiva dos direitos fundamentais, devendo ser retomado adiante, quando será discutida a estrutura dessa funcionalidade.

II.2 ALGUMAS DISTINÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

Neste tópico, procuro diferenciar os deveres de proteção de outras figuras que desempenham funções próximas ou aparentemente semelhantes, e que também são encontradas na teoria constitucional atual sobre direitos fundamentais. A finalidade, portanto, é melhor caracterizar a função protetiva desses direitos e, ao mesmo tempo, situá-los no panorama atual da dogmática dos direitos fundamentais.

O objetivo principal deste tópico é posicionar os deveres de proteção diante da chamada eficácia horizontal – eficácia entre particulares ou eficácia nas relações privadas –, pois ambas as figuras se voltam, em princípio, contra as violações de

¹³ Para uma justificativa dos deveres de proteção a partir da teoria política, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983, p. 38.

¹⁴ A regulamentação dos direitos como condição necessária para seu pleno exercício, inclusive, para protegê-los de ataques oriundos de terceiros não é uma ideia nova. Nesse sentido, cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 230 e s.; e Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 44.

¹⁵ Nesse sentido, cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, pp. 122 e ss.; Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, *DVBl.* 109 (1994), pp. 491 e s.; Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 20; e Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57 e s.

direitos fundamentais por outros particulares, ou seja, por outros titulares de direitos fundamentais.

Ao contrário do que sustentam alguns autores, defendo que não podem ser consideradas teses antagônicas ou incompatíveis (a eficácia horizontal, de um lado, e os deveres de proteção, de outro), mas, sim, figuras complementares para que se alcance maior completude na proteção estatal oferecida ao exercício dos direitos fundamentais. Para tanto, busco definir alguns pressupostos para limitar o âmbito de aplicabilidade de cada uma dessas figuras.

II.2.1 Deveres de proteção e direitos sociais

Os deveres de proteção se assemelham muito aos *direitos sociais*. Essa aproximação ocorre por duas razões principais. A primeira delas é que as três figuras pressupõem um *fazer* do Estado, ou seja, uma ação positiva do Poder Público. Não por outro motivo, há quem agrupe todos sob o rótulo de “direitos prestacionais”, visto que demandam uma prestação *positiva* por parte do Estado.¹⁶

O segundo motivo que aproxima deveres de proteção, direitos sociais e direitos à organização e procedimento diz respeito à sua estrutura. Isso porque, em decorrência da primeira semelhança (isto é, todos demandam uma prestação positiva), possuem estrutura *disjuntiva*, ou seja, sua implementação comporta a adoção de uma multiplicidade de medidas, sem que haja uma opção necessária por uma ou por outra ação estatal. Em outras palavras, para oferecer saneamento básico e energia elétrica à população, formatar um procedimento administrativo, criar órgãos e atribuir-lhe competências ou proteger o direito fundamental à vida, o Estado pode se valer de diversos meios (m^1 , m^2 , m^3 etc.), todos em certa medida igualmente eficazes para atingir o objetivo dado em cada caso.

Apesar de considerar todos como direitos prestacionais, Robert Alexy distingue os direitos sociais (direitos prestacionais em sentido estrito) dos deveres de proteção (direitos prestacionais em sentido amplo), ao definir aqueles como direitos a prestações materiais do Estado (e.g., moradia, saúde, emprego e educação) que podem

¹⁶ Cf. Robert Alexy, „Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz“, in Jan-Reinard Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 108 e s.

ser obtidas diretamente junto à iniciativa privada, desde que o indivíduo disponha de meios econômicos para tanto.¹⁷ Por conseguinte, não seria esse tipo de prestação que diz respeito aos deveres de proteção. Isso porque, como visto, o cumprimento de um dever de proteção implica uma restrição às liberdades de outros particulares, podendo o Estado lançar mão, inclusive, da persecução penal, que, assim como outras atividades de fiscalização e regulação, é monopólio do Poder Público.

Nas situações envolvendo deveres de proteção, o Estado não atua como um ente *provedor*, tal qual no caso da efetivação dos direitos sociais, mas toma o papel de *árbitro* de disputas e conflitos entre particulares, regulamentando condutas para compatibilizar o exercício de liberdades individuais.

Nesse sentido, é evidente que, ao fornecer tratamento hospitalar gratuito, de um lado, e ao tomar medidas para proteger a parte hipossuficiente em uma relação de consumo, de outro, o mesmo Estado invoca para si papéis essencialmente distintos, o que também implica valer-se de mecanismos de atuação igualmente distintos. Esses dois papéis podem ser chamados de “Estado-provedor” e “Estado-árbitro” ou “Estado-regulador”. Tanto as possíveis formas assumidas por essa regulação, quanto os agentes competentes para elaborá-la são temas que serão discutidos no presente trabalho.

II.2.2 Deveres de proteção e direitos de organização e procedimento

Os deveres de proteção também não devem ser confundidos com os direitos à organização e procedimento, que nada mais são do que direitos cuja condição de exercício é de que sejam criados órgãos com atribuições específicas (e.g, um cartório de registro civil) e que observem um procedimento legal específico (e.g., para o registro do nascimento e o óbito de pessoas naturais).¹⁸ A razão para isso é que os deveres de proteção têm a finalidade de solucionar conflitos entre particulares (seja de maneira preventiva, seja com finalidade repressiva), ao passo que os direitos à organização e

¹⁷ *Teoria dos direitos fundamentais* (Trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 179/180.

¹⁸ Sobre os direitos à organização e procedimento, há tempos discutidos em outros países, cf., por todos, Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, pp. 23 e s. A Constituição Federal de 1988 traz diversos exemplos de direitos à organização e procedimento, entendidos como direitos fundamentais enquanto condições para exercício desses direitos. Assim, o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 5º, XXIV), o registro de patentes para garantia de privilégio na exploração de inventos industriais e marcas (XXIX), a fiscalização do aproveitamento econômico de obras (XXVIII, “b”), o direito de herança (XXX) e a instituição do júri (XXXVIII).

procedimento, como nos exemplos vistos, não lidam, ao menos diretamente, com os conflitos entre titulares de direitos fundamentais.

Essa distinção também tem um impacto considerável nas possibilidades de *justiciabilidade* dos deveres de proteção, comparados aos demais direitos prestacionais. Isso porque, de um lado, a efetivação dos direitos sociais e dos direitos à organização e procedimento representa uma prestação material do Estado, normalmente por meio de um serviço público – e.g. saneamento básico (direito social) e emissão de certidões em órgãos públicos (organização e procedimento). Enquanto prestação material, essas atividades implicam a definição de prioridades orçamentárias. De outro, a implementação de um dever de proteção pode ou não envolver discussão sobre alocação de recursos (criação de órgãos, etc.), mas importa sempre a restrição às liberdades de outro indivíduo (de um agressor atual ou potencial), daí a exigência de uma prestação normativa pelo Estado.¹⁹

Nos limites deste trabalho, no entanto, essas discussões devem ser postas de lado, bastando ter em mente que os deveres de proteção, enquanto expressão da *função protetiva* dos direitos fundamentais, apenas dizem respeito a um plano de eficácia que extrai dos direitos fundamentais clássicos, ou seja, das liberdades formais (propriedade, igualdade, vida, etc.), um dever de prestação positiva do Estado. Além disso, é preciso que fique claro que esse dever de prestação positiva também tem um conteúdo específico: coibir os conflitos entre particulares que envolvem violações de direitos fundamentais.²⁰

Conforme será visto em outro tópico (IV.2.1, *infra*), a *proteção* de um direito não deve ser confundida com o imperativo de *realização* desse direito, ou seja, com o oferecimento de condições fáticas e normativas para o exercício de um direito, sem que se esteja lidando necessariamente com um conflito entre particulares. Os

¹⁹ No mesmo sentido, cf. Martins/Dimoulis, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 128. Por essa razão, parece-me correto o entendimento de que a criação, organização e manutenção dos órgãos de policiamento podem servir como meio de realização tanto de um direito social à segurança (policiamento extensivo), previsto no art. 6º da CF, quanto de um dever de proteção, pois pode restringir liberdades no exercício do poder de polícia (e.g., por meio da abordagem de indivíduos, perseguição e apreensão de suspeitos em estado de flagrância).

²⁰ Ficam de fora deste trabalho, portanto, discussões envolvendo medidas que coíbem a autolesão ou o direito de “autointoxicação”, o que normalmente é debatido em casos de criminalização do consumo de drogas e outros entorpecentes, por exemplo.

direitos de organização e procedimento parecem-me mais relacionados a este último caso. Também no momento pertinente, será discutida a possível relação entre o imperativo de realização de direitos e a figura do mandado de injunção prevista na constituição brasileira (V.2.2, *infra*).

Assim, utilizando um exemplo já mencionado, a manutenção de cartórios de registros de imóveis guarda relação muito mais próxima da *realização* do direito à propriedade, do que a criação de ritos processuais exclusivos para a tutela judicial desse mesmo direito (ações possessórias).

II.2.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a tese da imputação estatal

O tema da eficácia horizontal se insere na ideia de expansão da eficácia dos direitos fundamentais mencionada anteriormente, de sorte que seu âmbito de aplicação não se restringiria às relações Estado-indivíduo, mas também “invadiria” o campo das relações privadas.²¹ No caso da eficácia horizontal, diferentemente dos deveres de proteção, os destinatários desses direitos seriam os próprios particulares, e não o Estado. Assim, do mesmo modo que o Poder Público, também os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais, devendo-lhes observância, sob pena de violá-los.

No entanto, a forma como essa vinculação se dá ainda é objeto de grande disputa na literatura e na jurisprudência. Aqui, o espectro de soluções propostas vai desde sugestões marcadas por um radicalismo (eficácia *direta* ou eficácia *indireta* dos direitos fundamentais, ou seja, por intermédio da legislação infraconstitucional)²², até modelos intermediários ou conciliadores, que rejeitam a necessidade de opção por uma ou outra solução polarizada.²³

Considerando que os deveres de proteção têm por escopo impedir violações de direitos fundamentais por outros particulares, há quem defenda seu uso como solução para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Dessa forma, seria inócuo discutir se o destinatário dos direitos fundamentais seria somente o Estado ou

²¹ Refiro-me, aqui, somente às relações de direito privado, e não de direito penal. Nesse sentido, os deveres de proteção são consideravelmente mais abrangentes que as teses sobre a eficácia horizontal, justamente por incluir a proteção dos direitos pela via penal, oferecendo respaldo constitucional para a criminalização de condutas. Aí está uma primeira diferença entre as duas figuras.

²² Cf. Sarmento, *Direitos fundamentais*, pp. 216 e s.; e Steinmetz, *A vinculação*, pp. 136 e 164.

²³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, p. 143.

também os próprios particulares. Para esses autores, a omissão do Estado em implementar um dever de proteção permitiria a *responsabilização* estatal pela violação praticada por um particular.²⁴

Nesse sentido, poderia ser *imputada* ao próprio Estado a responsabilidade por comportamentos que violem os direitos fundamentais no âmbito de uma relação privada, caso ele não os houvesse expressamente proibido ou coibido. Na prática, isso implicaria aceitar que o indivíduo diretamente atingido pelo comportamento lesivo teria a obrigação de tolerá-lo, porque o Estado deve regulamentar as relações entre particulares por meio de proibições e permissões, mesmo que ele próprio não tome parte na relação jurídica regulada.²⁵

O fundamento é o de que, pelo princípio da legalidade, o que não está proibido está permitido.²⁶ De acordo com essa tese, bastaria que o Estado não impedisse as violações aos direitos de seus cidadãos para ser diretamente responsabilizado por isso. Na medida em que deixar de proibir e fiscalizar, o Estado passa a ser considerado o único responsável pelo ato de um particular que viola direitos fundamentais.²⁷ Essa tese, contudo, costuma ser rejeitada com base, dentre outros, no seguinte argumento: não é apenas porque inexistente legislação proibindo expressamente determinada conduta que esta possa ser tida como legítima. Come efeito, o próprio STF já reconheceu que o exercício de um direito fundamental “não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas”.²⁸

A despeito de não se tratar de figuras intercambiáveis, é necessário reconhecer, nesse sentido, as profundas semelhanças entre a construção dogmática (ou seja, a eficácia horizontal) e os deveres de proteção, principalmente no que tange aos

²⁴ Dentre os principais defensores, cf. Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. ed., Hamburg (s.e.), 1997, pp. 213 e s.; e Dietrich Murswiek, „Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz“, *WiVerw.* (1986), p. 182.

²⁵ Vale lembrar que, mesmo aqui, ao estipular uma obrigação de tolerância do particular atingido pelo comportamento autorizado de terceiro, pode também o Estado ultrapassar os limites do razoável, o que invocaria a função de direitos de defesa. No mesmo sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 46.

²⁶ Cf., por todos, Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 45

²⁷ Uma explicação resumida pode ser encontrada em Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 35-38. Essa teoria é distinta da chamada *tese de equiparação* dos atos particulares aos estatais, também conhecida como *State Action*. Nesse último caso, a violação somente poderia ser atribuída ao Estado caso um tribunal eventualmente referendasse a conduta privada tida como lesiva. Somente a partir de então a violação seria considerada estatal. Sobre essas distinções, cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, pp. 99-106, de onde foram retirados os termos *tese da equiparação* e *tese da imputação*.

²⁸ Cf. HC nº 82.424-2/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Mauricio Corrêa, DJe 19.03.2004, p. 17

resultados objetivados por ambas as figuras.²⁹ De fato, alguns autores chegaram mesmo a cogitar os deveres de proteção como uma alternativa dogmática viável para que os direitos fundamentais, embora de forma reflexa, pudessem produzir efeitos nas relações privadas.³⁰

Parece-me, no entanto, que as semelhanças entre as duas teses acabariam aqui. Como dito, a eficácia horizontal pressupõe que os particulares também sejam tratados como destinatários dos direitos fundamentais.³¹ Os autores que veem os deveres de proteção como alternativa à proposta de *eficácia horizontal* rejeitam, ao menos em princípio, a ideia de que os particulares possam figurar como destinatários dos direitos fundamentais. Não por outra razão, defendem que a teoria dos deveres de proteção como incompatível com a ideia de eficácia *direta* dos direitos fundamentais entre particulares, ainda que excepcionalmente admitida, uma vez que ambas convergem para o mesmo fim: pôr a salvo os direitos fundamentais de violações praticadas por outros particulares.³²

Todavia, tal incompatibilidade é apenas aparente na visão de alguns – e na adotada neste trabalho –, ao menos no que diz respeito à *eficácia mediata* ou indireta. Wilson Steinmetz afirma que a teoria dos deveres de proteção deveria ser vista como uma tentativa de modelo dogmático para forma de produção indireta de efeitos dos direitos fundamentais no âmbito privado, defendendo, inclusive, uma coexistência tendo em vista os resultados obtidos bem como as funções desempenhadas por cada uma. Isso porque os deveres de proteção teriam a finalidade de afastar o princípio da autonomia

²⁹ Cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação*, pp. 130 e s. O autor aponta como ponto de convergência fundamental o fato de ambas garantirem a eficácia (ou seja, a *proteção*) de direitos fundamentais de um particulares contra um ou mais particulares. Em outras palavras, “a identidade de resultados do ponto de vista do dever do Estado, sobretudo do Poder Judiciário, de proteger os particulares de lesão ou ameaça a lesão de direitos fundamentais por outros particulares.” Por outro lado, Josef Isensee negligencia essa “semelhança de resultados”, e se apegua à diferença de método: a eficácia horizontal é a possibilidade de que cidadãos sejam, simultaneamente, titulares e destinatários de direitos fundamentais, ao passo que apenas o Estado se vê vinculado pelos deveres de proteção. Assim, conclui o autor, a associação entre as duas figuras é um equívoco. Cf. *Das Grundrecht*, pp. 35 e s.

³⁰ Cf. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 34; e Steinmetz, *Direitos fundamentais*, pp. 206 e s.

³¹ Esse argumento é considerável em face da Constituição Alemã, cuja única vinculação expressa aos direitos fundamentais é imposta ao poder público. No Brasil, tal óbice normativo inexistente, haja vista que a Constituição Federal menciona apenas a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º). Sobre outras distinções, derivadas dessa diferença principal, cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação*, p. 131 e s. Cf. item 4.1, *infra*.

³² Cf., por todos, Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 34 e s.

privada em casos nos quais a gravidade da violação aos bens jurídicos fundamentais fosse inaceitável.³³

A possibilidade de coexistência dessas figuras é reconhecida mesmo por aqueles defensores da ideia de que os direitos fundamentais apenas excepcionalmente produziriam efeitos diretos nas relações entre particulares. Essa tese “conciliatória” coincide, em parte, com o modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva para o problema da eficácia horizontal, que admite, ainda que apenas em determinadas hipóteses, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.³⁴

Sob essa ótica, a chamada *eficácia mediata* oferece solução para dois problemas de vinculação dos direitos fundamentais, constituindo, portanto, uma espécie de “ponte” dogmática que possibilitaria, de forma consistente, a produção de efeitos nessas relações. Nesse sentido, ela justificaria, de um lado, a primazia do legislador na concretização da proteção dos direitos fundamentais entre particulares, partindo da ideia de *mediação legislativa*. De outro lado, ela possibilitaria ao judiciário interpretar tais leis conforme o mesmo dever de observância dos direitos fundamentais que pesa sobre o Estado, ainda que em algumas hipóteses excepcionais, os direitos fundamentais possam vincular diretamente os particulares, independentemente da necessidade de mediação legislativa.³⁵

Por outro lado, embora se aproximem do ponto de vista da chegada, a distinção entre a eficácia horizontal e os deveres de proteção se sustenta no tocante ao método preconizado por cada um para solução de conflitos envolvendo titulares de direitos fundamentais. Caso se considere que apenas excepcionalmente os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais, via de regra o Estado é quem deve mediar os conflitos entre privados. Assim, no caso dos deveres de proteção, o Poder Público permanece vinculado aos direitos fundamentais. As justificativas para essa

³³ “Direitos fundamentais”, pp. 209 e s. Em sentido contrário, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 35.

³⁴ *A constitucionalização*, pp. 147 e s.

³⁵ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, p. 142, Rn. 355; e Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 66. Isso reforçaria a relação de continência entre a eficácia entre particulares e a teoria dos deveres de proteção. Na visão de Christian Starck, essa ligação seria ignorada por muitos autores, justamente por conta de partirem de uma concepção errada da eficácia mediata. De acordo com o autor, a correta teoria da eficácia horizontal preconizaria que o direito civil deve observar valores que encontram expressão nos direitos individuais, seja na atividade legislativa de inovação da ordem jurídica, seja na aplicação delas. Cf. *Praxis der Verfassung*, pp. 67 e s.

conclusão são muitas: desde a necessidade de respeito à autonomia privada dos indivíduos, até o reconhecimento de que o Estado é o detentor do monopólio da violência, admitindo-se muito raramente que se recorra à autotutela para a defesa de direitos fundamentais.³⁶

De um modo geral, acredito que o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais também passa a ser um problema de efetivação dos *deveres de proteção*.³⁷ Aqui, a relação, no meu entender, é de conteúdo e continente, ou seja, a eficácia horizontal é apenas um aspecto dos deveres de proteção, que não apenas são mais abrangentes, como também conferem o próprio fundamento para a vinculação imediata, em alguns casos, dos particulares aos direitos fundamentais.

Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva afirma que “é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros”.³⁸

Para fundamentar essa exigência de proteção via vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o autor adota, com algumas ressalvas, o que chama de modelo em três níveis, desenvolvido por Robert Alexy³⁹, ou seja, três formas de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: no primeiro nível, haveria o *dever* estatal genérico de proteger os direitos fundamentais via legislação (efeitos indiretos); no segundo, se reconheceria a existência de um *direito* da vítima face à omissão estatal em protegê-la contra o agressor; e, por fim, a admissão excepcional da *vinculação direta* dos particulares agressores aos direitos fundamentais da vítima.⁴⁰

³⁶ No mesmo sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, pp. 152 e s.; Luciano Feldens, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 78; e Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 56 e s.

³⁷ No mesmo sentido, cf. Alexei Julio Estrada, *La eficacia*, pp. 150 e s.; e Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p. 492.

³⁸ Cf. *A constitucionalização*, p. 146. Para o autor, o fundamento da eficácia horizontal são os próprios deveres de proteção (ou direitos à proteção, nas palavras dele). No entanto, essa pretensão à proteção tem, por sua vez, um fundamento anterior próprio: a tese da otimização dos direitos fundamentais, que será discutida mais adiante, no tópico IV.1.2.3, *infra*.

³⁹ *Theorie der Grundrechte*, pp. 484 e ss.

⁴⁰ Cf. *A constitucionalização*, pp. 143 e ss.

O resultado deste raciocínio é que a eficácia horizontal se apresenta contida na tese dos deveres de proteção, ou seja, é apenas uma forma de implementação desses deveres – no caso, uma última etapa na proteção desses direitos, reconhecendo a precedência da mediação legislativa, mas também admitindo que decisões judiciais reconheçam a eficácia imediata desses direitos nessas relações. Nessa última hipótese, os direitos fundamentais funcionariam como direitos de defesa contra outros particulares, que, assim como no caso em que a violação parte do Estado, estariam obrigados a se absterem da prática do ato violador.

Independentemente das possibilidades de conciliação entre as duas construções dogmáticas, a tese da eficácia horizontal não interessa ao presente trabalho, devendo ficar de fora das análises feitas a seguir. Há duas razões principais para isso. A primeira delas é a de que discutir a eficácia horizontal demandaria reproduzir o debate travado em torno do tipo de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse debate tem o alcance de certo modo limitado no Brasil, especialmente porque tem na Constituição Alemã uma de suas principais razões de ser.

Como visto anteriormente, a eficácia horizontal pressupõe que, em alguma medida, os particulares também sejam encarados como destinatários dos direitos fundamentais, ao passo que, na constituição alemã, a única vinculação expressa a esses direitos é imposta ao poder público.⁴¹ No Brasil, tal óbice normativo inexistente, haja vista que a Constituição Federal menciona apenas a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), sem restringir ou ressaltar essa aplicabilidade às relações entre Estado e particular ou mesmo entre particulares.⁴²

Além de suscitar a reconstrução de um debate de reduzida pertinência para o contexto brasileiro, há de se ponderar que a eficácia horizontal e a função protetiva dos direitos fundamentais se distinguem com relação ao escopo e abrangência de cada um. Desse modo, se, por um lado, não há grandes óbices para que o direito à igualdade possa produzir efeitos imediatos em um contrato de trabalho (relação horizontal R¹), o que pode se dar, por exemplo, por meio de uma decisão judicial que modifique os termos desse contrato; por outro, o direito à vida não pode ser diretamente tutelado

⁴¹ Sobre as distinções derivadas dessa característica, cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação*, pp. 131 e s.

⁴² Em sentido semelhante, reproduzindo a discussão alemã, cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, pp. 139 e ss. Cf., ainda, Wilson Steinmetz, *A vinculação*, pp. 272 e s.

contra a prática do homicídio (relação horizontal R²) sem uma anterior previsão legislativa de natureza jurídico-criminal (Art. 121 do Código Penal brasileiro). Ou seja, diferentemente do caso R¹, na situação R², o direito violado não pode ser protegido por meio de uma decisão judicial que, sem invocar lei prévia, simplesmente determine o encarceramento do autor do homicídio.

Na relação horizontal R¹, a eficácia imediata ou direta somente é admitida por se tratar de uma relação eminentemente privada, na qual os direitos ou interesses envolvidos são disponíveis, ao menos em princípio, a ponto de se admitir certo âmbito de prevalência da autonomia privada no momento em que os indivíduos decidem estabelecer a referida relação.⁴³ No caso da relação R², a vítima não se submeteu ao homicídio no exercício de sua liberdade contratual, típica de direito privado. E ainda que tivesse manifestado anuência com o ato que lhe tirou a vida, o Direito Penal será aplicado independentemente disso. Não por outra razão este é considerado um ramo (especial) do direito público.

A conclusão que emerge dessa análise é a de que há diversos casos de conflito entre particulares envolvendo direitos fundamentais e para os quais a tese da eficácia imediata ou direta não oferece uma resposta viável ou juridicamente adequada. Assim, o recurso às normas de Direito Penal, ramo especializado do direito, sujeito a princípios dogmáticos próprios, evidencia que os deveres de proteção têm um escopo e uma abrangência próprios, notadamente distintos da eficácia horizontal.

Observando-se as situações do tipo R¹ e do tipo R², percebe-se que a discussão acerca da eficácia horizontal somente se aplica ao primeiro caso. Disso extrai-se uma conclusão relevante: os deveres de proteção não estão reduzidos aos casos de eficácia horizontal (ao menos, não no sentido usual desta), pois se voltam para situações nas quais o exercício da autonomia privada não está em questão, ou seja, nas quais o indivíduo que tem seu direito fundamental violado pela conduta de outro particular não se sujeitou àquela condição de maneira voluntária.

⁴³ Não por outra razão, na eficácia horizontal a noção de *renúncia a direitos* ou ao exercício de um direito desempenha papel central. No mesmo sentido, cf. Alexei Júlio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 132; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

Em linhas gerais, essa distinção implica que a tese da eficácia horizontal, diferentemente dos deveres de proteção, procura atribuir ênfase apenas às relações contratuais, ou seja, àquelas resultantes de um ato de vontade do próprio particular que tem seu direito violado. Isso não quer dizer, no entanto, que os deveres de proteção têm aplicabilidade apenas nos casos em que a mediação legislativa não é apenas desejável, como necessária – em razão, por exemplo, da reserva legal que condiciona o direito penal. O propósito do exemplo acima foi apenas o de ilustrar que, independentemente de mediação legislativa, o Poder Público pode implementar os deveres de proteção para evitar violações de direitos fundamentais por outros particulares, desde que a violação não decorra de uma relação entre particulares que tenha se estabelecido de forma voluntária. De contrário, estaríamos diante de um problema de eficácia horizontal e não de deveres de proteção.

No limite, o problema da eficácia horizontal diz respeito aos limites impostos pelos direitos fundamentais ao exercício da *autonomia da vontade*, ao passo que os deveres de proteção se voltam contra violações não decorrentes do exercício dessa *autonomia*. De acordo com esse raciocínio, acredito, o modelo de Alexy em três níveis não significa que cada etapa deva ser superada para que, eventualmente, os direitos fundamentais vinculem diretamente os particulares (eficácia horizontal direta do terceiro nível); mas, sim, que os três níveis dizem respeito a situações diversas, cada qual com condicionantes diferentes influenciando sobre a solução jurídica para o caso.

A título conclusivo, parece-me adequada a tese de que a eficácia horizontal e tese dos deveres de proteção são apenas uma parte, ou seja, estão contidas em uma moldura jurídica mais abrangente, que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais contra atos de particulares. Isso fica mais evidente ao considerarmos as situações para as quais o Poder Público recorre à utilização do aparato de *persecução criminal* e ao desempenho de competências administrativas relativas ao exercício do *poder de polícia* – ambas situações nas quais a eficácia horizontal tem pouca ou nenhuma influência. Assim, pelas razões acima expostas, embora haja certa convergência, a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais fica de fora do presente trabalho, cujo enfoque será apenas sobre os deveres de proteção.

Tratando-se, no caso dos deveres de proteção, da formatação de uma política de Estado para assegurar proteção aos direitos fundamentais contra agressões de particulares, todos os Poderes constituídos têm uma função própria a desempenhar na definição dos termos dessa política. Em outras palavras, como todos os Poderes estão vinculados aos direitos fundamentais e, por conseguinte, também aos deveres de proteção, todos contribuem, cada um à sua maneira, para a efetivação dessa proteção, conforme será visto no tópico a seguir.

II.3 DEVERES DE PROTEÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS: FORMAS DE VINCULAÇÃO DOS TRÊS PODERES

Muito embora sua principal finalidade seja dirimir os conflitos entre particulares (seja de natureza civil ou mesmo penal), os deveres de proteção não têm como destinatário o particular que toma o papel de *agressor* nessa relação de conflito, mas, sim, o próprio Estado. Em outras palavras, os deveres de proteção são uma forma de *vinculação* apenas do Poder Público. Conforme discutido no tópico anterior, essa é uma das principais distinções entre os deveres de proteção e a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que o destinatário dos deveres de proteção é o Estado, a implementação desses deveres deve assumir as formas próprias de atuação do Poder Público. Admite-se, portanto, uma multiplicidade de medidas para atender a essa exigência de proteção: seja criminalizando condutas (como no exemplo utilizado acima, no prólogo deste trabalho⁴⁴), seja por meio de medidas de fiscalização e punição (administrativas e legais) de infratores, com efeito preventivo ou repressivo.

Para Wilson Steinmetz, no entanto, os deveres de proteção seriam endereçados prioritariamente aos tribunais, em vista “do dever do Estado, sobretudo do Poder Judiciário, de proteger os particulares de lesão ou ameaça a lesão de direitos fundamentais por outros particulares”.⁴⁵ A frase do autor em muito se assemelha à redação do art. 5º, inc. XXXV, CF, que institui a cláusula de inafastabilidade do

⁴⁴ Nesse caso, alguns autores substituem o termo “deveres de proteção” pela expressão “mandamentos de criminalização”. Cf. voto do Min. Gilmar Mendes, na ADI nº 3.112/DF. Na literatura brasileira, cf. Luciano Feldens, *A constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e, do mesmo autor, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁵ *A vinculação*, p. 131.

provimento jurisdicional. Essa orientação, contudo, não reflete a posição majoritária da literatura jurídica especializada, que tende a apontar formas de vinculação de todos os poderes constituídos à implementação dos deveres de proteção, com ênfase maior no Poder Legislativo.

Na doutrina, encontra-se uma espécie de relativo consenso em torno da idéia de que a tarefa de concretização das obrigações estatais de proteção dos direitos fundamentais cabe, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo, democraticamente eleito, exercendo sua liberdade de conformação da ordem jurídica.⁴⁶ Assim, pode-se falar em prestação legislativa, verdadeiros deveres de regulamentação/normatização pelo legislador. A concretização dos deveres de proteção dos direitos fundamentais dependeria, desse modo, da *mediação legislativa*.⁴⁷

Há duas razões principais para se atribuir ao parlamento a precedência na determinação dos meios e instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. A primeira delas é de ordem *formal*, haja vista que, como dito diversas vezes, a concreção dos deveres de proteção, por conta da estrutura relacional triangular (Estado – agressor – vítima), importa a invasão da esfera de liberdade de outros indivíduos (restrição a direitos fundamentais), o que demanda o exercício de uma competência decisória que decorre do princípio da legalidade, de estatura constitucional.⁴⁸

A segunda é de caráter *material*, e corresponde ao acentuado grau de liberdade na competência decisória de que o legislador gozaria. Em outras palavras, o parlamento é local deliberativo por excelência, cujo grau de discricionariedade não é equiparável ao de nenhum outro ente estatal.

Via de regra, o cumprimento dos deveres de proteção pelo Estado é bastante problemático, porque pode implicar: (i) *custos materiais* – entendidos aqui como os recursos materiais e/ou financeiros necessários para a criação e estruturação de um

⁴⁶ Cf. Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, p. 119; Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 44; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 23.

⁴⁷ A expressão é usada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 125. Cf., também, Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 44.

⁴⁸ A reserva legal não costuma ser relacionada, na doutrina brasileira, à noção de restrições aos direitos fundamentais (cf. Paulo Bonavides, *Curso*, pp. 614 e s). No entanto, não é preciso lançar mão da reserva legal para justificar, no Brasil, a preferência do legislador na concretização dos deveres de proteção. Como dito acima, há outras razões para isso. Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, p. 70 e s.

aparato estatal executório, como, por exemplo, os órgãos de segurança pública, corpo de servidores para fiscalização e autuação, etc.; e (ii) *restrições à liberdade* dos demais indivíduos, contra os quais a proteção do bem fundamental se direciona, como, por exemplo, a criação de leis penais e a regulação específica das relações civis.

Justamente porque implicam restrições à esfera de liberdades individuais, ou seja, aos direitos fundamentais de terceiros, o legislador democraticamente eleito é comumente apontado como o destinatário natural dos deveres de proteção, cuja implementação se dá por meio de leis com caráter geral e abstrato. Isso não significa, porém, que a atuação dos demais Poderes não possa estar igualmente vinculada aos deveres de proteção.

Como dito anteriormente, embora os deveres de proteção estabelecem uma espécie de competência estatal para restringir direitos em favor de outros bens jurídicos.⁴⁹ Nesses casos, a liberdade de conformação do legislador, responsável, em primeira linha, pela prestação normativa, pode variar bastante – seja na escolha dos meios, seja dos fins.⁵⁰ No entanto, o fio condutor deve permanecer alinhado à tendência de realização dos direitos fundamentais. Assim, existindo perigo para as posições jurídicas asseguradas pelos direitos fundamentais, então tem efeito a obrigação estatal de proteção. *De que maneira* este dever se manifesta no caso concreto é uma pergunta acerca de sua extensão jurídica e justiciabilidade.⁵¹

Conquanto seja o destinatário *preferencial*, tendo em vista a natureza das medidas que os deveres de proteção reclamam para sua realização, o Parlamento não é o único dos Poderes constituídos que tem competência (poder-dever) na implementação da função protetiva. A forma e a medida dessa vinculação, contudo, dependem dos atributos e finalidades que se imaginam para cada Poder.

Apenas a título exemplificativo, a administração pública, porque sujeita à regra da legalidade (art. 37, *caput*, da CF), tem sua vinculação por intermédio da criação legislativa de competências positivas contidas na legislação infraconstitucional. Talvez

⁴⁹ Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57 e s.

⁵⁰ A escolha dos fins deve ser entendida como mera priorização de objetivos, uma vez que os fins propriamente ditos já seriam dados pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais, eleitos diretamente pelo constituinte. Cf. Robert Alexy, “Zur Struktur”, p. 119.

⁵¹ Nesse sentido, Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 77.

a manifestação mais evidente da efetivação dos deveres de proteção pelo Poder Executivo e pela Administração como um todo seja por meio do exercício do *poder de polícia*.⁵² Os órgãos relacionados à segurança pública – inclusive a própria polícia –, por exemplo, estão vinculados à legislação em vigor.

Assim, quando o legislador edita o Código de Trânsito Brasileiro e a administração pública exerce, por meio de órgãos como a Polícia Rodoviária e o Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), as funções de fiscalização e aplicação de sanções administrativas, a atuação do Poder Público é legitimada na medida em que realiza um dever geral de proteção de direitos fundamentais, como a vida dos condutores e passageiros e a propriedade (preservação da integridade dos veículos, prevenindo a ocorrência de acidentes sem vítimas).

Grande parte das situações de prevenção e repressão de riscos e ameaças já foi regulamentada. Mas constantemente a realidade confronta o ordenamento jurídico com novas situações não normatizadas, o que as faria cair na cláusula geral de discricionariedade do direito policial, por exemplo. Sob esse aspecto, o direito policial torna-se o ponto de convergência entre os deveres de proteção e a realização de um direito à segurança, que será discutido mais adiante (IV.1.3.2, *infra*).⁵³

Um pouco mais problemática, porém, é a forma de vinculação do Poder Judiciário aos deveres de proteção. É comum que se afirme que essa vinculação se estenderia na medida em que os órgãos do Judiciário interpretam a legislação infraconstitucional e, em alguns casos, a própria constituição, à semelhança do que

⁵² No presente trabalho, deliberadamente não se discute a vasta literatura existente sobre poder de polícia em direito administrativo. Para um panorama geral da questão, do ponto de vista da proteção de direitos fundamentais, cf. Charles-Édouard Minet, *Droit de la police administratif*, Paris: Vuibert, 2007; e Wilhelm Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968.

⁵³ Cf., também, Gerold Buschlinger, “Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht”, *Die öffentliche Verwaltung* 11 (1965), p. 376. No entanto, há quem sustente que as duas acepções diferem pelo fato de que a ordem e segurança públicas, asseguradas pela polícia administrativa, não poderiam ser consideradas administração prestacional, haja vista que o direito policial se colocaria entre o órgão de segurança e o violador dos direitos fundamentais, não guardando qualquer relação jurídica com a vítima. Cf. Werner Henke, “Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei”, *DVBl.* 79 (1964), p. 655.

sustentam os defensores da eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares, conforme visto no tópico anterior.⁵⁴

No limite, o papel dos tribunais na efetivação dos deveres de proteção consistiria em interpretar a legislação sobre, por exemplo, um contrato privado envolvendo relação de consumo à luz dos deveres de proteção. Como será visto adiante, esta forma de vinculação do Judiciário se confunde com a figura da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – especialmente, da incidência indireta desses direitos sobre as relações privadas.⁵⁵

O Judiciário, no entanto, também pode desempenhar um papel adicional na implementação dos deveres de proteção. Isso porque, embora seja uma ideia bastante polêmica, os tribunais constitucionais, justamente por exercerem um papel central no controle da constitucionalidade da atuação estatal (e de sua omissão), também poderiam controlar o grau de implementação dos deveres de proteção pelos demais Poderes. Esse é o problema da *justiciabilidade* dos deveres de proteção, e deverá ser retomado adiante (cf. Capítulo V, *infra*), quando procurarei discutir a estrutura desses deveres, bem como os instrumentos de controle judicial da inconstitucionalidade por omissão.

II.4 JUSTIFICATIVA DA PESQUISA: IMPORTANDO PROBLEMAS ESTRANGEIROS?

Uma das críticas mais comuns formuladas contra trabalhos como este não reside nas premissas e conclusões, mas na própria escolha do tema. A crítica costuma se apoiar na seguinte pressuposição: os deveres de proteção não são um problema brasileiro, pois tradicionalmente nunca integraram nossa pauta de debates em direito constitucional. Por essa razão, não é apenas arriscado, mas também equivocado discutir no Brasil um tema que ganhou desenvolvimento no exterior e provém de outro contexto, enfim, de outra cultura e realidade constitucionais. No entanto, especialmente no caso dos deveres de proteção, não há motivos para levar essa crítica a sério.

De fato, o problema dos deveres de proteção não é um debate “genuinamente brasileiro”, apenas pelo fato de não ter sido originariamente tratado por juristas brasileiros. A discussão deu seus primeiros passos na Alemanha, local que ainda

⁵⁴ Cf. Lars Peter Störing, *Das Untermassverbot in der Diskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pp. 48 e ss.; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 23 e ss.

⁵⁵ Cf. tópico V.1.4, *infra*.

concentra a mais numerosa e significativa produção acadêmica sobre o assunto.⁵⁶ Entretanto, uma série de particularidades do caso brasileiro leva a crer que uma abordagem da questão da perspectiva do nosso direito constitucional ganharia contornos diferenciados, mas nem por isso menos interessante ou relevante.

Em primeiro lugar, nada indica que os deveres de proteção não possam ser um problema latente na Constituição Federal de 1988. A própria constituição dispensa tratamento singularizado ao capítulo dos direitos fundamentais, comparativamente às suas antecessoras, trazendo-os de volta para o centro de interesse do direito constitucional.⁵⁷ Acrescente-se a isso que alguns trabalhos recentes de autores nacionais já deram início, no direito brasileiro, à discussão do tema, ainda que se possa considerá-lo um debate em estágio relativamente embrionário, em vista do reduzido número de interlocutores.⁵⁸

Além disso, discutir as justificativas e os limites do controle judicial das omissões estatais encontra especial relevância no momento em que o Supremo Tribunal Federal é cada vez mais acusado de querer adotar uma postura menos ortodoxa, ou, nas palavras de alguns, mais “ativista”.⁵⁹ Somam-se a isso episódios recentes nos quais a ideia de dever de proteção também poderia ser discutida, tais como o caso do aborto de fetos anencefálicos⁶⁰, da Lei de Biossegurança e do Estatuto do Desarmamento⁶¹.

⁵⁶ A questão foi inicialmente discutida pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão de 1958, no já célebre caso *Lüth*. Posteriormente, o debate acerca dos deveres de proteção é retomado com força em decisão de 1975, conhecida como *Aborto I*. Para um relato detalhado dos casos, cf. Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 21. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2005, pp. 46, Rn. 182; bem como Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 68 e ss.

⁵⁷ Cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 634; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 190 e s.; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 7 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105.

⁵⁸ Ressalte-se que, a despeito de algumas exceções, não há, no Brasil, trabalhos significativos que tratam diretamente do problema do controle das omissões estatais envolvendo direitos fundamentais. Cf. Daniel Sarmento, “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”, in José Adércio Leite Sampaio (org.), *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003: 251-314; e Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto em crise*, *RBDC* 4, 2004: 241-271.

⁵⁹ Nas palavras de Luis Roberto Barroso, citando casos polêmicos decididos pela corte, cf. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Revista Atualidades Jurídicas* 4 (2009): 1-29. Para um contraponto a essa visão, embora também identificando o exercício de competências legislativas por parte do STF, cf. Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista DIREITO GV* 04 (2008), pp. 441-463.

⁶⁰ ADPF nº 54/2004 (DF), Rel. Min. Marco Aurélio.

De maneira alguma isso significa que não seja necessário adaptar a discussão dos deveres de proteção para o direito brasileiro. Aquilo que se produziu no debate estrangeiro não é necessariamente aplicável ao nosso caso. Por óbvio, ao trazer a problemática para o contexto da constituição de 1988, serão devidamente consideradas as particularidades do caso brasileiro.

Uma série de variáveis poderia influir na condução do debate dos deveres de proteção no Brasil. Dentre essas particularidades, é possível apontar, pelo menos, duas: a existência de dispositivos constitucionais que sinalizariam para uma constitucionalização explícita dos deveres de proteção – como, e.g., o mandamento constitucional expressamente endereçado ao legislador para que edite leis que punam “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); e os avanços da doutrina e jurisprudência brasileiras no controle de constitucionalidade das omissões estatais – por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, por exemplo.

A despeito da relevância do tema, o dever do Estado de atuar como agente regulador nunca foi problematizado do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais no Brasil. É possível que um componente *cultural* (i.e., de cultura jurídica) seja responsável pela falta de atenção dedicada ao problema no Brasil. Explico: a função protetiva do Estado costuma ser tratada como algo trivial pela grande maioria dos autores brasileiros, embora haja razões consideráveis para concluir o contrário. Em primeiro lugar porque os tribunais e a literatura jurídica do Brasil costumam extrair diversos comandos a partir do mesmo texto constitucional, inclusive dos dispositivos relacionados aos direitos fundamentais, o que evidencia a inesgotabilidade do tema. Ademais, os juristas brasileiros tendem a não ver problemas em atribuir responsabilidades e deveres ao Estado para a efetivação dos direitos fundamentais.

Um exemplo do alcance dessa capacidade interpretativa são as diversas condenações do Poder Público em vários tribunais a indenizar vítimas da violência criminal praticada por outro indivíduo com base na simples constatação de que teria havido violação do direito à vida, integridade física e segurança dos indivíduos (art. 5º, *caput*, CF) ao qual corresponderia um automático dever estatal de evitar qualquer

⁶¹ Nos dois últimos casos, a figura dos deveres de proteção é explicitamente invocada pelo STF.

agressão entre particulares, principalmente se resultar em morte ou lesão corporal.⁶² Em outras palavras, isso significa que, no limite, o Estado estaria, na posição de garante, vinculado a uma espécie de responsabilidade *objetiva* pelos resultados da violência e atos de agressão praticados por outros particulares, bastando para isso que a vítima demonstre a ocorrência do dano.

Até o momento, a literatura jurídica no Brasil sempre tendeu para uma *naturalização* dessas questões, passando por elas de maneira silenciosa e despercebida.⁶³ Apenas para citar um exemplo, a literatura sobre o Mandado de Injunção sustenta que essa espécie de ação é cabível nos casos em que a omissão estatal na edição de norma regulamentadora inviabilize o exercício de um direito fundamental. Contudo, nem sempre a necessidade de regulamentação de um direito fundamental decorre de um comando explícito da constituição (e.g., liberdade de reunião do art. 5º, XVI não condiciona seu exercício “nos termos da lei”), e quase sempre implica restringir direitos de outros indivíduos que resistem ao exercício dessa liberdade. Além disso, pouco se discute o que significa *inviabilizar o exercício de um direito*.⁶⁴

Quando o exercício de um direito não interfere na liberdade de outros (e.g., direito de petição), precisar o alcance do verbo *inviabilizar* é menos problemático, pois a questão muitas vezes adquire os contornos de um direito a organização e procedimento. No entanto, também é possível que o exercício de um direito seja inviabilizado pela resistência de outro indivíduo com interesses colidentes. Aqui, a necessidade de regulamentar não é criar órgãos, atribuir-lhes competências e instituir um procedimento, mas arbitrar interesses em conflito e compatibilizar esferas de

⁶² Assim, o STF já julgou procedentes pedidos de indenização em casos de crimes praticados por presidiários fugitivos, cuja fuga se deu por falha do agente de penitenciária. Por exemplo, RE-AgR 460.812/MG Rel. Eros Grau, DJe de 25.05.2007; Rep. de IF 114/MT, Rel. Néri da Silveira, DJ de 27.09.1996; e RE 409.203/RS, Rel. Carlos Velloso, DJ de 20.04.2007. E mesmo homicídio de presos (por outros presos), desrespeitando o dever de proteção da vida e integridade física, inequívocos em casos indivíduos sob a tutela estatal. Cf. AI-AgR 512.698/AC, Rel. Carlos Velloso, DJ de 24.02.2006.

⁶³ José Afonso da Silva, por exemplo, confunde *titulares* com *destinatários* de direitos fundamentais e apenas menciona que os direitos fundamentais garantem “a iniciativa e independência dos indivíduos diante dos demais membros da comunidade política e do próprio Estado”, sem, no entanto, atentar para as diversas implicações dessa premissa (cf. *Comentário contextual à constituição*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 64 e 66). Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre a inviolabilidade à intimidade, à vida privada e ao domicílio, também não discute de que forma os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais e qual o papel do Estado nessa proteção, assumindo essas questões como premissa não problemática (*Direito constitucional*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 53-58).

⁶⁴ Cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 172; e Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 179.

liberdade. Assim, a regulamentação do direito de exclusividade no uso e exploração de criações industriais e patentes (art. 5º, XXIX, CF), por exemplo, tem uma dimensão de conflito de interesses (inventor ou autor vs. aqueles que querem fazer uso livre da criação) que tende a passar despercebida por autores que veem a simples *regulamentação* de um direito como algo pouco problemático, ou seja, não inserida em um conflito de interesses (latente ou manifesto).⁶⁵

De maneira nenhuma a ausência de debate no Brasil significa que o tema não tem relevância na Constituição de 1988, e que nosso direito constitucional encontra-se imune a esse tipo de questionamento. Como será visto, a abertura para esse tipo de questionamento está na própria constituição, que admite o controle judicial das omissões estatais – via ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. No entanto, a fundamentação da imposição de deveres ao Poder Público não é algo simples, livre de polêmicas, ainda mais quando se parte de um texto normativo genérico e propositadamente um pouco impreciso, como costuma ser o caso das normas de direitos fundamentais.

⁶⁵ Cf. José Afonso da Silva, *Comentário contextual*, pp. 127 e s. O mesmo vale para o direito de resposta previsto no art. 5º, V, CF, embora o STF tenha decidido que esse é um direito que independe de regulamentação (ADPF nº 130/DF).

III. A FUNÇÃO PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na parte inicial do capítulo anterior (item II.1, *supra*), procurei apresentar a diferença central entre a perspectiva dita “clássica” dos direitos fundamentais e a tese dos deveres de proteção.¹ Enquanto a primeira exige uma abstenção estatal (daí porque, no constitucionalismo clássico, os direitos fundamentais costumam ser descritos como normas de *competência negativa*, ou seja, âmbito sobre o qual é vedado ao Estado avançar²), a segunda demanda do Poder Público que aja, ou seja, que adote um comportamento *positivo*. Assim, de maneira diametralmente oposta, a violação, no primeiro caso, ocorre quando o Estado age, enquanto, no segundo, o direito fundamental é desrespeitado quando o Estado se omite.

Justamente pelo fato de os direitos fundamentais, simultaneamente, veiculares comandos tão díspares, é comum que essas duas perspectivas sejam traduzidas na ideia de *funcionalidade* ou *funções* dos direitos fundamentais. Da perspectiva das liberdades formais ou *clássicas*, a literatura jurídica costuma identificar uma *função defensiva*, ou seja, função de defesa dos indivíduos contra as investidas do Estado. Ao passo que, enquanto deveres de proteção, os direitos fundamentais desempenhariam uma *função protetiva*.³ Ressalte-se, ademais, que, muito embora a maioria dos autores utilize os termos *função* ou *conteúdo* como sinônimos⁴, também há quem opte pelos termos *dimensão defensiva* e *protetiva*.⁵

A praticidade dessa distinção reside justamente na possibilidade de se admitir que um mesmo direito fundamental possa desempenhar *funções* distintas com vistas a alcançar seu propósito último: a realização de um interesse legítimo. Um dos primeiros autores a trabalhar com as funções distintas dos direitos fundamentais foi Georg Jellinek, que desenvolveu um arcabouço conceitual próprio, a partir da posição jurídica do titular do direito fundamental em relação ao Poder Público. Daí resulta a

¹ Aqui, é necessário fazer uma ressalva: não chamo a função defensiva de perspectiva clássica com o intuito de colocá-la em patamar diferente dos deveres de proteção. perspectiva “clássica”, por isso, opto por chamá-la de tradicional, o que, em nenhum momento implica aceitá-la como superior ou menos problemática em relação à.

² No mesmo sentido, cf. Carl Schmitt, *Teoría de La Constitución*, pp. 179 e ss.

³ Sobre as diversas funções dos direitos fundamentais, cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, pp. 16-27; e Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 531.

⁴ Cf., por exemplo, Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 8-12.

⁵ Cf. Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover: s.e., 1993, p. 41

classificação dos direitos em *status negativus*, *status positivus* e *status activus*.⁶ Não me parece, no entanto, que Jellinek concebesse os direitos fundamentais como *polifuncionais*, ou seja, que o indivíduo pudesse pretender que o Poder Público adote comportamentos essencialmente distintos com base em um mesmo direito fundamental.⁷

Michael Doldorer, por outro lado, procura distinguir essas aplicações dos direitos fundamentais em conteúdos objetivos e subjetivos. Para tanto, ele procura ancorar a possibilidade de se extraírem conteúdos diversos dos direitos fundamentais a partir da distinção entre *direito* (único) e *faculdades* (múltiplas), algo que, no seu entender, estaria presente já no texto constitucional.⁸ No mesmo sentido, Lars Peter Störing sustenta que as funções defensiva e protetiva nada mais são do que “dois lados da mesma moeda”.⁹ No fundo, esses autores se utilizam de terminologia diferenciada para apresentar ideias muito semelhantes à tese das *múltiplas funcionalidades* dos direitos fundamentais, aqui exposta e adotada.

De qualquer forma, é necessário esclarecer que não se trata apenas da diferenciação entre *texto* e *norma*, no sentido de que um mesmo texto admite a extração de diferentes normas jurídicas.¹⁰ A questão, aqui, é admitir, do ponto de vista dogmático, que os direitos fundamentais são um conceito em certa medida *polivalente*. A solução para essa aparente indefinição conceitual será esclarecida mais adiante, quando procuro apresentar o fundamento para ambas essas funções com base no conceito de direitos fundamentais como *mandamentos de otimização*.¹¹

No tópico a seguir, procuro apresentar um primeiro desdobramento da função protetiva dos direitos fundamentais, que diz respeito à sua principal implicação para o Poder Público – ou seja, a forma com que o Estado se vincula a esta função protetiva. Em seguida, procurei apresentar alguns casos concretos em que a função

⁶ *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. ed. (1919), Aalen: Scientia, 1979, pp. 94 e ss.

⁷ No mesmo sentido, cf. Horst Dreier, *Dimensionen*, p. 36. Em sentido contrário, cf. Michael Doldorer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 77.

⁸ *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 79 e ss.

⁹ *Das Untermassverbot in der Diskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 145.

¹⁰ Cf., a respeito, Robert Alexy, *Theorie*, pp. 40-53; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, p. 133.

¹¹ Cf. item IV.1.2.3, *infra*.

protetiva dos direitos fundamentais foi invocada por um tribunal (brasileiro ou estrangeiro), bem como algumas possibilidades de aplicação da função protetiva, em vista das orientações jurisprudenciais extraídas desses casos.

III.1 PROTEÇÃO ESTATAL DOS DIREITOS: DA FACULDADE AO DEVER DE AGIR

Pelo que foi visto até aqui, as seguintes perguntas podem ser colocadas: o que de fato a tese dos deveres de proteção muda na dogmática dos direitos fundamentais? Como isso altera a concepção tradicional que se tem do papel do Estado? De que maneira os deveres de proteção afetam a persecução das finalidades estatais e a normalidade do funcionamento de suas instituições?

A resposta a esses questionamentos é relativamente simples, embora deva ser retomada em diversos momentos ao longo deste trabalho. Quando se afirma que há um *dever de agir* por parte do Estado para proteger direitos fundamentais, permite-se que se justifique um controle sobre sua inação, ou seja, sobre omissões estatais envolvendo violações de direitos fundamentais por outros particulares, que não o Poder Público e seus agentes.

Muito embora não se trate exatamente de um problema novo – a necessidade de o Estado regulamentar condutas e criar estruturas burocráticas e um aparato para a proteção da esfera de liberdade e autonomia dos indivíduos nas relações entre si – os termos em que a questão tem se colocado são relativamente recentes. Ainda que historicamente se verifique que o Estado assume a função de tutela de direitos e interesses fundamentais dos indivíduos perante terceiros (função de *árbitro*, como apresentei em tópico anterior), o desempenho dessa função pelo Poder Público é tradicionalmente visto muito mais como um problema de ciência política (e das justificativas para a existência de um poder político centralizado, constituído na forma de Estado, com todas as características que hoje lhe são inerentes, entre as quais o monopólio da violência), do que como um assunto de dogmática jurídica constitucional.¹²

¹² Para uma apresentação do debate travado em ciência política e dos pontos de contato entre o debate político e a tese dos deveres de proteção, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, pp. 3-15.

Nesse sentido, a literatura jurídica pouco discute se, quando o Poder Público decidiu proibir que os indivíduos agissem de determinada maneira ou adotassem determinada conduta, ele muitas vezes o faz com o objetivo de proteger um direito ou um interesse legítimo de outros particulares ou mesmo da coletividade como um todo. Chega a ser de certo modo trivial sustentar que a regulamentação de condutas, justamente porque muitas vezes implica a restrição de liberdades, é justificada somente enquanto medida necessária para a proteção de outros direitos e liberdades que, dentro de determinadas condições, tenham um peso ou relevância maiores do que a liberdade que se restringe por meio do comando proibitivo. Assim, o direito à preservação da vida justificaria, por exemplo, a criminalização do homicídio ou do auxílio induzimento e instigação ao suicídio.

Um exemplo concreto e relativamente singelo pode ajudar a compreender a dimensão que a tese dos deveres de proteção pretende alcançar. Dificilmente se poderia negar que a preservação do “direito ao silêncio e ao repouso noturno” seja a justificativa que legitima a edição pelo Município de São Paulo da Lei nº 11.501/94, que, dentro do Programa de Silêncio Urbano (“PSIU”), voltado ao combate à poluição sonora, limita os locais e horários em que é permitida a produção de ruído, não somente na via pública, mas também dentro de residências e imóveis particulares.¹³

No entanto, a questão se coloca em termos bastante distintos quando se passa a reconhecer que o Poder Público não apenas viola esse “direito ao silêncio” quando realiza obras viárias em áreas residenciais no horário noturno, mas também quando deixa de proibir a prática de atividades ruidosas por outros particulares durante o período noturno. A novidade está em reconhecer que, no segundo caso, a *omissão* estatal pode ser considerada inconstitucional, justamente porque acarreta uma *proteção insuficiente* do silêncio e do repouso noturno ante as condutas potencialmente lesivas da parte de outros particulares.

No exemplo acima, parece óbvio que a restrição de um direito fundamental (liberdade geral e direito à propriedade) é justificada pela almejada proteção de outro direito fundamental (repouso noturno). No entanto, a trivialidade desse raciocínio

¹³ Uma apresentação completa do programa, inclusive com estatísticas, pode ser encontrada na página da Prefeitura Municipal de São Paulo na internet: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/zeladoria/psiu/index.php?p=8831> (acessado em 27/06/2012).

desaparece quando se afirma não apenas que o Estado *pode* restringir um direito D^1 para realizar um direito D^2 , mas que ele *deve* realizar D^2 em determinada medida, mesmo que para tanto precise restringir outro direito, como D^1 . Em outras palavras, o Estado não tem a faculdade de adotar medidas protetivas de D^1 , mas, sim, o dever de agir para protegê-lo, sob pena de ele próprio violar tal direito por meio de sua inação.

III.2 APLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA TESE DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

No estágio atual da discussão, a figura dos deveres de proteção já foi utilizada em diversos contextos e para uma série de finalidades, sofrendo uma série de desdobramentos jurisprudenciais e doutrinários. De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os deveres de proteção têm se mostrado úteis em apenas três situações específicas, para as quais a doutrina clássica das liberdades públicas não teria oferecido uma solução consistente: (i) a proteção do nascituro contra a interrupção da gestação (aborto); (ii) proteção contra os riscos criados pela inovação tecnológica, contra os quais o particular dificilmente poderia se proteger com os meios à sua disposição, dependendo da tutela estatal para defender, por exemplo, sua privacidade ou sua integridade física; e (iii) proteção de hipossuficientes em caso de assimetria entre partes e abuso do poder econômico, especialmente no caso das relações de trabalho.¹⁴

No presente trabalho, tento demonstrar que o potencial de aplicação dos deveres de proteção não me parece tão limitado quanto se possa imaginar à primeira vista. Para tanto, apresento aqueles que me parecem ser os principais casos em que a função protetiva dos direitos fundamentais desempenhou papel central na decisão de um tribunal ou na argumentação da literatura especializada para a formulação de modelos de solução de problemas jurídicos envolvendo direitos fundamentais.¹⁵ Aproveito não apenas para relatar esses casos, mas também para apresentar minhas ideias a respeito das possibilidades de argumentação com emprego da teoria dos deveres de proteção, o

¹⁴ *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, pp. 122 e ss. Os autores fazem referência, aqui, a diversas decisões do Tribunal Constitucional Alemão que trataram da descriminalização do aborto, armazenamento de armas químicas, depósito de resíduos nucleares, e decisões trabalhistas protegendo hipossuficientes. Para mais exemplos, cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, p. 26.

¹⁵ Para um levantamento jurisprudencial de decisões envolvendo os deveres de proteção no Tribunal Constitucional Alemão, cf. Klaus Stern e Michael Sachs, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München: C. H. Beck, 1988.

que também faço ora por meio de exemplos concretos, ora elaborando casos hipotéticos.¹⁶

III.2.1 Deveres de proteção como mera justificativa para restringir direitos

Os deveres de proteção já foram utilizados como fundamento constitucional da atuação do Estado ao restringir liberdades para realização de outros direitos fundamentais. Embora não seja comum na literatura brasileira qualquer discussão sobre o uso explícito dos deveres de proteção como simples justificativa constitucional para a intervenção estatal, foi nesses termos que o Min. Gilmar Mendes trouxe o argumento dos deveres de proteção na ADI nº 3.112/DF.¹⁷

A despeito da longa preleção do ministro acerca das teorias sobre controle de constitucionalidade de normas penais, os deveres de proteção pouco ou em nada se relacionam com o dispositivo do voto, e foram invocados simplesmente com a finalidade de justificar uma “ampla margem de ação constitucionalmente deferida ao legislador” para criar diversos crimes previstos na Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), tais como o disparo de arma de fogo (art. 15) e posse irregular de arma de uso permitido, acessório ou munição (art. 12).¹⁸

Invocar os deveres de proteção de maneira abstrata e como mera justificativa para a atuação estatal não foge do propósito para o qual a ideia de função protetiva foi inicialmente concebida, conforme discutida anteriormente. Além disso, não foge à trivialidade a tese segundo a qual a restrição de direitos fundamentais somente é justificada na medida em que tem a finalidade de realizar outros direitos fundamentais. Enquanto se presta como mera justificativa para a atuação estatal, essa concepção de

¹⁶ Necessário ressaltar que, embora se discutam apenas alguns casos estrangeiros neste trabalho, principalmente do Tribunal Constitucional alemão, o número de decisões deste tribunal que menciona os deveres de proteção já passa dos sessenta. Cf. Lars Peter Störing, *Das Untermassverbot*, p. 81.

¹⁷ Além da ADI que discutiu o Estatuto do Desarmamento e as disposições penais ali previstas, os deveres de proteção também apareceram na jurisprudência do STF em outras três situações: direito fornecimento de medicamentos e registro civil gratuito. Nesses casos, contudo, a ideia foi normalmente associada à tese da *proibição de proteção insuficiente* – discutida neste trabalho, no item V.1.1, *infra* – e não assumiu papel de protagonista, mas de coadjuvante na argumentação do tribunal como um todo, passando a integrar os acórdãos invariavelmente por iniciativa de apenas dois Ministros (Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski). Para um levantamento desses acórdãos, cf. Luís Fernando Matricardi Rodrigues, “A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”, monografia de conclusão, Escola de Formação 2009, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em <http://www.sbdp.org.br> (consulta em 20.10.2012).

¹⁸ Cf. ADI nº 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.05.2007, pp. 460 e ss.

deveres de proteção pouco ou nada contribui para a possibilidade de controle da constitucionalidade das omissões estatais.¹⁹ Ao contrário, ela apenas reitera alguns lugares-comuns – tais como a ideia de que direitos (fundamentais) não são absolutos e de que “a liberdade de um termina no ponto em que começa a liberdade de outrem”²⁰ – de pouca utilidade, portanto, para o avanço da dogmática constitucional.

Nesse sentido, este seja talvez seja o uso menos interessante da tese dos deveres de proteção, tendo em vista o contexto no qual se originaram. Como visto anteriormente, a ideia por trás dos deveres de proteção nunca foi apenas a de oferecer uma justificativa constitucional para a atuação interventiva do Estado nas relações entre particulares. Sua utilidade vai além da mera justificativa de decisões já tomadas pelo legislador, fornecendo um argumento dogmático consistente para permitir o controle das omissões desse mesmo legislador, quando (consciente ou inconscientemente) decide manter-se inerte diante de um conflito entre particulares.

III.2.2 Deveres de proteção e normas penais

Um dos primeiros casos em que os deveres de proteção foram utilizados na argumentação jurídica de um tribunal constitucional foi na decisão alemã sobre a lei que isentava de pena quem praticasse o aborto em determinadas circunstâncias.²¹ Nessa decisão, também conhecida naquele país como Aborto I, os deveres de proteção foram utilizados pelo tribunal como forma de barrar a tentativa de permitir a prática de aborto por meio de lei aprovada por um parlamento democraticamente eleito.

¹⁹ A respeito da dogmática tradicional dos direitos fundamentais, que preconiza que apenas direitos podem impor limites a outros direitos, cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, pp. 567 e ss. Na Alemanha, por exemplo, a restrição constitucionalmente justificada de direitos fundamentais está sujeita a um sistema de reserva legal e à tese das restrições às restrições (*Schranken-schranken*), etapa na qual se insere o teste de proporcionalidade, criado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, pp. 61-73. Para uma crítica à tentativa de importação do modelo alemão de reserva legal para o contexto brasileiro, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 605-618.

²⁰ Ao tratar das possíveis justificativas para a restrição de direitos, tais como imperativos de *ordem pública* e *bons costumes*, José Afonso da Silva os coloca em termos de normas constitucionais de *eficácia contida*. Cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp 105-114.

²¹ BVerfGE 88, 203. A decisão, de 1993, é com frequência referida como *Aborto II*. Em decisão anterior (*Aborto I*), o Tribunal Constitucional Alemão julgou inconstitucional a descriminalização do aborto, justamente porque protegia de maneira insuficiente a vida do nascituro. Cf. BVerfGE 39, 1 (1975).

A justificativa, no caso, foi a de que ao direito à vida do nascituro haveria um correspondente dever do Estado de protegê-la ativamente contra atentados de terceiros, inclusive da própria gestante. Em se tratando de direito à vida – assim prossegue a decisão do tribunal – o dever de protegê-la não comportaria mitigações, nem mesmo diante da dignidade e liberdade da gestante de dispor sobre seu próprio corpo, direitos analisados pelo tribunal como colidentes com o direito à vida do feto.²²

Na sequência, o tribunal sustenta que a única forma constitucionalmente adequada para proteger de maneira suficiente a vida do feto seria a criminalização da prática do aborto. Assim, é dever do Estado adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela do direito à vida. O Tribunal Constitucional alemão justifica os limites e possibilidades do controle da constitucionalidade da decisão do legislador a partir do ônus deste de submeter o que o tribunal chama de “plano de proteção” a uma “avaliação constitucional sustentável”.²³

O tribunal, no entanto, não define a que tipo de escrutínio a decisão do legislador estaria sujeita, tampouco o que seria essa “avaliação constitucional sustentável”. Apenas afirma que essa proteção não é um mandamento absoluto, de sorte que seu alcance é determinado em função “do significado e da necessidade de proteção do bem jurídico a ser protegido, de um lado, e dos bens jurídicos que com ele colidam, de outro lado”.²⁴ Por fim, conclui que, embora o direito penal seja descrito como medida estatal de *ultima ratio*, sua incidência no caso estaria justificada ante a decisão axiológica do constituinte originário de proteger a vida humana (no caso, a do nascituro).²⁵

No entanto, essa exigência de proteção não seria absoluta, admitindo gradações. A admissão de uma gradação na proteção dispensada ao nascituro, muito se aproxima, na verdade, da fundamentação utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão

²² Para uma versão resumida da decisão do tribunal no caso, intercalada com comentários críticos, cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Trad. Leonardo Martins *et al.*, Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pp. 266-273. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 20.07.2011).

²³ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 285.

²⁴ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 279.

²⁵ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 271. Do mesmo modo, os deveres de proteção também poderiam ser invocados para declarar a inconstitucionalidade da lei que descriminalizaria o homicídio, no caso do exemplo hipotético que abre este trabalho.

na segunda vez que decidiu sobre a descriminalização do aborto, em decisão referida como Aborto II.²⁶ Assim, ao examinar nova legislação criminal que trata das hipóteses de aborto não sujeitas a sanções penais, a corte revê sua posição anterior e passa a considerar incensurável a escolha do legislador de proteger o direito à vida do feto, pelo menos na fase inicial da gestação, lançando mão de um programa de aconselhamento e acompanhamento da gestante por psicólogos e assistentes sociais. Confira-se:

“Cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado. Isso abrange a observância e a inviolabilidade por princípio da vida humana. Consequentemente, o homicídio é largamente sancionado criminalmente. O direito penal não é, certamente, o meio primário da proteção jurídica, principalmente por causa de seu caráter de intervenção máxima. Por isso, a sua utilização submete-se ao princípio da proporcionalidade [...]. Porém, ele é utilizado como ‘ultima ratio’ desta proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo por isso sua prevenção especialmente urgente. Assim, o direito penal é normalmente o local de fixação da proibição por princípio do aborto e do dever por princípio nele contido da mulher dar à luz o filho. Entretanto, quando se puder, em virtude de medidas de proteção suficientes constitucionalmente de outro tipo, dispensar em extensão limitada o sancionamento penal de abortos não justificados, pode também ser suficiente expressar claramente a proibição para esse grupo de casos de outra forma no ordenamento jurídico infraconstitucional”.²⁷

Desse modo, o tribunal opta por referendar a decisão do parlamento de lidar com o problema do aborto a partir da ótica de outros ramos do direito (por meio de uma espécie de parceria entre a gestante e o Poder Público), retirando-o do âmbito da política criminal do Estado. Ele considera que, para cumprir o seu encargo de proteção o legislador pode se reportar a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intrauterina só será possível com a colaboração da mãe, mas não contra ela.²⁸ Esse “plano de aconselhamento”, prossegue o tribunal, não caracterizaria omissão total do Estado no dever de proteger a vida do feto, condicionando as possibilidades da gestante de optar pela interrupção da gravidez.

Note-se, aqui, a mudança aparentemente radical do tribunal relativamente à questão do aborto. Embora as duas decisões estejam sujeitas a diversas críticas por parte

²⁶ Cf. BVerfGE 88, 203. De acordo com essa argumentação, a proteção do direito à vida do feto não seria absoluta, admitindo gradações, dentro dos limites da discricionariedade do legislador, determinada em função das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

²⁷ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, pp. 282 e s.

²⁸ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, pp. 286 e s.

da literatura, que aponta uma contradição entre ambas²⁹, tal contradição não atinge a figura dos deveres de proteção. Isso porque, embora invocando os mesmos deveres de proteção o tribunal tenha chegado a conclusões distintas, isso não se deve à indefinição acerca da existência ou não de um dever do Estado de proteger a vida do nascituro. Pelo contrário, nas duas decisões a existência de um dever de proteção é confirmada pela corte. A dissonância entre as duas decisões decorre apenas de divergências quanto à forma de implementação desse dever – as medidas foram julgadas insuficientes no primeiro caso e admissíveis no segundo.

A invocação dos deveres de proteção no caso das duas decisões alemãs se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque a ameaça ao bem jurídico fundamental não parte necessariamente do Estado (ou de seus agentes), pois o aborto pode ser praticado por qualquer indivíduo ou mesmo pela própria gestante. Nesse sentido, o tribunal revela sua adesão à noção de que os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, seriam oponíveis somente ao Estado para lhe exigir um comportamento negativo – noção que seria inaplicável aos casos, pois a solução para o problema não residiria numa abstenção do Poder Público. Ao contrário, o que se pretendia é que o Estado fizesse algo para proteger a vida do nascituro.

Em segundo lugar, parece-me que a invocação dos deveres de proteção faz sentido se pensarmos no debate sobre o início da vida e a existência ou não de um direito próprio do nascituro à vida. Ainda que se conclua que haja uma espécie de *mandamento constitucional de criminalização*³⁰ endereçado ao Estado, o fundamento dessa proteção não é, necessariamente, a existência de um direito fundamental do nascituro à vida. Como forma de evitar a polêmica acerca do início da vida, ainda longe de alcançar um consenso científico, e partindo da ideia de que ter *vida* e ter *direito à vida* são duas coisas distintas (a primeira não implica necessariamente a segunda)³¹,

²⁹ Para uma apresentação crítica das decisões, cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, pp. 89 e ss.; e Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Berlin: Duncker & Humblot: 1985, pp. 91 e ss.

³⁰ Sobre a expressão, que será discutida mais adiante, em tópico sobre o conteúdo dos deveres de proteção, cf. Luciano Feldens, *A constituição penal*, pp. 34 e ss.

³¹ Para uma avaliação a respeito do tratamento jurídico diferenciado entre a vida embrionária ou intrauterina e a de um ser humano nascido, cf. Horst Dreier, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes”, *ZRP* 9 (2002), p. 378 e ss.

reconhece-se a existência de um *interesse legítimo* na proteção do feto, mas que não decorre de um *direito* à vida propriamente dito.³²

Esse raciocínio está assentado sobre duas premissas básicas, ainda que não apareçam de forma manifesta nas decisões. A primeira delas é a de que apenas os seres humanos nascidos podem ser titulares de direitos fundamentais. A despeito disso, não se nega que o desenvolvimento do feto e sua potencialidade de vida não sejam interesses legítimos, dignos de proteção por parte do Estado.

No entanto, e aqui está a segunda premissa, a proteção desse interesse é gradativa e ganha concretude com o avanço da gestação. Se nos primeiros meses da gestação³³ o dever de proteger a vida e o desenvolvimento do feto é menor, esse dever é maior nos meses intermediários da gestação (a interrupção da gestação não depende apenas da livre escolha da mãe) e se torna um impedimento no estágio final, em que são bastante restritas as hipóteses nas quais o aborto seria permitido (por exemplo, somente caso o feto coloque em risco a vida da mãe). De acordo com essa premissa, o *dever* de proteger a vida do feto admite gradações conforme a modificação das condições fáticas, representadas pelo avanço da gestação.³⁴

A utilidade de uma argumentação assim construída, no meu entender, é justamente a de contornar a problemática em torno da existência de um direito fundamental subjetivo à criminalização de condutas. Conforme será visto mais adiante (IV.2.2, *infra*), não há um consenso sobre a existência de *direitos subjetivos* à proteção estatal, ou se a função protetiva dos direitos fundamentais impõe meros *deveres objetivos* ao Estado. Assim, entendo que, ao se admitir a existência de um *interesse* a ser protegido (a vida do feto), refuta-se, ainda que implicitamente, a tese segundo a qual haveria um *direito subjetivo* do feto à criminalização das condutas que atentassem contra a sua vida.

³² Em sentido semelhante, cf. Gerald H. Paske, “Abortion and the neo-natal right to life: a critique of Marquis’s futurist argument”, in Boonin/Oddie, *What’s wrong? Applied Ethicists and their critics*, New York: Oxford University, 2010, pp. 74 e s.

³³ Na legislação de diversos países, isso corresponde, normalmente, aos três primeiros meses. Cf. levantamento de 2009 elaborado pelo *Center for Reproductive Rights*, disponível em http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/pub_fac_abortionlaws2009_WEB.pdf (consulta em 20.07.2012).

³⁴ Cf., por todos, Gerald H. Paske, “Abortion and the neo-natal right to life”, p. 75.

III.2.3 Energia nuclear para fins pacíficos

Os deveres de proteção também já foram utilizados para fundamentar o controle da constitucionalidade de decisões administrativas e legislativas que autorizam o uso de tecnologias modernas. No caso, o Tribunal Constitucional alemão foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da instalação de usina nuclear para geração de energia elétrica em local próximo a uma região habitada, considerando os potenciais riscos do uso dessa tecnologia para as áreas vizinhas.

A decisão, conhecida como Mülheim-Kärlich – nome da referida usina –, reconhece a existência de um dever constitucional do Estado de proteger a vida, a saúde e a incolumidade física dos titulares de direitos fundamentais (art. 2º, II da Constituição Alemã), ao mesmo tempo em que a própria constituição alemã concede permissão expressa para o uso da energia nuclear com fins pacíficos (art. 74, 11a). Essa proteção, ressalta a corte, se volta contra “intervenções ilícitas advindas de particulares”³⁵, no caso, a empresa administradora da usina que solicitou autorização do Poder Público para instalá-la.

Na avaliação do tribunal, no entanto, o “Estado cumpriu esse dever de tutela na medida em que fez depender o uso econômico da energia nuclear de uma licença estatal prévia, e a outorga de tal licença, de pressupostos de direito material e processual mais precisamente regulamentados”.³⁶ Ressalte-se, ainda, que, em decisão anterior, o tribunal já havia manifestado sua anuência com os termos da regulamentação estatal que impõem condições específicas para a concessão da licença para exploração da energia nuclear, incluídas aí as medidas necessárias para a redução dos riscos de uma catástrofe nuclear.³⁷

Como se vê, diferentemente da decisão proferida no Aborto I, o tribunal considerou que o Estado vinha cumprindo de forma adequada e satisfatória o dever de proteção da vida e saúde dos indivíduos, pelo quê não haveria como censurá-lo. Assim, não havendo demonstração de inadequação ou incompletude da referida regulamentação

³⁵ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 303.

³⁶ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 304.

³⁷ O precedente é conhecido como decisão *Kalkar*. Cf. BVerfGE 49, 89 [141 e s.].

de modo a expor os cidadãos a riscos intoleráveis e desnecessários, não haveria fundamento constitucional para reprová-la.

III.2.4 Aeroportos, tráfego e poluição sonora

Os deveres de proteção também foram invocados para discutir a proteção à vida, saúde e integridade física dos titulares de direitos fundamentais contra lesões decorrentes de poluição ambiental, mais especificamente, a poluição sonora. Numa primeira oportunidade, o Tribunal Constitucional alemão analisou os danos causados a um grupo de reclamantes que buscava responsabilizar o Estado por haver autorizado a instalação de um aeroporto nos arredores da cidade de Düsseldorf, mas deixado de adotar as medidas suficientes para proteger sua saúde e integridade física contra os ruídos provocados pelos pousos e decolagens das aeronaves.³⁸

Os reclamantes alegavam a ineficácia das medidas protetivas até então adotadas pelos administradores do aeroporto, sugerindo, entre outras, uma proteção ativa por meio da instituição de limites máximos de decibéis toleráveis, realização de obras e intervenções no próprio aeroporto para isolamento acústico ou mesmo a proscrição de aeronaves e veículos de apoio especialmente ruidosos e o estabelecimento de um limite para o número e o horário de pousos e decolagens.³⁹

Para a decisão do caso, o tribunal adota a tese de que o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais também abrange a necessidade de aprimoramento da prestação estatal protetiva. Após discutir se o art. 2º, § 2º da Constituição alemã que assegura o direito à vida e à incolumidade física (corporal) também abarca a saúde dos indivíduos, do ponto de vista biológico-fisiológico⁴⁰, a corte conclui, no entanto, que o Estado não se omitiu de seu dever de aprimoramento e adaptação das ações públicas às novas tecnologias de combate à poluição sonora – seja por meio de ações materiais concretas, seja por meio da regulamentação normativa incidente no caso.⁴¹

³⁸ Cf. BVerfGE 56, 54 [55].

³⁹ Cf. BVerfGE 56, 54 [65].

⁴⁰ Aqui, o tribunal conclui que “a favor dos reclamantes, o dever de proteção, extraído do art. 2º, §2º da Constituição alemã, também abrange o dever de combater os efeitos da poluição sonora nocivos à saúde.” Cf. BVerfGE 56, 54 [78].

⁴¹ Cf. BVerfGE 56, 54 [83 e ss.].

Também o Tribunal Constitucional alemão foi provocado a se manifestar a respeito da constitucionalidade de um plano de urbanização⁴² que previa a construção de rotas de ligação entre vias de tráfego expresso. A reclamação constitucional foi formulada pelos proprietários de uma residência nas imediações do local planejado para receber as referidas intervenções urbanas sob o argumento de que o Estado não havia tomado medidas suficientes para resguardar os habitantes contra a poluição sonora e do ar decorrente do fluxo de veículos privados, o que violaria o dever estatal de proteção à saúde e incolumidade dos indivíduos. Dentre as medidas necessárias para redução dos riscos, os reclamantes sugerem desde a construção de túneis até a liberação da via apenas em horários e dias predeterminados.⁴³

Embora seja tratado pelo tribunal como um caso de aplicação da tese dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, há autores que entendem tratar-se de um caso típico de *função defensiva* dos direitos fundamentais. A razão disso é que, a despeito de a poluição sonora ser provocada pelos motoristas que trafegam com seus automóveis – ou seja, por outros particulares –, a construção de uma estrada de rodagem via para tráfego de veículos no local foi uma decisão do Poder Público. A violação ao direito à saúde e integridade física, no caso, seria imputável diretamente ao Estado e não aos veículos que ali trafegam.

Semelhante ao caso Mülheim-Kärlich, a decisão envolve a proteção da saúde dos indivíduos contra ações de outros particulares – no caso, o trânsito de veículos nas proximidades de residências. O tribunal considera que a questão central é determinar a quantidade máxima de poluição sonora que um indivíduo protegido sob a garantia do direito de propriedade pode suportar, para então avaliar se as medidas adotadas pelo Poder Público são suficientes para proteção à saúde.⁴⁴

A decisão, contudo, é pela constitucionalidade do plano de urbanização e das medidas já empregadas pelo Estado para minimizar os danos aos habitantes locais, fazendo uso da liberdade discricionária que a legislação lhe confere para determinação dos limites do que é exigível tanto da parte do Poder Público – ou seja, de reduzir riscos

⁴² Equivalente, no Brasil, ao plano diretor previsto no art. 182, § 1º, CF.

⁴³ Cf. BVerfGE 79, 174 [181 e ss.].

⁴⁴ Cf. BVerfGE 79, 174 [187 e ss.].

de dano –, quanto daqueles habitantes afetados pela obra – no sentido de suportarem certa perturbação do silêncio.⁴⁵

Observa a corte que, no cumprimento desses dever de proteção, cabe ao legislador e ao Poder Executivo, uma ampla margem de avaliação, sopesamento e conformação, permitindo que também sejam considerados os interesses públicos e privados em disputa. Assim, o controle pelo tribunal só poderia ser admitido quando sequer foram adotadas regulações e medidas protetivas, ou quando tais medidas, embora já postas em prática, são “totalmente inadequadas ou completamente insuficientes” para atingir o grau de proteção almejado.⁴⁶

III.2.5 Depósito de armas químicas

No contexto do pós-guerra, ficou acordado que os Estados Unidos da América poderiam manter em território alemão depósitos de armas químicas como parte da estratégia de segurança daquele país. Embora fosse de conhecimento geral a existência de tais depósitos, as reclamações constitucionais impetradas perante o Tribunal Constitucional alemão “voltavam-se contra decisões do governo federal de anuência às armazenagens de armas químicas em locais próximos às suas residências, se omitindo na tomada de medidas de proteção contra eventuais acidentes, etc. e contra omissões do legislador [...] relativas à não promulgação de lei (embora devida), que disciplinasse a armazenagem, com a tomada de medidas preventivas de proteção”.⁴⁷

A despeito da necessidade de restringir a publicidade da informação por imperativo de segurança nacional, a manutenção do sigilo, por via reversa, também implicaria colocar em risco a vida e a saúde dos cidadãos alemães que, sem terem ciência do fato, residissem nas proximidades de tais instalações – tidas como alvo preferencial de sabotagens e atentados terroristas internacionais.

O caso guarda um paralelo evidente com a decisão do mesmo tribunal sobre o uso de energia nuclear para fins pacíficos, conforme visto acima. Aqui, assim como lá, a tônica da decisão recaiu sobre a necessidade de o Estado proteger de maneira

⁴⁵ Cf. BVerfGE 79, 174 [196 e s.].

⁴⁶ Cf. BVerfGE 79, 174 [202]. A formulação desse critério de controle da omissão estatal no dever de proteção é o mesmo estabelecido pelo tribunal no caso da poluição sonora em aeroportos.

⁴⁷ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 307.

suficiente a vida, saúde e incolumidade física das pessoas. A despeito dessa semelhança *prima facie*, as decisões trilham caminhos diversos.

Embora também conclua pela constitucionalidade do armazenamento do arsenal de armas químicas, assim como decidiu pela constitucionalidade da instalação da usina nuclear, o tribunal se vale, contudo, de argumentação diversa. No caso, o tribunal não avalia se a regulamentação (ou ausência dela) implica a proteção insuficiente dos bens jurídicos vida e saúde.

Ele se limita a enunciar, em termos relativamente genéricos, os critérios e as balizas que o autorizariam a controlar a liberdade de conformação dos demais Poderes, ao mesmo tempo em que atribuiu o ônus argumentativo de demonstrar. A implicação disso é a existência de uma espécie de presunção a favor da constitucionalidade da atuação estatal no cumprimento do dever de proteção. Confira-se:

“Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo [...]. Para atender aos pressupostos de admissibilidade de uma reclamação constitucional que se baseie na violação do dever de tutela derivado do Art. 2 II 1 GG [direito à vida e à incolumidade física], o reclamante precisa demonstrar de maneira concludente que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”.⁴⁸

Mais adiante, o tribunal reconhece que o dever de proteger determinado bem jurídico é determinado pelas limitações fáticas do caso concreto. Em função das peculiaridades do caso, ele termina por reconhecer que as medidas estatais voltadas para a defesa do território contra ameaças externas de fato podem colocar em risco a vida e a incolumidade das pessoas.

Desse modo, “evitar [totalmente] tais perigos e os eventuais danos deles decorrentes vai além das possibilidades estatais, quando se deve manter garantida uma defesa efetiva do país, que serve justamente à proteção da ordem de liberdade, também os direitos fundamentais outorgados”.⁴⁹ Assim, o tribunal também admite que a ausência absoluta de riscos é uma situação inatingível, razão pela qual também seria inexigível do Estado empreender esforços para alcançá-la.

⁴⁸ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, pp. 307 e s.

⁴⁹ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 308.

III.2.6 Terrorismo e mandato policial

Mais uma vez, os deveres de proteção foram utilizados na fundamentação de decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do dever do Estado de proteger a vida e a incolumidade física dos cidadãos contra ataques provenientes de outros particulares. No caso, o tribunal teve a oportunidade de discutir os limites do mandato policial, ou seja, da liberdade de escolha dos meios e das estratégias para lidar com casos de violência criminal. Trata-se do sequestro e posterior assassinato do presidente da Confederação Alemã de Indústrias, Hanns Martin Schleyer em janeiro de 1977 por um grupo terrorista identificado como tendo orientação política de extrema esquerda.⁵⁰

Diferentemente das decisões acima apresentadas, o caso ganhou traços de maior dramaticidade não apenas por envolver uma pessoa pública conhecida, mas também pelo fato de se tratar de um caso concreto de violência praticada contra um indivíduo específico, bem como por conta do contexto histórico e político em que a ação do grupo terrorista se insere.⁵¹

Os sequestradores de Schleyer exigiam como resgate a libertação de companheiros presos por participação em outras atividades do grupo. Ante a resistência das autoridades em atender à exigência, a família de Schleyer ingressou com um pedido perante o Tribunal Constitucional Alemão para obrigar as autoridades responsáveis a libertar o grupo de presos solicitado pelos sequestradores. O pedido era fundamentado em dois argumentos principais: (i) a inação do Poder Público implicaria o descumprimento do dever estatal de proteção da vida e da integridade física dos titulares de direitos fundamentais; (ii) tendo agido de forma diferente em casos anteriores, em que a libertação de presos foi atendida para o resgate de reféns, o Estado alemão estaria violando a garantia de isonomia no tratamento dos cidadãos.⁵²

A corte, no entanto, julgou improcedente a pretensão, entendendo que caberia às autoridades de segurança responsáveis decidir, em última instância, qual a

⁵⁰ Independentemente de qualquer juízo de valor, utilizo as expressões “grupo terrorista” ou “organização terrorista” pois se trata da designação adotada pela própria corte. Cf. BVerfGE 46, 160.

⁵¹ A respeito do contexto histórico em que se deram as ações do grupo conhecido como RAF – Rote Armee Fraktion, bem como de outras organizações similares, em movimento conhecido como “outono alemão”, cf. Wolfgang Kraushaar (org.), *Die RAF und der linke Terrorismus*, Hamburg: Hamburger HIS, 2006; e Stean Aust, *Der Baader-Meinhof-Komplex*, Hamburg: Hoffmann & Campe, 2005.

⁵² Cf. BVerfGE 46, 160 (162 e s.)

melhor estratégia para lidar com casos de sequestro. Conquanto reconheça que a vida é um bem jurídico digno de proteção suficiente e adequada por parte do Poder Público, a corte sustenta que a liberdade do Estado de escolher o meio de proteção da vida pode ser amplo ou restrito, a depender dos elementos presentes no caso concreto. No caso em exame, no entanto, essa liberdade de escolha não se afigura restrita ou limitada. A razão disso é que, por razões de segurança pública, a proteção da individual da vida – salvamento de Schleyer – não tem prevalência necessária sobre o imperativo de proteção de toda a coletividade – contra criminosos condenados em poder do Estado.

Além disso, prossegue o tribunal, a segurança coletiva também estaria ameaçada caso se estipulasse uma regra geral de que o Poder Público deve sempre atender a exigências de sequestradores, pois uma regra nesses termos tornaria a reação estatal previsível e estimularia, por conseguinte, a prática de atos terroristas em condições semelhantes. Assim, de outra perspectiva, o cumprimento pelo Estado do dever de assegurar proteção efetiva aos cidadãos estaria comprometido, senão impossibilitado. Assim, conclui o tribunal pela existência de um âmbito de liberdade de atuação do Poder Público, sendo impossível a uma corte constitucional prescrever às autoridades de segurança pública a forma de condução de situações como esta.⁵³

Na decisão do caso Schleyer, o Tribunal Constitucional alemão uma vez mais tentar demarcar os limites do controle da constitucionalidade da omissão estatal envolvendo os deveres de proteção. Diferentemente da decisão em Aborto I, a corte não pôde reduzir a liberdade de conformação (discrecionabilidade) dos órgãos estatais competentes a uma espécie de atuação determinada (e.g., lançar mão do direito penal).⁵⁴

Embora esteja assentada em jurisprudência anterior a respeito dos deveres de proteção, a decisão do tribunal inova de certa forma ao sustentar que uma interferência de sua parte na atuação das autoridades competentes não apenas seria ilegítima – porque não se vislumbro qualquer inconstitucionalidade nas escolhas desses órgãos –, como também poderia impossibilitar o cumprimento do dever estatal de proteção da vida e incolumidade física em casos futuros. Colocado de maneira sucinta, a

⁵³ Cf. BVerfGE 46, 160 (164 e s.)

⁵⁴ Para uma avaliação crítica da decisão, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 81.

mensagem da corte é que a dose de interferência sua em outro Poder poderia converter em veneno o suposto antídoto.

III.3 DEVERES DE PROTEÇÃO E PRESTAÇÃO POSITIVA: CONTROLE DE OMISSÕES ESTATAIS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

No julgamento da Petição nº 3.388/RR, o STF decidiu que o trânsito de visitantes e pesquisadores em terras indígenas deve ser admitido em terras indígenas, desde que nos horários e condições estabelecidas pela FUNAI. Trata-se apenas de uma das dezenove “salvaguardas institucionais” criadas pelo tribunal para, também em suas palavras, “conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão” da respectiva decisão.⁵⁵

Ao examinar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei Federal nº 11.105/05) – cujo dispositivo mais polêmico, o art. 5º, permitia a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, alguns ministros fizeram constar em seus votos uma série de “condições indispensáveis”, ainda que não expressas na referida lei, para que tais pesquisas científicas possam ser consideradas compatíveis com a Constituição Federal.⁵⁶ Na mesma decisão, uma preocupação semelhante levou um dos ministros a cogitar, inclusive, a implementação de medidas protetivas de caráter penal, também não expressas naquela lei, sob o argumento de que se estaria diante do risco de não conferir proteção suficiente às células tronco e, em última instância, à própria vida e dignidade dos seres vivos dos quais esse material biológico foi extraído.⁵⁷

Essas decisões suscitam questionamentos bastante pertinentes: de onde decorre a necessidade de instituir as referidas “salvaguardas institucionais”, de criar “condições para a realização de pesquisas científicas em terras indígenas” ou mesmo de determinar a adoção de medidas protetivas contra a “banalização da vida e dignidade humanas”⁵⁸ ameaçada pela utilização científica de células-tronco embrionárias? Como

⁵⁵ Cf. Petição nº 3.388/RR, ementa e voto do Min. Menezes Direito.

⁵⁶ Cf. ADI nº 3.510/DF, especialmente, o voto do Min. Ricardo Lewandowski.

⁵⁷ O voto mais exemplificativo, nesse sentido, foi proferido pelo Min. Menezes Direito. Embora ainda não tenha sido publicado, uma transcrição do dispositivo, lido na sessão de julgamento, pode ser encontrado em Rafael Scavone Bellem de Lima, “A Audiência Pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal”, monografia de conclusão, Escola de Formação 2008, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, p. 68. Disponível em <http://www.sbdp.org.br> (consulta em 20.10.2012).

⁵⁸ Essa ideia subjaz à proposta de que a decisão do STF deveria exigir a criação de um órgão de fiscalização e controle das pesquisas com células-tronco embrionárias, como requisito para a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, como constante dos votos dos Ministros Cezar Peluso, Eros

justificar a imposição de ônus ao Poder Público e também aos indivíduos, via “salvaguardas institucionais” que criam condições para o exercício de direitos fundamentais – tais como, a liberdade de expressão científica e de locomoção no território nacional?

Estaria o STF – ainda que inconscientemente – identificando uma omissão estatal e tentando suprir como pode as falhas na proteção de direitos e outros interesses fundamentais – respectivamente, preservação do território e da cultura indígena, bem como o direito à vida do embrião e a ética em pesquisas científica? Em caso afirmativo, porque não tratar do problema de maneira explícita? Na ausência de lei específica, como justificar a necessidade e legitimidade da medida, decidida por um tribunal constitucional e não por um legislador democrático?

Diferentemente da função *defensiva* dos direitos fundamentais, a função *protetiva*, isto é, os deveres de proteção, exige uma prestação positiva do Estado. A conclusão lógica dessa premissa é a de que sua violação se dá pela *omissão* estatal, ou seja, quando o Estado não oferece uma proteção ao indivíduo. Uma vez que se reconhece a violação de um dever constitucional imputado ao Estado, abre-se a possibilidade de *controle* das omissões estatais envolvendo direitos fundamentais. Admitida a existência de um dever de agir (para proteger) e configurada a inação (total ou parcial) do Estado, essa omissão, em última análise, consiste em uma afronta aos direitos fundamentais e, portanto, à própria constituição. O objeto do presente trabalho é exatamente a inconstitucionalidade dessa omissão.

Aqui, o enfoque se concentra nas possibilidades de que a teoria dos deveres de proteção sirva como figura dogmática que viabilize e justifique o controle de constitucionalidade de omissões estatais envolvendo direitos fundamentais. Necessário ressaltar que, admitindo-se o controle judicial dessa omissão, o Poder Judiciário, ao apontar as omissões do Estado (e, eventualmente, o que deve ser feito para saná-las), inevitavelmente interfere na definição dos objetivos, prioridades e métodos de atuação do Estado, reduzindo a margem de discricionariedade das instâncias tradicionais de

Grau e Gilmar Mendes – embora tenham ressalvado que não se opunham às pesquisas em si, tais votos foram contabilizados como vencidos, pois, na prática, implicava julgar a ADI nº 3.510 como parcialmente procedente. Nesse sentido, cf. Luís Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, in , anexo II.

decisão política. Tais instâncias são representadas nas figuras do legislador e do governante ou administrador público.

Nos exemplos acima, o STF parece tratar com certa naturalidade a imposição, pelo Poder Judiciário, de ônus que restrinjam direitos fundamentais, promovendo as liberdades de uns em detrimento das de outros – trata-se, no caso, da livre locomoção de “forasteiros” em território indígena e da liberdade científica de pesquisadores que trabalhem com células-tronco. Nesses casos, o objeto do controle judicial – seja a legislação, seja um ato administrativo – se revela, no entender do STF, total ou parcialmente omissa no dever de proteger um valor ou interesse com hierarquia constitucional, o que lhe confere o status de ser digno de proteção.

Uma evidência da naturalidade com que o problema é tratado pelo STF pode ser encontrada na fundamentação dos votos dos ministros nas decisões referidas, que raramente se preocupam em reconhecer e enfrentar o tipo de questionamentos acima colocados. O resultado disso é que o tribunal acaba, na prática, realizando um controle da omissão estatal envolvendo direitos fundamentais, sem, contudo, tratar da questão com a abertura e transparência esperadas de uma corte constitucional. O tribunal parece revelar, com essa postura, que ficam de fora da sua pauta reflexões a respeito dos limites de sua própria competência e dos impactos dessas decisões para a separação de Poderes.

Como afirmei no início deste trabalho, minha hipótese de pesquisa é justamente que os deveres de proteção podem agregar consistência a uma fundamentação dogmática da possibilidade de controle das omissões estatais envolvendo direitos fundamentais. Essa omissão, contudo, não é de qualquer tipo, razão pela qual deve ser qualificada, quer dizer, conceitualmente delimitada.

Nesse sentido, *proteção* deve ser diferenciada de *realização* de um direito fundamental. Cass Sunstein questiona a visão segundo a qual as liberdades fundamentais ditas de primeira geração não demandam do Poder Público uma prestação positiva (de ordem financeira), tal como os direitos sociais exigem. Em trabalho bastante difundido, os autores argumentam que a realização de eleições democráticas, por exemplo, implica custos financeiros e operacionais muitas vezes ignorados por

aqueles que consideram que os direitos políticos (também direitos fundamentais de primeira geração, na terminologia tradicional). Em outras palavras, a garantia de liberdades pelo Estado moderno também traz consigo uma dimensão positiva, no sentido de que para realizá-las, não basta ao Poder Público abster-se, devendo também pôr em operação os diversos meios de atuação de que dispõe.⁵⁹

A tese de Sunstein e Holmes, contudo, não diz respeito ao tema desta dissertação. Embora possa haver semelhanças do ponto de vista da prestação estatal (que é positiva em ambos os casos), os deveres de proteção não lidam com o exercício de direitos políticos – um dos focos do trabalho destes autores. Por outro lado, ainda que se possa afirmar que o oferecimento de condições materiais para o exercício de um direito também seja uma forma de proteção desses direitos, a proteção estatal, no caso dos deveres de proteção, se volta exclusivamente para casos nos quais o direito em questão se vê ameaçado por agressões provenientes de outros particulares.

Assim, no caso dos deveres de proteção, a omissão estatal não deve ser vista como qualquer embaraço ao exercício de direitos fundamentais decorrente da inação do Estado. Essa omissão deve se dar em um contexto de conflito entre particulares, em que o Poder Público é chamado a intervir como árbitro: proibindo condutas, distribuindo responsabilidades e, inclusive, instituindo sanções em caso de descumprimento de tais regras de conduta.

No presente trabalho, parece-me possível distinguir a *realização* de um direito – que confere justificativa constitucional para um tipo de atuação do Poder Público, valendo-se, inclusive, da edição da legislação infraconstitucional – e a *proteção* de um direito – que também fundamenta constitucionalmente outro tipo de atuação do Estado, no sentido de arbitrar conflitos entre titulares de direitos fundamentais. No primeiro caso, a realização de um direito não envolve um conflito entre particulares e – o que é mais importante – tampouco implica a restrição de direitos fundamentais dos autores da agressão ao direito da vítima.

Há autores, no entanto, que parecem não adotar a distinção entre realizar e proteger um direito fundamental. Nesse sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink

⁵⁹ Cf. Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York: W.W. Norton & Co., 1999, pp. 37 e ss.

defendem que a função protetiva abrange “a interpretação conforme os direitos fundamentais, a aplicação do direito infraconstitucional, o acesso às instituições estatais, serviços e procedimentos públicos”, sem, contudo, limitar o alcance desses apenas aos casos envolvendo conflitos entre titulares de direitos fundamentais.⁶⁰

Por envolver a restrição de direitos fundamentais, a implementação de um dever de proteção também é descrita por alguns autores como “proteção pela intervenção” ou “proteção pela violação”.⁶¹ Assim, a omissão estatal a ser controlada, no caso dos deveres de proteção, consiste na falta de medidas protetivas que, em última instância, implicam a restrição às liberdades de outros titulares de direitos fundamentais.

Essa marca dos deveres de proteção traz consigo um paradoxo: o Estado tem o dever de proteger direitos e, no limite, também de restringir liberdades fundamentais. Em alguns casos, esse dever se traduz, inclusive, na criminalização de condutas. Luciano Feldens, por exemplo, admite o controle de constitucionalidade de normas abolicionistas em direito penal. O autor, porém, conduz sua argumentação tendo como referência a ideia de coerência interna do sistema penal (a que chama de *endonormativa*) e de controle de constitucionalidade de normas penais pelo método comparativo – algo que, na prática, pressupõe o estabelecimento de uma hierarquização dos bens jurídicos em função da intensidade da repressão de cada conduta típica. A conclusão é que não poderia o legislador “renunciar livre e absolutamente (arbitrariamente) ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele se derivam quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude”.⁶²

Os limites e métodos para o controle de constitucionalidade do grau de implementação de um dever de proteção – o que também importa a definição da margem de discricionariedade do legislador e administrador na definição do grau e dos instrumentos de proteção – serão discutidos mais adiante, no capítulo V. No capítulo seguinte (IV), a figura dos deveres de proteção será mais bem caracterizada por meio da discussão de seus três aspectos centrais: a definição de seu fundamento de existência, de seu conteúdo e de sua estrutura normativa.

⁶⁰ *Grundrechte*, pp. 22-27.

⁶¹ Cf. IV.2.1.3, *infra*.

⁶² *A constituição penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp.118 e ss.

IV. PROBLEMAS CENTRAIS: FUNDAMENTO, CONTEÚDO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Os três problemas centrais dos deveres de proteção decorrem de duas características intrínsecas à ideia de que o Estado deve agir positivamente para proteger direitos fundamentais dos ataques de terceiros. Em primeiro lugar, sua implementação implica a restrição de direitos fundamentais, que, por sua vez, também se opõem, *prima facie*, a essa restrição enquanto direitos de defesa. Esses direitos seriam do particular cuja conduta é considerada como lesiva aos direitos fundamentais da vítima. Em segundo lugar, admitir o controle judicial da omissão estatal envolvendo os deveres de proteção implica que um tribunal constitucional pode provocar a ação do legislador ou do administrador democraticamente eleitos quando eles não agiram por conta própria, seja por meio de uma ordem do tribunal para que uma providência específica seja tomada, seja simplesmente comunicando a ocorrência da omissão inconstitucional.¹

Para partir do direito à vida expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e concluir que a prática do homicídio ou do aborto são condutas que merecem a tutela estatal pelos meios penais², um longo caminho deve ser percorrido, leia-se, diversas questões devem ser respondidas.³ Acrescente-se a isso que diversos são os complicadores e o grau de sofisticação que a discussão pode alcançar quando se admite que esse controle da omissão possa ser realizado por um tribunal constitucional como o STF. A doutrina brasileira tem se preocupado somente com os comandos para legislar explícitos no texto constitucional (por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos), mas pouco se discute sobre a existência de *deveres implícitos* de proteção via legislação, mesmo após vinte e dois anos de vigência de uma constituição que prevê expressamente o controle de omissões inconstitucionais por meio de ações próprias.

Admitir o controle de omissões estatais por um tribunal constitucional em situações envolvendo direitos fundamentais levanta pelo menos três questões fundamentais. A primeira delas é que a própria ideia de *omissão* estatal pressupõe um dever de agir anterior. Esse dever de agir deve encontrar um fundamento constitucional

¹ No mesmo sentido, cf. Lars Peter Störning, *Das Untermassverbot*, pp. 51-60.

² Como fez o Tribunal Constitucional alemão nas decisões sobre o aborto. Cf. item III.2.2, *supra*.

³ Cf. os questionamentos suscitados no prólogo deste trabalho.

expresso ou implícito – isto é, construído dogmaticamente –, cujo ônus argumentativo é de quem sustenta a inconstitucionalidade dessa omissão.

Além disso, em vista do tipo de dever implicado, a omissão pode ser caracterizada como total ou parcial, o que significa que aquele que controla a inação estatal pode investigar as possibilidades e alternativas para a implementação de um dever de proteção, como visto anteriormente. Aqui, a pergunta central é a partir de que momento a omissão pode ser caracterizada como intolerável, ou seja, que ela se torna inconstitucional.

Para que cesse a violação de um direito fundamental por meio da omissão, o Poder Público deve agir de alguma (e não de determinada) forma. Aqui, outra questão que se coloca é qual ou quais as prestações necessárias para fazer interromper a violação ao dever de proteção. Como visto, essas prestações podem ser de ordem material ou normativa, ou ambas, o que pressupõe a existência de certo âmbito de discricionariedade dos demais Poderes na escolha dos meios utilizados para atingir a proteção desejada.

Diante da multiplicidade de medidas possíveis para realizar um dever de proteção, o que, como será visto, caracteriza sua estrutura disjuntiva, não é possível indicar qual a única prestação devida. Isso porque a prestação (*P*), que interrompe a violação omissiva, pode ser *P*¹, *P*² ou *P*³, etc., sem que uma seja mais *necessária* que outra. Em outras palavras, as alternativas para a proteção dos direitos fundamentais se colocam em pé de igualdade entre si, não sendo possível, na maioria dos casos, estabelecer uma espécie de hierarquia entre as medidas à disposição do Poder Público.

A maior parte dos autores acredita que a problemática dos deveres de proteção deve ser analisada sob três prismas distintos: os questionamentos acerca de (i) seu *fundamento jurídico*, ou seja, se eles podem ser extraídos do rol de direitos fundamentais previstos nas constituições por meio de um exercício interpretativo;⁴ (ii) seu *conteúdo jurídico* – resposta às perguntas *o quê* e *como* deve ser protegido, isto é, qual a prestação estatal devida; e por fim, (iii) o problema da *estrutura* dos deveres de

⁴ Tanto a forma com que esses deveres são fundamentados, quanto as razões presentes para atribuir-lhes caráter constitucional são aspectos bastante debatidos na literatura jurídica especializada. Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, pp. 34 e s.; Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 26 e ss.; e Robert Alexy, „Zur Struktur“, p. 107.

proteção, intimamente ligado ao de sua justiciabilidade.⁵ O problema da justiciabilidade dos deveres de proteção passa por cada um desses três aspectos da discussão, que serão apresentados a seguir.

Uma crítica é comum entre os autores contrários à tese da função protetiva ou deveres de proteção dos direitos fundamentais: ainda que seja possível justificá-la teoricamente, a prática conduz a um protagonismo excessivo do Poder Judiciário no controle das omissões estatais, com a correspondente perda de autonomia decisória do Legislativo e Executivo, cujos limites da discricionariedade estariam reduzidos.⁶ Alguns chegam mesmo a sustentar que o legislador estaria encurralado entre a proibição de excesso e de proteção insuficiente.⁷

Embora estas sejam ponderações consistentes, e que deverão nos guiar nas discussões que pretendo realizar mais adiante, essas críticas não bastam para descartar a utilidade da tese dos deveres de proteção. De que forma seria possível justificar a inconstitucionalidade de uma lei que descriminalizasse o homicídio? Acredito que o exemplo do prólogo deste trabalho, dentre tantos outros, são suficientes para demonstrar a relevância do tema e a necessidade de enfrentar essas questões.

IV.1 FUNDAMENTO DE EXISTÊNCIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

IV.1.1 Fundamento político-filosófico

Para alguns autores, a ideia de deveres estatais de proteção é decorrência direta da justificativa para a organização política de uma comunidade em torno da figura do Estado. De acordo com a teoria política dos contratualistas clássicos, a criação do Estado seria fruto de uma espécie de pacto social fundante de uma ordem política, na qual os contratantes, que passaram a ser reconhecidos como cidadãos, abdicam de parte de sua liberdade natural apriorística em troca de proteção estatal.⁸

⁵ Com efeito, também há autores que colocam os dois planos da análise sob a rubrica do *problema de existência* dos deveres de proteção. Cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 411.

⁶ Cf., por todos, Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, pp. 195 e ss.

⁷ A questão é colocada por Karl-Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, *DVBj.* 108 (1993): 982-984.

⁸ No mesmo sentido, cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, p. 197

Para Thomas Hobbes, a legitimação do Estado estaria assentada justamente no desempenho exitoso dessa função de proteção dos indivíduos contra outros indivíduos.⁹ O problema reside no caráter duplo dos direitos fundamentais que se pode extrair dessa premissa: os direitos fundamentais serviriam tanto para proteger os indivíduos da arbitrariedade do Estado, como para justificar as investidas deste contra os próprios cidadãos. Comumente, essa espécie de dilema é descrita como o paradoxo liberdade vs. segurança.¹⁰

Josef Isensee observa que essa função dos direitos fundamentais teria se perdido em autores contratualistas como John Locke, que, invertendo as posições, colocou os direitos fundamentais como uma garantia de “segurança contra o guardião da segurança”, e não voltada precipuamente para a proteção dos indivíduos deles mesmos.¹¹ No limite, a concepção de liberdades fundamentais em Locke foi o primeiro passo para a construção da noção moderna de limitação do poder estatal por meio de regras de competência negativa concretizadas nos direitos fundamentais.

Pela perspectiva contratualista, portanto, a função *protetiva* dos direitos fundamentais antecede, ao menos historicamente, o desenvolvimento da função *defensiva* – para utilizarmos a terminologia adotada neste trabalho – ainda que os autores dos séculos XVII e XVIII não discutissem o tema nesses termos. A consequência do “contrato social” é justamente a transferência do monopólio da força física ao Estado, para que este possa proteger os cidadãos deles mesmos. Assim, a finalidade principal (ou, pelo menos, o primeiro objetivo) do Poder Público seria justamente o de conferir segurança aos indivíduos, protegendo seus direitos.

Ao discorrer sobre o aspecto histórico da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva observa que tal ideia, ou seja, de que os direitos “fossem pensados com o intuito de proteger os cidadãos nas suas relações entre si, era algo corriqueiro. A palavra-chave, nesse âmbito”, prossegue o autor, “é o direito à segurança, que nada mais é do que a expressão da ideia de que as violações a direitos

⁹ “Security is the end wherefore men submit themselves to others, which if it be not had, no man is supposed to have submitted himself to ought, or to have quitted his Right to all things, before that there was a care had of his security”. Cf. *De Cive*, Cap. VI, 3.

¹⁰ A respeito, cf. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 7. Reimpressão, 1960 (1914), p. 246.

¹¹ Das Grundrecht auf Sicherheit, pp. 5 e ss.

fundamentais não partem somente do Estado, mas também de outros cidadãos”.¹² Wilson Steinmetz, embora invocando o princípio do Estado Democrático de Direito acaba desenvolvendo fundamentação semelhante para os deveres de proteção.¹³

Embora não seja equivocada a tentativa de atrelar os deveres de proteção à própria justificativa de existência do Estado – discussão encetada pelo contratualismo –, parece-me que essa ideia carece de concretude jurídica, o que procuro fazer mais adiante. Para tanto, procuro valer-me de uma construção dogmática (direitos fundamentais como *mandamentos de otimização*), fundamentada nesta perspectiva política acerca dos direitos fundamentais e do papel do Estado, à luz do que dispõe o direito constitucional positivo brasileiro.

IV.1.2 Fundamento dogmático

Há quem procure combinar a perspectiva ideológica acima apresentada com uma justificativa jurídico-conceitual para a função protetiva dos direitos fundamentais, valendo-se, para tanto, de uma multiplicidade de construções argumentativas a partir das quais se derivaria o dever estatal de agir para proteger direitos contra ataques de outros particulares. Nesses casos, tais autores buscam desenvolver o que chamo de *fundamento dogmático* dos deveres de proteção.

IV.1.2.1 A dignidade da pessoa humana

Como visto, os deveres de proteção surgiram na Alemanha, tendo como base a Constituição de Bonn, de 1949, que apenas em raros momentos faz referência expressa à ideia de proteção ou a uma espécie de dever estatal de prestação protetiva.¹⁴ Uma das tentativas de se encontrar fundamento constitucional para os chamados deveres de proteção é o recurso à ideia de *dignidade da pessoa humana*, um dos poucos momentos em que a Constituição alemã fala em *proteção*. Essa possibilidade é bastante discutida na Alemanha, como resultado de duas razões principais: o constituinte daquele país determinou que a dignidade humana é princípio fundamental e absoluto de toda a ordem jurídica; além disso, encontra-se no próprio texto constitucional dispositivo que

¹² *A constitucionalização*, pp. 137 e s.

¹³ Cf. *A vinculação*, pp. 129 e s. Em sentido próximo, apontando o marco contratualista como “origem remota” dos deveres de proteção, cf. também Luciano Feldens, *Direitos fundamentais*, p. 77.

¹⁴ Para um mapeamento do texto da Constituição alemã, cf. Robert Alexy, *Theorie*, pp. 396 e s.

vincula todos os poderes estatais a respeitar e *proteger* a dignidade da pessoa humana – art. 1º, § 1º da Lei Fundamental.¹⁵

Na doutrina brasileira, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis tentam fundamentar os deveres de proteção na Constituição Federal de maneira semelhante, também recorrendo à ideia de dignidade da pessoa humana como catalisador do dever estatal de proteger dos direitos fundamentais.¹⁶ De maneira parecida, também Wilson Steinmetz fala ainda em fundamentação dogmático-constitucional dos direitos à proteção com base em uma “interpretação sistemática das disposições dos arts. 227, *caput* [criança e adolescente], e 230, *caput* [idosos], com as disposições do inciso III do art. 1º [dignidade da pessoa humana] e do *caput* do art. 5º, entre outras disposições do catálogo de direitos fundamentais da CF”.¹⁷

Com efeito, a dignidade da pessoa humana costuma ser apontada, com frequência, como o fundamento último de validade da ordem jurídica e, por conseguinte, também dos direitos fundamentais – que decorreriam da própria dignidade humana.¹⁸ No entanto, justificar a função protetiva dos direitos fundamentais, como um mais um desdobramento da dignidade da pessoa humana (ao lado da dimensão defensiva) é uma opção estratégica problemática, pois pressupõe um passo anterior: a definição do polêmico (e, por isso, etéreo) sentido da dignidade da dignidade humana. Na verdade, lançar mão da dignidade da pessoa humana como âncora jurídica da função protetiva não é apenas arriscado, como sequer parece necessário no contexto brasileiro, especialmente quando se tem em vista o direito constitucional positivo, conforme exponho mais adiante (IV.1.3, *infra*).

IV.1.2.2 Teoria axiológica e dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Outra tentativa de fundamentar os deveres de proteção na Constituição alemã foi a de apelar para a existência de uma dimensão *subjetiva* e outra *objetiva* dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, essa tese preconiza que seria possível afirmar que, de um lado, os direitos fundamentais funcionariam, primeiramente, como direitos

¹⁵ Cf. Johannes Dietlein. *Die Lehre*, pp. 28 e s.

¹⁶ *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 121.

¹⁷ Cf. *A vinculação*, p. 130.

¹⁸ Nesse sentido, cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 52; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105; e Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, pp. 561 e s.

de defesa dos indivíduos contra o Estado; de outro, eles constituiriam uma ordem objetiva de valores, um tipo de *sistema valorativo* eleito pelo constituinte, que serviria como um conjunto de escolhas feitas em nível constitucional e que, portanto, seria válida para todos os ramos do direito.¹⁹

Designada pela doutrina como *teoria axiológica*, ela configuraria um tipo de *reforço* à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, enquanto direitos de defesa oponíveis ao Estado, haja vista que os direitos fundamentais também deveriam ser encarados como *normas constitucionais objetivas*. Segundo essa concepção, o fundamento normativo da *dimensão objetiva* residiria na própria garantia constitucional dos direitos fundamentais, revelando, assim, outra faceta desses direitos, resultando na apresentação de um duplo caráter normativo.²⁰

A novidade, contudo, não é o reconhecimento de um conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. Essa, aliás, é uma ideia que permeava a dogmática jurídica no século XIX e início do século XX, que tendia a considerar as normas de direitos fundamentais como meras “declarações de intenções” do constituinte, sem qualquer conteúdo jurídico subjetivo para seus titulares. Em outras palavras, os direitos fundamentais não passariam de direito objetivo, “letra morta” sem conteúdo apriorístico, dependente da ação concretizante do legislador ordinário para conferir-lhe conformação própria.²¹

Essa eficácia “complementar” dos direitos fundamentais é apontada pela doutrina majoritária como o fundamento de uma série de construções dogmáticas ligadas à ideia de expansão da eficácia dos direitos fundamentais, dentre elas, os próprios deveres de proteção.²² Dessa forma, o Estado deveria, não apenas observar os

¹⁹ Nesse sentido, cf. Robert Alexy, „Grundrechte als subjektive Rechte“, p. 50.

²⁰ Cf. Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p. 492. A maior parte da literatura especializada defende que a ideia de dimensão objetiva remonta ao constitucionalismo da República de Weimar, mais especificamente, à teoria das chamadas garantias de institutos (privados) e de instituições (públicas), elabora por Carl Schmitt (*Teoría de la constitución*, Madrid: Alianza, 2006, pp. 175 e ss.) e Martin Wolf. Em linhas gerais, tais garantias confeririam proteção constitucional a complexos normativos da legislação inferior que estivessem diretamente relacionados aos direitos fundamentais previstos como institutos do direito privado, ou instituições públicas (como o júri e a herança), e cuja extinção ou revogação era expressamente proibida pela constituição. Nesse sentido, cf. Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p. 489; e, no Brasil, Paulo Bonavides, *Curso*, p. 531.

²¹ No mesmo sentido, cf. Jorge Reis Novais, *As restrições*, p. 66.

²² Cf. Wilson Steinmetz, “Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela”, *RBDC* 05 (2005), p. 206; e Hans-Hugo Klein “Die grundrechtliche Schutzpflicht”,

bens jurídicos fundamentais, mas também protegê-los ativamente diante de ataques provenientes de terceiros.²³ A dimensão objetiva se contrapõe, em princípio, à subjetiva. Isso porque seu fundamento seria subjetivo quando remete às normas de direito fundamental em seu significado para o indivíduo, sua situação jurídica, interesse e liberdade.

A dimensão objetiva, por sua vez, se assentaria sobre o significado dos direitos fundamentais para a coletividade, os interesses sociais comuns e bens jurídicos coletivos.²⁴ Nesse sentido, há mesmo quem sugira substituir os termos por fundamentação *individual* e *coletiva* das normas direitos fundamentais.²⁵ Diversos problemas decorrem dessa premissa, e também deverão ser discutidos em tópico a seguir, em que se discute a distinção entre direitos *subjetivos* e deveres *objetivos*.

A ideia segundo a qual o conjunto de direitos fundamentais trazido pela constituição consubstanciaria uma espécie de *ordem objetiva de valores* supremos de uma sociedade, definidos e expressos no bojo do documento constitucional, com vocação para expansão para todos os ramos do direito foi inicialmente lançada pela jurisprudência alemã.²⁶

Assim, no caso Aborto I, o tribunal consignou que, de acordo com sua jurisprudência, “as normas de direitos fundamentais não instituem somente direitos subjetivos de defesa, mas simultaneamente também materializam uma ordem objetiva de valores, que vige como uma decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, bem como que oferece as diretrizes e o impulso para as funções de legislar, executar e aplicar o direito”.²⁷

p. 490. Além das mencionadas garantias institucionais e dos deveres de proteção, a chamada dimensão objetiva confere suporte teórico para outras figuras da dogmática jurídica tradicional (funções de organização e processuais) e daquelas relacionadas à expansão dos direitos fundamentais, qual seja, a ideia de *eficácia horizontal*, que será discutida mais a frente. Nesse sentido, cf. Eckhart Klein, „Grundrechtliche Schutzpflicht“, pp. 1633 e s.

²³ Cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht“, p. 492.

²⁴ Por exemplo, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência”, *RBCC* 47 (2004), pp. 86 e s.

²⁵ Cf. Robert Alexy, „Grundrechte als subjektive Rechte“, p. 59.

²⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização*, pp. 76 e ss. Com relação à ideia de *irradiação de efeitos* dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, apontada como um modelo de eficácia indireta entre particulares, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos fundamentais*, pp. 115 e s.; e Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, pp. 410-415.

²⁷ BVerfGE 39, 1 [41].

Em outra oportunidade, o tribunal reitera esse entendimento. Dessa vez, no caso da poluição sonora em aeroportos, a corte defende que também resulta do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais o dever dos órgãos estatais de adotarem uma conduta protetiva e promovedora “dos bens jurídicos enunciados no art. 2º, § 2º da Constituição, bem como de resguardá-los especialmente contra ataques ilegítimos provenientes de terceiros”.²⁸

A despeito da indefinição terminológica na doutrina²⁹, a dimensão objetiva é a matriz dogmática dos deveres de proteção com maior aceitação na doutrina.³⁰ Com isso, o problema central da fundamentação dos deveres de proteção passa a se concentrar nas objeções à *teoria axiológica* dos direitos fundamentais, que serve de base para o desenvolvimento da ideia de dimensão objetiva.³¹

Essas críticas podem ser agrupadas em duas categorias³²: uma crítica (i) *funcional*; e uma (ii) *metodológica*. Com relação à primeira crítica, o grande argumento que se levanta tem por base os riscos que poderia ter uma sobrevalorização do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais em detrimento de sua função defensiva, para a noção de separação de poderes. Isso porque, com o pretexto de *concretizar* a constituição nas diversas searas jurídicas, o aplicador do direito estaria “criando uma constituição” própria, com base em sua visão de quais seriam tais valores de hierarquia constitucional, definindo, assim, os diferentes ramos do direito.³³

Como resultado disso, o argumento mais relevante contrário à dimensão objetiva é aquele que preconiza que as competências constitucionais poderiam ser completamente suprimidas com o desenvolvimento experimentado pela teoria dos direitos fundamentais, ou seja, pela ampliação de sua função “clássica”. Nesse sentido, conclui-se que essa modificação na normatividade dos direitos poderia mesmo se

²⁸ Cf. BVerfGE 56, 54 [73].

²⁹ Sobre as diversas expressões empregadas pela doutrina e pela jurisprudência alemã para se referir ao conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, cf. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat* 29 (1990), p. 51.

³⁰ Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 78 e s.; Johannes Dietlein, *Die Lehre*, p. 51; e Jorge Reis Novais, *As restrições*, p. 88.

³¹ Para uma exposição sucinta das críticas mais comuns à teoria axiológica dos direitos fundamentais, cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, pp. 83 e ss.

³² Essa sistematização foi inspirada nos trabalhos de Robert Alexy (“Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 50) e Peter Unruh (*Zur Dogmatik*, p. 33).

³³ Cf. Horst Dreier, *Dimensionen*, pp. 17-21; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 53.

distanciar da real intenção do constituinte, representando uma alteração profunda da relação entre legislativo e judiciário. O fio condutor do argumento é que a legitimidade política (democrática) do parlamento no uso de suas prerrogativas e gozo de sua liberdade de conformação estaria, de maneira inaceitável, perdendo espaço para o desenvolvimento dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.³⁴

Por fim, o óbice metodológico põe em dúvida a própria *operacionalidade* do recurso à ideia de ordem ou sistema objetivo de valores. De acordo com essa crítica, o recurso à teoria axiológica dos direitos fundamentais, tachando-os de ordem *objetiva* de valores, seria vazio de conteúdo jurídico definido.³⁵ Dessa forma, poder-se-ia constatar a carência de racionalidade com relação ao problemático emprego da expressão ordem de “valores”, que impediria a justificação racional e objetiva das decisões judiciais. Ademais, a expressão *ordem hierárquica de valores*, pressupõe que, *a priori*, alguns valores seriam mais importantes que outros.³⁶ A dúvida estaria em como determinar essa hierarquização, bem como quem seria competente para tanto.

Alguns defensores da possibilidade de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais tentaram elaborar respostas a essas críticas. No que diz respeito à crítica de teoria constitucional, a reconfiguração da separação de poderes ao longo dos últimos 50 anos bastaria para demonstrar que o receio de conflito de atribuições entre os poderes seria infundado.³⁷ Além disso, o *parlamento* permaneceria intangível como o órgão constitucionalmente legitimado para, em princípio, concretizar os deveres de proteção por meio da edição de normas infraconstitucionais. Por outro lado, há quem argumente que a crítica metodológica também poderia ser superada, caso a teoria axiológica seja reformulada como *principiológica*, cuja operabilidade encontraria maior aceitação no meio jurídico.³⁸

³⁴ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, *Der Staat* 29 (1990), pp. 26 e 28 e ss.; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 36 e 54.

³⁵ No mesmo sentido, cf. Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht”, p. 185.

³⁶ Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 34 e s.

³⁷ Sobre a expansão da jurisdição constitucional, em suas atribuições e prerrogativas, cf. Paulo Bonavides, *Curso*, pp. 588-592; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 55.

³⁸ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 60 e ss. Na verdade, Robert Alexy reconhece que a teoria principiológica estaria mais relacionada à dimensão objetiva (teoria axiológica), em função da reformulação de interesses subjetivos em postulados ou valores que clamariam sua realização na maior medida possível (*Theorie*, pp. 125-134). Por fim, o autor afirma que princípios e valores são figuras distintas, apesar de conexas, sintetizando sua conclusão na seguinte constatação: “os princípios dizem o

A despeito dessas tentativas de contra-argumentar as críticas apresentadas, é possível concluir que lançar mão de construções extremamente controversas, como a teoria axiológica dos direitos fundamentais, pode acabar por trazer mais problemas que soluções para a questão específica da fundamentação dos deveres de proteção.³⁹

Nesse sentido, parece-me acertado o pensamento de Virgílio Afonso da Silva. O autor sustenta que, se a expansão da eficácia dos direitos fundamentais (e, por conseguinte, também da dimensão protetiva desses direitos) é um desdobramento lógico do direito à segurança já invocado desde as revoluções liberais do século XVIII, não é necessário lançar mão de uma fundamentação complexa e polêmica, tal como a teoria axiológica.⁴⁰ Essa concepção político-filosófica dos direitos fundamentais converge com a noção dogmática de direitos fundamentais como mandamentos de otimização, conforme exponho a seguir.

IV.1.2.3 Direitos fundamentais como mandamentos de otimização

Cumprе esclarecer inicialmente que, como o objeto do presente trabalho não é a distinção entre regras e princípios, procurei não me aprofundar muito no tema, valendo-me desses conceitos apenas no que possam ser pertinentes para o problema da fundamentação da função protetiva dos direitos fundamentais.⁴¹

Segundo Robert Alexy e autores que adotam essa teoria, as normas jurídicas podem ser caracterizadas como regras ou princípios.⁴² Essa tese tem como mérito principal o fato de reabilitar a operacionalidade da distinção entre essas duas categorias normativas ao rejeitar uma diferença baseada exclusivamente em um enfoque valorativo (“princípios são mais importantes que regras”) ou em um suposto grau de generalidade

que é *prima facie* devido, os valores, o que é bom *prima facie*.” Cf. “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 54 (tradução livre).

³⁹ Para uma defesa dos deveres de proteção como resultado direto e exclusivo do postulado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, apesar dos diversos óbices normalmente levantados contra essa opção dogmática, cf. Lars Peter Störrung, *Das Untermassverbot*, p. 37.

⁴⁰ *A constitucionalização*, p. 138.

⁴¹ Apenas a título exemplificativo, cabe salientar que a distinção entre princípios e regras, de acordo com os critérios adotados neste trabalho, ou seja, segundo a concepção de Robert Alexy, envolve outras considerações que não são pertinentes ao tema dos deveres de proteção. Um exemplo é a caracterização dos conflitos normativos e das diferentes soluções oferecidas em cada caso – parte essencial da proposta de Alexy para uma distinção estrutural entre as duas categorias (cf. *Theorie der Grundrechte*, pp. 77 e ss.). Assim, a caracterização de direitos fundamentais como princípios e, portanto, como um mandamento de otimização, que também justifica teleologicamente a função protetiva desses direitos em nada envolve os conflitos entre esses dois tipos normativos.

⁴² *Theorie der Grundrechte*, pp. 72 e ss.

(“princípios impõem deveres mais abstratos e genéricos do que as regras, que o fazem de maneira concreta”) – ambas classificadas pela literatura como “tese fraca ou débil”.⁴³

De acordo com essa teoria, a principal diferença entre princípios e regras residiria justamente no fato de se tratarem de tipos normativos com estruturas deônticas diversas. Nesse sentido, as regras seriam normas jurídicas que estabeleceriam direitos ou deveres jurídicos definitivos – ou seja, sempre que se verificar o preenchimento da hipótese normativa (suporte fático), a regra deve ser realizada por completo (consequência jurídica). Os princípios, por outro lado, instituem direitos e deveres cuja realização deve se dar na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Em outras palavras, os princípios seriam *mandamentos de otimização*.⁴⁴

Diante dessa caracterização das duas categorias normativas, alguns autores costumam identificar os direitos fundamentais com princípios.⁴⁵ Embora no bojo de declarações de direitos e liberdades fundamentais também haja normas caracterizáveis mais como regras do que como princípios⁴⁶, essa hipótese faz bastante sentido, principalmente quando se admite que, mesmo havendo a possibilidade de incompatibilidade entre direitos fundamentais, a solução para tais colisões não implica a exclusão de um desses direitos do ordenamento, tal como ocorre no conflito entre princípios – justamente em função de sua realização otimizada. Em sentido semelhante, Peter Unruh, conquanto não parta da distinção entre princípios e regras, defende que essa “expansão da eficácia dos direitos fundamentais” não é apenas possível e desejável, como também necessária.⁴⁷

Uma vez que os direitos fundamentais, no geral, são princípios jurídicos, ou seja, *mandamentos de otimização*, essa premissa implica que os direitos fundamentais devem ser realizados na maior medida possível. Isso significa que a expansão da eficácia dos direitos fundamentais – no sentido de que os bens jurídicos e valores que

⁴³ Nesse sentido, cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, p. 30 e s.

⁴⁴ Para uma explicação detalhada sobre o conceito de princípios jurídicos, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 e ss. No Brasil, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *RLAEC* 1 (2003), pp. 618-621; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 62 e s.

⁴⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, pp. 246 e s.

⁴⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras”, p. 618.

⁴⁷ *Zur Dogmatik*, p. 56.

eles expressam devem ser protegidos contra violações e ameaças de diversos tipos e provenientes de diferentes atores sociais – é uma implicação da caracterização desses direitos como princípios jurídicos.

Não por outra razão, alguns autores sustentam que a *teoria dos princípios* não possa ser considerada separadamente das funções dos direitos fundamentais.⁴⁸ Nesse sentido, as funcionalidades dos direitos fundamentais – ou seja, a função defensiva e a função protetiva – nada mais seriam do que um desdobramento de seu caráter mandamental, traço distintivo de sua normatividade. Assim, o dever de proteger os direitos fundamentais contra ataques perpetrados por outros particulares é fundamentado na própria noção de direito fundamental como mandamento de otimização, ou seja, proteger os direitos fundamentais também é uma forma de realizá-los na maior medida possível.⁴⁹

Apesar das críticas anteriormente discutidas à abordagem axiológica dos direitos fundamentais, Michael Doldorer insiste em estruturar seu trabalho sobre aquilo que ele chama de *conteúdos objetivos* dos direitos fundamentais a partir da tese axiológica – ou função axiológica dos direitos fundamentais, nas suas palavras –, extraíndo daí o que ele formula como sendo o *dever estatal geral de realização dos direitos fundamentais*.⁵⁰

Partindo dessa ideia, o autor também chega, tal como Alexy, ao princípio da *otimização* dos direitos fundamentais, no sentido de que este seria uma decorrência lógica do postulado anterior (dever geral de realização dos direitos fundamentais), enquanto um mandato a ser desempenhado pelo Poder Público como um todo.⁵¹ Essa fundamentação “alternativa”, embora não se assente em postulados de teoria geral do direito, à semelhança da tese proposta por Alexy e seus seguidores, acaba por alcançar o mesmo resultado aqui pretendido: fundamentar a necessidade de o Estado proteger os direitos fundamentais de violações originadas em outros atores sociais.⁵²

⁴⁸ Cf. Robert Alexy...; Johannes Dietlein, *Die Lehre*, p. 87 e ss.

⁴⁹ A extensão e a medida dessa possibilidade serão discutidas em tópico adiante (V.1.4, *infra*).

⁵⁰ Cf. *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 118 e ss.

⁵¹ *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 297.

⁵² Em outras palavras, Doldorer opta por caminho inverso do de Robert Alexy, que coloca sua definição de mandamentos de otimização e, portanto, de princípios jurídicos como um dos postulados de sua teoria geral do direito.

De certo modo, essa é a mesma justificativa oferecida por aqueles que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁵³ Nesse sentido, observa Virgílio Afonso da Silva aponta como uma das vantagens em partir da noção de mandamentos de otimização para fundamentar a eficácia horizontal o fato de esta eximir o modelo das críticas direcionadas à teoria axiológica dos direitos fundamentais. O mesmo autor observa que, de um modo geral, a tarefa de otimizar os direitos fundamentais acaba por resultar em uma espécie de dever ou direito à proteção.⁵⁴

Embora me pareça bastante consistente essa maneira de fundamentar a existência dos deveres de proteção dos direitos fundamentais com fulcro na teoria de que os princípios seriam mandamentos de otimização de bens e valores constitucionais (e que os direitos fundamentais seriam princípios jurídicos), ela não precisa ser encarada como única e autossuficiente. Isso porque ela não exclui outras formas de fundamentação da função protetiva, notadamente, aquelas provenientes do direito positivo, conforme procuro discutir no tópico a seguir.

IV.1.3 Fundamento positivo

A existência dos deveres de proteção também pode ser fundamentada no texto constitucional – o que procurei chamar, neste trabalho, de fundamento positivo. Diferentemente do caso alemão, em que a noção de proteção emerge do texto constitucional apenas quando trata da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 é relativamente mais pródiga em empregar a expressão “dever do Estado”, estipulando competências positivas para os poderes constituídos.

Aliado a isso, o art. 5º da CF, que trata da maior parte das liberdades fundamentais previstas na Constituição apresenta duas peculiaridades que também justificam um tratamento diferenciado do problema da fundamentação constitucional dos deveres de proteção no contexto brasileiro: a previsão de um direito fundamental à segurança (*caput*) e o dever estatal de punição, por meio da lei, de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI).

⁵³ Cf. *Direitos fundamentais*, pp. 246 e s.

⁵⁴ Cf. *A constitucionalização*, p. 146.

IV.1.3.1 A tese da literalidade

No caso brasileiro, a fundamentação dos deveres de proteção ganha outros contornos, que podem reduzir em muito o problema. Naquilo em que a Constituição alemã foi comedida, o constituinte brasileiro não procurou economizar: são inúmeros os casos em que o texto é expresso quanto à existência de um dever de que o Estado faça algo para realizar diversos direitos. E esses exemplos não se restringem apenas a uma prestação material. Em diversas passagens, a constituição faz menção explícita a um dever de legislar. Esse cuidado do constituinte em assegurar a proteção de direitos por meio da ação do Estado encontra seu ponto alto nas figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e, principalmente, no Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI).

Conforme discutido em tópico anterior, diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 instituem, face ao poder público, deveres expressos de proteção de bens jurídicos fundamentais. Exemplo de deveres de proteção seriam o dever estatal de proteger a *comunicação*, a liberdade de *informação* e o dever de proteger a *saúde*.⁵⁵

Não me parece suficiente, no entanto, reduzir os deveres de proteção somente àqueles expressos no texto constitucional, a que chamo de *tese da literalidade*. Para demonstrar a insuficiência disso, basta retomarmos o exemplo do prólogo deste trabalho. Ao contrário do que ocorre com a criação de grupos armados paramilitares (art. 5º, inc. XLIV), do crime de racismo (inc. XLII), de tortura, tráfico de entorpecentes e daqueles definidos como hediondos (inc. XLIII), não há um dever constitucional *expresso* à criminalização do homicídio, do peculato e do furto, por exemplo.⁵⁶ Isso, por si só, reinsere a Constituição Federal no debate sobre a fundamentação dos deveres de proteção.

Além disso, a discussão sobre o fundamento dos deveres de proteção, ao retornar para o plano dogmático-constitucional (e não apenas literal ou textual da

⁵⁵ Cf. Humberto Ávila, “Conflito entre o dever de proteção à saúde e o dever de proteção à liberdade de comunicação e informação no caso da propaganda comercial de tabaco. Exame de constitucionalidade da Lei n.º 9.294/96”, *RDA* 240 (2005), 329-356.

⁵⁶ Sobre outros *mandamentos de criminalização* expressos da Constituição Federal, cf. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Mandamentos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Constituição de 1988), também coloca um problema ligado ao alcance de sua *justiciabilidade*. Ainda que seja possível ancorar os deveres de proteção no texto constitucional (explícita ou implicitamente), nem sempre há a necessidade de intervenção do Estado em um conflito entre particulares. Dessa forma, a fundamentação dos deveres de proteção não pode se esquivar da necessária discussão sobre os limites do paternalismo estatal em casos nos quais os particulares entram em conflito. Tome-se o exemplo da legítima defesa em direito penal⁵⁷, ou mesmo da retenção pelo credor pignoratício do bem empenhado até o pagamento total da dívida⁵⁸. Nesses casos, ainda que excepcionais, a autotutela parece suficiente para não justificar a interferência do Poder Público no conflito.

O resultado dessas considerações é que a fundamentação dos deveres de proteção não pode se limitar à demonstração de que uma intervenção estatal é *possível*, mas também de que ela é *necessária*. Diversos elementos do caso concreto podem desempenhar papel central nisso, e.g., a assimetria entre as partes envolvidas no conflito, a existência de uma parte hipossuficiente e a impossibilidade (ou inexigibilidade) de que o particular solucione o conflito por seus próprios meios.

Acredito, com isso, ter demonstrado a insuficiência da tese da literalidade para esgotar a discussão acerca do problema da fundamentação dos deveres de proteção. Em primeiro lugar, porque ela não resolve todos os problemas ligados à dogmática dos deveres de proteção – por exemplo, em quais hipóteses o Estado tem a *faculdade* ou o *dever* de proteger determinado interesse particular. Além disso, a tese da literalidade se revela incompleta para explicar como se dá a atuação estatal na proteção de direitos fundamentais quando esse dever não é expresso no texto constitucional, mas está nele implícito. Essa última insuficiência se apresenta mais dramática, notadamente, nos casos envolvendo normas de direito penal.

IV.1.3.2 O caso brasileiro: direito à segurança e dever geral de proteção

O caso brasileiro é especialmente interessante se considerarmos algumas passagens do texto constitucional que parecem apontar para um dever estatal de proteger os direitos fundamentais dos ataques de outros indivíduos. Ao lado dos

⁵⁷ Art. 23, II, do Código Penal.

⁵⁸ Art. 1.433, II, e 1.434 do Código Civil.

dispositivos específicos mencionados no tópico anterior, merece especial atenção o dever genérico de proteção de bens jurídicos fundamentais que pode ser fundamentado por meio do direito à segurança previsto no artigo 5º, *caput*, CF.

No Brasil, a discussão acerca da fundamentação desses deveres pode, de certo modo, ser minimizada, em vista da previsão expressa de um *direito à segurança*, que admite uma série de conteúdos semânticos.⁵⁹ O primeiro desses conteúdos é uma espécie de direito subjetivo à atuação policial do Estado para proteção de direitos.⁶⁰ De modo geral, um direito a uma *ação policial* em sentido determinado costuma ser negado em vista da chamada cláusula de conveniência e oportunidade, referente à esfera discricionária de que a autoridade administrativa gozaria.⁶¹

Dessa forma, os óbices teórico-dogmáticos enfrentados pela doutrina estrangeira ao buscar fundamentar os deveres de proteção sob a égide de constituições silentes sobre o tema poderiam ser superados diante do inegável fato de que a Constituição Federal prevê a segurança dos indivíduos no exercício de seus direitos. No entanto, há que se atentar para outra dificuldade com relação à eficácia do direito à segurança, cuja efetivação dependeria, a princípio, da mediação legislativa. Acontece que a constituição é clara ao determinar, em seu artigo 5º, § 1º, a *aplicabilidade imediata* dos “direitos e garantias fundamentais”, o que, em tese, seria incompatível com a necessidade de concreção legislativa para que produzam efeitos. Todavia, como se pode depreender do próprio texto constitucional, parece que o constituinte demonstrou preocupação com a efetivação do direito à segurança, reconhecendo a necessidade da mediação legislativa.

O fato de que a efetivação desse direito demanda uma prestação normativa, no sentido de uma mediação legislativa fica mais evidente ao observarmos o inciso XLI do mesmo artigo 5º. De acordo com este preceito, “a lei punirá a discriminação e os atos atentatórios contra os direitos e liberdades fundamentais.” Para Wilson Steinmetz, é possível que os direitos fundamentais como direitos à proteção encontrem fundamento de validade (leia-se, de existência) no próprio texto constitucional. Nesse sentido, o

⁵⁹ No mesmo sentido, cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais*, pp. 136 e s.

⁶⁰ Nesse sentido, cf. Wolfgang Martens, “Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht”, *Die öffentliche Verwaltung* 14 (1976), p. 459; e Werner Henke, “Das subjektive öffentliche Recht”, p. 649 e s.

⁶¹ Cf. Gerold Buschlinger, “Der Anspruch”, p. 377.

autor também aponta para a disposição contida no art. 5º, inciso XLI da CF. Para ele, trata-se de “um mandado dirigido ao legislador para que atue normativamente na proteção de direitos fundamentais diante de discriminação atentatória praticada pelos poderes públicos e pelos particulares”.⁶²

Os anais da Assembleia Nacional Constituinte, no entanto, parecem apontar em direção contrária à interpretação extensiva que Steinmetz faz do referido inc. XLI. Em sua redação original, o dispositivo estabelecia que “a lei punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.⁶³ Não por outra razão, no texto constitucional aprovado em 1988, o inciso continue cercado por disposições relativas a direito penal e criminalização de condutas.

Além disso, referido dispositivo, originalmente, tinha o alcance bem mais reduzido do que aquele pretendido por Steinmetz. A chave para isso é o termo “discriminação” nele contido. De acordo com os debates registrados em ata, os constituintes estavam preocupados em atrelar o sentido do referido dispositivo ao direito à igualdade. Assim, a discriminação, no caso, teria sentido específico: tratamento não isonômico (discriminatório), com base em sexo, cor, idade, crença, etnia, etc.⁶⁴ Nesse sentido, anota José Afonso da Silva que a “discriminação condenada é a que se funda em preconceito negativo em virtude do qual os membros de um grupo são tratados como seres não já diferentes, mas inferiores”.⁶⁵

Na linha argumentativa traçada por Daniel Sarmento, o termo *discriminação*, como empregado pelo constituinte, não deve ser encarado em sentido estrito, qual seja, enquanto discriminação entre indivíduos com base em cor, credo, raça etc.⁶⁶. A razão disso é relativamente simples: a remissão à legislação infraconstitucional em relação à discriminação racial é feita em dispositivo constitucional específico, inclusive, prevendo-a na forma de crime (art. 5º, inc. XLII).

⁶² A vinculação, p. 129.

⁶³ Cf. Diário da Assembleia Nacional Constituinte nº 138, 03.09.1987, p. 500.

⁶⁴ Cf. Diário da Assembleia Nacional Constituinte nº 175, 02.02.1988, p. 88.

⁶⁵ *Comentário contextual à constituição*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142.

⁶⁶ Cf. “A dimensão”, p. 303.

Neste trabalho, procuro adotar a linha de Steinmetz e Sarmento. Assim, acredito que os deveres de proteção, decorrendo da concepção contratualista das funções do Estado e do modelo dogmático segundo o qual os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, também encontram fundamento expresso no texto da Constituição Federal de 1988, mais especificamente, no direito à segurança (art. 5º, *caput*) e no dever estatal de punir as violações aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

Superado o problema da fundamentação constitucional dos deveres de proteção, passo, no tópico seguinte, para a discussão acerca da definição de conteúdo da função protetiva.

IV.2 CONTEÚDO DA FUNÇÃO PROTETIVA

O problema do *conteúdo* da função protetiva levanta questões de três ordens: (i) qual a espécie de prestação estatal devida (seja material, seja normativa); (ii) qual o âmbito de aplicação da função protetiva; (iii) qual o tipo de vinculação normativa do Poder Público à função protetiva, ou seja, se os deveres de proteção são meros *deveres estatais objetivos* ou verdadeiros *direitos subjetivos* dos indivíduos.⁶⁷

A primeira dimensão do problema da definição do conteúdo da função protetiva – ou seja, determinar qual a espécie de prestação estatal devida – não interessa ao presente trabalho. Em primeiro lugar, porque a realização dessa funcionalidade pode assumir diversas formas (criação de órgãos, competências, prestações materiais, etc.), conforme se pode depreender da variedade de exemplos já discutidos neste trabalho. Não fosse por isso, o tipo de prestação estatal exigida para a proteção desses bens jurídicos decorre diretamente das particularidades de cada direito fundamental relacionado, o que retira a pertinência da discussão em um trabalho de dogmática geral desses direitos.

⁶⁷ No mesmo sentido, cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 191 e 228. O fundamento seria subjetivo quando remete às normas de direito fundamental em seu significado para o indivíduo, sua situação jurídica, interesse e liberdade. A dimensão objetiva, por sua vez, se assentaria sobre o significado dos direitos fundamentais para a coletividade, os interesses sociais comuns e bens jurídicos coletivos (Cf. Por exemplo, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência”, *RBCC* 47 (2004), pp. 86 e s.). Nesse sentido, há mesmo quem sugira substituir os termos por fundamentação *individual* e *coletiva* das normas direitos fundamentais. Cf. Robert Alexy, „Grundrechte als subjektive Rechte“, p. 59.

Como consequência dessas ponderações, procurei discutir, neste tópico, somente as dimensões *ii* e *iii* do problema da definição de um conteúdo para os deveres de proteção. Começo, a seguir, pela discussão das possibilidades de aplicação da tese dos deveres de proteção, ou seja, em quais casos faria algum sentido invocá-los para oferecer uma solução dogmática a um problema jurídico. Na sequência, procurei apresentar o debate acerca do caráter objetivo ou subjetivo da proteção – o que, em certa medida, também diz respeito às hipóteses de aplicação desta tese.

IV.2.1 Âmbito de aplicação da função protetiva

Como expliquei em tópico anterior (III.3), os deveres de proteção se voltam para o controle das omissões estatais envolvendo direitos fundamentais. Independente das possibilidades de controle judicial dessas omissões (ou seja, de que o Judiciário faça algo para saná-las), ainda é possível indicar, com auxílio dos deveres de proteção, os casos em que o Estado se omitiu de um dever de agir para proteger um direito. Em outras palavras, independentemente de poder ou não sanar tais omissões, o Judiciário deve, inicialmente, ser capaz de identificá-las. Para tanto, é necessário qualificar essa omissão, ou seja, apontar as hipóteses de aplicação da tese dos deveres de proteção. É isso que pretendo fazer no presente tópico.

IV.2.1.1 Conflitos entre particulares e proteção pela intervenção

No tocante à dimensão defensiva, os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre Poder Público e cidadãos. Colocado de forma simples, o conceito de direitos fundamentais é o de direitos do indivíduo que obrigam o Estado, numa relação vertical, portanto.⁶⁸ No caso dos deveres de proteção, a prestação estatal é devida no âmbito da relação triangular Estado-vítima-violador⁶⁹ ou poligonal, na expressão de alguns autores⁷⁰. De acordo com essa concepção, o preenchimento de um dever de proteção teria como pressuposto a alteração na posição jurídica de terceiros, cujo ato

⁶⁸ Cf., por todos, Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, p. 13.

⁶⁹ Nesse sentido, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 34 e s.; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 22. Sobre o entendimento de que esse modelo explicativo resultaria de posturas próprias da dogmática jurídica, cf. Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, *JZ* 12 (1990), p. 556.

⁷⁰ Também chamadas de relações multipolares. Nesse sentido, cf. Christian Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 258.

lesivo se busca interromper ou prevenir, daí porque o Estado guarda uma relação não somente com a vítima, mas também com o agressor.

Dito de outra maneira, a proteção desses direitos remeteria à tarefa estatal de criar condições para compatibilizar as esferas de direito dos indivíduos, uma vez que a própria constituição não oferece (nem deve oferecer!) soluções apriorísticas para limitar a arbitrariedade no exercício das liberdades fundamentais.⁷¹ Assim, a tarefa de coordenação dos titulares de direitos fundamentais que compete ao Estado pressupõe, na maioria das vezes, um avanço sobre posições jurídicas de terceiros, e, por força do *princípio da legalidade* (art. 5º, II, CF), esta tarefa competiria precipuamente ao legislador.⁷²

A fonte do perigo ou da agressão aos direitos fundamentais desempenha papel essencial nessa questão. Como as violações perpetradas pelo poder público já seriam abarcadas pela dimensão defensiva, os deveres de proteção teriam por objeto apenas agressões *não estatais* a posições jusfundamentais estabelecidas. Além disso, a fundamentação de um dever de proteção no caso concreto dependeria, na visão de alguns, da estipulação de um limite aceitável para a intensidade da agressão, ou seja, o estabelecimento de um momento a partir do qual surgiria a obrigação estatal de agir.⁷³

Ao tratar dos deveres de proteção, Wilson Steinmetz procura apontar para uma série de distinções entre essa figura dogmática e a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Embora reconheça certa “identidade de resultados” em ambos os casos, o autor sustenta que haveria duas diferenças fundamentais: (i) os deveres de proteção vinculam apenas o Estado, jamais os particulares; (ii) a eficácia horizontal lida com casos de *colisão* de direitos fundamentais dos indivíduos em conflito no caso concreto, ao passo que, no caso dos deveres de proteção, não há um direito fundamental do agressor à prática do ato que viola o direito fundamental da vítima.⁷⁴ Essa tese implica rejeitar a ideia de que os deveres de proteção têm aplicação em casos de conflito entre particulares e, por conseguinte, entre os direitos fundamentais desses indivíduos.

⁷¹ Em sentido semelhante, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 46 e s.

⁷² Nesse sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 20 e 23.

⁷³ Além disso, cabe lembrar que há quem sustente a existência de uma espécie de risco residual inevitável, seja por conta da ausência de recursos tecnológicos ou por conta da natureza do objeto com o qual se trabalha. Sobre a ideia de risco residual, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 41 e s.

⁷⁴ Cf. *A vinculação*, pp. 131 e s.

Conforme ressaltado anteriormente, essa posição não me parece a mais adequada. Embora não haja um direito fundamental do agressor à prática do ato lesivo, que se tem como ilegítimo, este agressor possui o direito fundamental (ao menos *prima facie*) à não intervenção estatal excessiva em seus demais direitos fundamentais – e.g., liberdade física, em caso de encarceramento, livre iniciativa, em caso de proibição de comercializar determinados produtos, e direito de propriedade, em caso de punição pecuniária –, mesmo que o propósito seja o de coibir a prática da lesão.

A ideia, aqui, é a de escalonamento da restrição aos direitos fundamentais do agressor e, por simetria, também do nível de proteção dispensado à vítima. Assim, o enfoque dos deveres de proteção não é o das relações privadas nas quais o particular exerce sua autonomia privada – que, como visto (II.2.3, *supra*), é o âmbito de aplicação da tese da eficácia horizontal –, mas nem por isso a situação deixa de se caracterizar como um conflito entre direitos fundamentais, como pretende Steinmetz.

Além disso, há pouco sentido em se afirmar que os direitos de proteção não se voltam para uma situação de conflito entre direitos fundamentais, pois o agressor não estaria agindo no âmbito de proteção de seu direito, uma vez que não haveria um “direito à agressão”. A agressão somente é entendida como tal e, portanto, tida como ilegítima, após a análise da situação concreta. Assim, *prima facie*, a conduta do agressor não é ilegal ou inconstitucional, mas apenas após a decisão de um poder competente que avalia a situação e julga como intolerável a conduta do particular.

Negar a existência de um conflito entre direitos é uma típica confusão entre premissa e conclusão – a segunda se antecipando à primeira. Transpondo esse raciocínio para a eficácia horizontal, também seria possível afirmar que não há um conflito entre direitos fundamentais nas relações privadas, pois sempre a conduta de uma das partes acabará sendo julgada ilegítima e, portanto, fora do âmbito de proteção do direito fundamental que, a princípio, lhe dava amparo. Assim, a visão de Steinmetz, segundo a qual os deveres de proteção não pressuporiam um conflito entre direitos fundamentais merece ser rejeitada.

Também como visto anteriormente (III.3), a proteção de um direito fundamental⁷⁵ não deve ser confundida com a realização desse direito. A diferença reside no fato de que a *realização* de um direito dificilmente pressupõe a existência de um conflito entre indivíduos, como no caso da *proteção*.⁷⁶ Desse modo, como venho ressaltando até aqui, a proteção implica, necessariamente, a intervenção do Poder Público em uma relação entre indivíduos, com a peculiaridade de que essa intervenção importa a restrição de direitos do agressor.

Não por outro motivo, alguns autores optam pelas expressões “proteção pela intervenção” ou “proteção pela restrição”.⁷⁷ Embora tenha reconhecido em decisões posteriores que a definição do tipo e da extensão da proteção deve ser feita individualmente (caso a caso) pelo legislador, o Tribunal Constitucional alemão, na decisão Aborto I, sustentou que, considerando as particularidades do caso, a única resposta estatal cabível para a agressão da gestante ou de terceiros à vida e integridade do nascituro seria de natureza penal.

Embora deva haver uma correspondência entre tutela penal e direitos fundamentais, grande parte da literatura produzida em dogmática penal apenas reconhece a relevância dos direitos fundamentais no controle de constitucionalidade da atuação legislativa que criminaliza condutas – a “opção” legislativa somente seria constitucional caso estivesse amparada na pretensão de tutelar um direito fundamental.⁷⁸

Essa perspectiva se assenta sobre duas premissas fundamentais. A primeira delas é admitir que o legislador tem uma discricionariedade limitada para criminalizar condutas. Isso significa que, caso decida editar uma lei criminalizando um determinado

⁷⁵ Ou, em outras palavras, de proteger o *exercício* de um direito fundamental. Aqui, a forma de expressar a ideia tem pouca relevância.

⁷⁶ Em sentido um pouco contrário, Doldorer chega a afirmar que a proteção (ou os deveres de proteção) são comandos especiais contidos no mandamento estatal de realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichungspflicht*), embora não decorra do princípio da *otimização*, mas, sim, na função axiológica (*Wertfunktion*) dos direitos fundamentais. Cf. *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp 307 e ss. Essa discussão, contudo, não interessa ao presente trabalho, bastando que se tenha claro que o ato de proteger não se confunde com o de realizar, ou seja, de fornecer condições formais e materiais para o exercício de um direito fundamental. De maneira semelhante, Störing também identifica *proteção* com *realização* de direitos fundamentais. Cf. *Das Untermassverbot*, p. 46.

⁷⁷ Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 80 e ss.; e Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 48.

⁷⁸ Cf., por todos, especialmente em razão de sua importância e influência sobre diversos autores, Claus Roxin, *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; e, do mesmo autor, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, Bd. I, 4. ed., München: C.H.Beck, 2006, § 2º, Rn. 42 e ss.

comportamento, o legislador precisa justificar sua opção ancorando-a no direito fundamental que pretende tutelar. Essa premissa, no entanto, não deixa claro se, ao decidir manter-se inerte, ou seja, ao não criminalizar uma conduta, o legislador também tem ou não o dever de fundamentar constitucionalmente essa opção.

A segunda premissa consiste em rejeitar, *a priori*, qualquer possibilidade de controle a inação do legislador no campo do direito penal. Embora, no presente trabalho, eu não pretenda me ater aos meios penais como forma de proteção de direitos, não acredito que essa hipótese – controlar a omissão legislativa em direito penal – seja irracional ou inconcebível, mesmo considerando-se a direção tomada pela dogmática moderna e o caráter subsidiário progressivamente assumido pelo direito penal na regulação das condutas em sociedade.⁷⁹

Nem sempre, contudo, o dever de proteção é preenchido por meio da criminalização de condutas. Muito pelo contrário, dado o caráter excepcional do Direito Penal (*ultima ratio*), apenas em situações determinadas o Estado lança mão da legislação criminal. Na maior parte dos casos, a proteção dos direitos fundamentais contra atos de terceiros é implementada via legislação privatista ou de caráter administrativo – neste último caso, consideram-se as leis que regulam estruturas institucionais e atribuem competências para o exercício do poder de polícia.

Tome-se um exemplo da chamada Lei Antifumo do Estado de São Paulo (Lei nº 13.541/09). Com o propósito de proteger a saúde e liberdade dos não fumantes, o legislador instituiu a proibição de fazer uso de produtos fumígenos em ambientes fechados de uso coletivo, públicos ou privados (art. 2º). As sanções, no caso, recaem sobre o estabelecimento, que pode ser multado ou até interditado. Nesse sentido, a função de fiscalização não cabe somente aos agentes estatais, também sendo delegada aos proprietários dos estabelecimentos que, pelo previsto na lei, podem inclusive valer-se de auxílio policial para retirar frequentadores que persistam em fumar (art. 3º).

⁷⁹ No mesmo sentido, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in: *Revista IBCCRIM* 47 (2004), pp. 71 e ss.; e, do mesmo autor, “Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”, in: Ruth Maria Chittó Gauer (org.), *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*, Porto Alegre: PUCRS, 2008. Para uma tentativa de compatibilizar o que chama de “garantismo penal” e a figura dos deveres de proteção, cf. Luciano Feldens, *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 72.

A proteção não se esgota, contudo, na edição de uma lei protetiva. Nesse sentido, alguns autores vão além, também sustentando que os deveres de proteção também incidiriam em caso de execução falha da lei protetiva (caso esta exista), caracterizando omissão do Executivo na prestação da proteção requerida.⁸⁰ Em sentido semelhante, os casos de direito administrativo em que se admite a responsabilidade extracontratual do Estado por atos de terceiro também pressupõe que o Poder Público se omitiu na posição de garante dos bens jurídicos fundamentais.⁸¹

Como visto alguns parágrafos acima, Steinmetz aponta que não o agressor não exerce direito algum, daí a diferença entre deveres de proteção (ato ilegítimo) e eficácia horizontal (colisão legítima entre direitos). No entanto, pelo discutido até aqui, outras são as características do conflito entre particulares para cuja solução os deveres de proteção podem ser utilizados. Essas características serão adotadas no presente trabalho como premissas para a definição da omissão estatal e das balizas que permitiriam o controle dessa omissão.

Essas premissas jurídicas podem ser divididas em duas perspectivas: (i) a do agressor e (ii) a da vítima.⁸² Do ponto de vista do agressor, pode-se dizer, em primeiro lugar, os direitos fundamentais de terceiros (vítimas) funcionam como limites às suas liberdades. Além disso, ao ser atingido pela medida estatal protetiva, o agressor opõe seus direitos fundamentais como garantias contra a atuação excessiva do Poder Público. Em outras palavras, as medidas adotadas para proteção da vítima não podem ser incompatíveis com os direitos de defesa do agressor. De acordo com Isensee, essas premissas acabam por tornar o conhecido princípio “*in dubio pro libertate*” nada mais que a expressão de mera retórica vazia de sentido.⁸³

⁸⁰ Cf. Michael Doldorer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 187.

⁸¹ Cf., a título exemplificativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 625; e acórdão do Superior Tribunal Federal, “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO DE TERCEIRO”, Rel. Cordeiro Guerra, in: *Revista de Direito Administrativo* 133 (1978): 199-202. Nesse sentido, a jurisprudência do STF e do STJ tem admitido a responsabilização do Estado quando caracterizada a culpa *in vigilando* ou a falha de serviço público, por exemplo, em casos de crimes praticados por detentos que se evadiram da prisão. Cf. RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe 20/04/2007; e REsp nº 1.056.605, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/03/2009 (morte por bala perdida).

⁸² No mesmo sentido, mas como uma formulação mais detalhada dessas perspectivas, cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 44-53.

⁸³ *Das Grundrecht*, pp. 47 e s. Para uma explicação sucinta do princípio, cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “O ônus da prova no *haberas corpus: in dubio pro libertate*”, in: Geraldo Prado e Diogo Malan (coords.), *Processo penal e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 230 e s.

Do ponto de vista da vítima, o *status* jurídico determina que a proteção não é uma opção, mas um dever do Estado. Há de se considerar, contudo, que a vítima também tem a liberdade de manifestar sua vontade de valer-se da proteção estatal, ou optar por correr riscos. Assim como no caso do agressor, essa escolha está protegida no âmbito geral de seu direito de defesa contra medidas estatais que restrinjam excessivamente suas liberdades.⁸⁴

Em alguns casos, no entanto, essa proteção pode ser “imposta” à vítima, mesmo contra a sua vontade. Assim, a exigência de uso de cinto de segurança ou uso de capacetes e instrumentos de proteção para realizar determinadas atividades pode se tornar medida imperativa para proteção da integridade física da potencial vítima contra atos de terceiros. A proteção de um indivíduo mesmo contra a sua vontade também pode se fundar em razões de diferentes ordens, que não apenas a de implementar um dever de proteção – e.g., imperativo de saúde pública, no caso do cinto de segurança, ou por razões de segurança nacional, no caso da fiscalização de mercadorias em alfândegas. Nessas hipóteses, embora a proteção se volte contra atos de terceiros, a adoção da medida restritiva atinge o próprio titular do direito a ser protegido – motivo pelo qual a medida deve ser justificada também da perspectiva dos direitos da própria vítima, de modo a não representar uma intervenção estatal excessiva em suas liberdades.

Por fim, também compõem o *status* jurídico da vítima a definição dos tipos de medida que ela pode pleitear do Poder Público, como, por exemplo, o gerenciamento de riscos e o dever público de aprimoramento da proteção – além de outros possíveis conteúdos para os deveres de proteção que serão discutidos nos tópicos seguintes. Ademais, a caracterização do status da vítima também passa pela discussão acerca da definição de sua relação com o Estado, ou seja, de quais pretensões ela pode dirigir a ele. A pergunta central, aqui é se a vítima teria um direito *subjetivo* à proteção – seja esta uma prestação material, seja uma legislação protetiva. Este problema será analisado separadamente, mais adiante (IV.2.2, *infra*).

IV.2.1.2 Gerenciamento de riscos e desenvolvimento tecnológico

Na decisão Aborto I, o Tribunal Constitucional alemão sustentou que o dever estatal de proteger os direitos fundamentais envolve a elaboração de um projeto

⁸⁴ Cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 49.

de proteção, no sentido de um conjunto de ações voltadas para a garantia do exercício de determinado direito mesmo diante das investidas de outro particular. Para tanto, prossegue o tribunal, “é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva”.⁸⁵

O mesmo tribunal julgou de maneira semelhante outros casos que envolviam ações de grupos terroristas, emissão de gases tóxicos e poluição sonora, segurança aérea, instalações destinadas à produção de energia a partir de materiais nucleares⁸⁶. Além disso, o Tribunal Constitucional espanhol também se deparou com situação semelhante ao decidir sobre a expulsão de um aluno de estabelecimento de ensino privado.⁸⁷

A despeito dessa lista de casos relativamente numerosa, não se pode apontar, *a priori*, quais os elementos relevantes que pudessem subsidiar um juízo sobre a probabilidade de que a ameaça aos direitos fundamentais se concretizasse ou a previsibilidade da natureza e extensão dos danos causados, justificando, no caso concreto, o dever estatal de agir.⁸⁸ Dessa forma, é complexa a tarefa de verificar a presença dos possíveis requisitos (necessários) que comprovem que o poder estatal haveria se omitido quanto à escolha de meios e instrumentos de proteção, ou que as regras instituídas ou as medidas escolhidas seriam manifestamente *inadequadas* ou completamente *insuficientes* para se atingir o alvo da proteção.⁸⁹

Independentemente disso, o que se pode concluir das decisões supracitadas é que a implementação dos deveres de proteção (ou seja, o seu conteúdo) consiste, em linhas gerais, na tarefa de gerenciar riscos de violação de direitos fundamentais por outros particulares. Para tanto, o Estado se vale de diversos meios à sua disposição,

⁸⁵ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 276.

⁸⁶ Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 57-61.

⁸⁷ Para uma descrição e análise do caso (STC 382/9650), cf. Alexei Julio Estrada, *La eficacia*, pp. 190 e ss.; e António Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 7. ed., Madrid: Tecnos, 1998, pp. 87 e s.

⁸⁸ Nesse caso, já foi sugerido suprir essa lacuna na dogmática jusfundamental por meio do “empréstimo” do conceito policial de *perigo*. Cf. Dietrich Murswiek, „Zur Bedeutung“, p. 193. Todavia, são evidentes as distinções metodológicas e funcionais entre a atividade do legislador e a atuação estatal de prevenção ou repressão de riscos (função administrativa). Mais especificamente, não compete ao legislador decidir sobre casos concretos individuais ou situações de emergência (suas decisões têm um caráter mais abstrato e genérico, bem como costuma produzir efeitos a longo prazo). Para uma explicação mais detalhada das razões de se rejeitar a aplicabilidade desse conceito à dogmática dos direitos fundamentais, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 77.

⁸⁹ Para uma análise do caso das armas químicas, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 58 e s.

notadamente, as estratégias típicas do aparato sancionatório, comum ao Direito Penal e ao Administrativo (poder de polícia).

Como se trata de uma política pública, a prestação de segurança (proteção) aos direitos fundamentais, a liberdade de conformação dos poderes competentes é ampla. As medidas podem ser agrupadas em duas categorias principais, a depender das especificidades do ramo do direito e dos instrumentos jurídicos à disposição do elaborador da política pública: ações de prevenção e de repressão.⁹⁰

Nesse sentido, observa o Tribunal Constitucional alemão, na decisão Aborto II, que “o Estado cumpre seu dever de tutela da vida humana intrauterina não somente quando ele obsta ataques provenientes de outras pessoas que a ameacem. Ele também deve enfrentar aqueles perigos atuais e previsíveis que se apresentarem para essa vida, encontrados nas condições de vida da mulher e da família, que agem contra a predisposição de dar à luz um filho”.⁹¹

Como se pode notar, a definição da estratégia de atuação depende, em grande medida, não apenas dos instrumentos jurídicos tradicionais (tipificação e sanção punitiva ou premial), mas também do desenvolvimento tecnológico.

IV.2.1.3 Dever de aprimoramento

De um lado, o estágio do desenvolvimento tecnológico e as possibilidades cognitivas que permitem a antecipação da ação estatal para coibir a violação a direitos fundamentais condicionam as possibilidades de resposta estatal. De outro, porém, também auxiliam no controle da atuação do Estado, no sentido de ser possível exigir, mesmo judicialmente⁹², que a modificação de uma política protetiva – quer porque a estratégia adotada se mostra defasada, quer porque, uma vez testada, a política apresentou deficiências.

A ideia, aqui, é de que haveria uma espécie de dever estatal de aprimoramento e experimentação dos meios de proteção. Tese semelhante emergiu

⁹⁰ Cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, p. 27; e Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover: s.e., 1993 (disponível em http://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/prof_dr_horst_dreier/schriftenverzeichnis, acessado em 13/01/2009), p. 47.

⁹¹ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 283.

⁹² Nesse sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 24.

também da decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre poluição sonora em aeroportos (cf. III.2.4, *supra*). Não me parece de todo irrazoável que, colocada em perspectiva temporal, a implementação de um dever de proteção possa sofrer alterações históricas, tornando defasado o nível de proteção oferecido aos indivíduos e, portanto, insuficiente em um segundo momento. Daí, a caracterização da omissão estatal se tornaria mais dinâmica, devendo acompanhar a evolução científico-tecnológica.

IV.2.1.4 Autolesão: proteção de bens jurídicos contra seus próprios titulares

Há autores que admitem a aplicação dos deveres de proteção aos casos em que o Estado tem o dever de proteger um bem jurídico de seu próprio titular, ou seja, casos em que a violação parte do próprio sujeito (autolesão ou autoagressão).⁹³ Assim, especialmente nos casos de proteção à saúde e à integridade física, também seriam hipóteses de aplicação dos deveres de proteção as regras de proibição de substâncias cancerígenas ou nocivas, por exemplo – mesmo que contrariamente à vontade do indivíduo que voluntariamente pretende fazer uso de tais produtos.

Discussões semelhantes são feitas nos casos de lesão com o consentimento da vítima. Nesse sentido, há quem propugne seja considerada a real manifestação de vontade da vítima que, a depender da intensidade da violação e da natureza do bem jurídico atacado, é livre para se sujeitar ao ato de violação. Nesse caso, pode-se falar que a vítima, tal como o agressor, também se valeu de sua liberdade genérica para agir.⁹⁴ Josef Isensee afirma que existiria, nessas hipóteses, uma espécie de direito de defesa da vítima contra uma proteção imposta.⁹⁵

Embora possa fazer algum sentido a tese segundo a qual o dever de proteção vincula a ação do Estado ao bem jurídico objeto da proteção, e não ao sujeito titular do referido – o que, nesse caso, permitiria ao Estado, comprometido exclusivamente com o bem protegido, controlar as escolhas do titular –, a tese dos deveres de proteção é tradicionalmente aplicada aos casos de conflito entre dois ou mais particulares. Em outras palavras, o contexto tradicional de aplicação desta tese é o de disputa entre

⁹³ Cf., por exemplo, Johannes Dietlein, *Die Lehre*, p. 223.

⁹⁴ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 224 e s.

⁹⁵ Cf. *Das Grundrecht*, p. 48.

titulares de direitos fundamentais, cada qual pretendendo a prevalência de seu direito sobre o do outro.

Vale ressaltar, ademais, que os deveres de proteção de fato suscitam um debate acerca dos limites do paternalismo estatal. Esse debate, contudo, não diz respeito ao poder estatal de determinação das escolhas do indivíduo, como nos casos clássicos de autolesão.⁹⁶ Aqui, o debate sobre paternalismo emerge da necessidade de se invocar o Estado para interferir em uma relação entre sujeitos privados, quando se poderia admitir a autotutela para a solução de problemas dessa ordem.⁹⁷

IV.2.1.5 Desastres naturais, caso fortuito e força maior

Pelos exemplos até aqui discutidos, pode-se reformular parte da tese dos deveres de proteção como o dever estatal de administrar riscos. Assim, o “plano estatal de proteção” a que o Tribunal Constitucional alemão fez referência na decisão Aborto I e II⁹⁸ é reflexo da ideia de que a proteção almejada para o exercício de um direito fundamental é essencialmente uma questão de reduzir o risco potencial de uma violação.

Colocada a questão nesses termos, é preciso lembrar que a natureza e abrangência dos potenciais riscos a que os deveres de proteção se dirigem, ainda é motivo de grande disputa. O núcleo da discussão é a pergunta se o Estado deveria se restringir a proteger os bens jurídicos diante de potenciais violações originadas em condutas de outros particulares, ou se a proteção também abarcaria eventos naturais – ao menos aqueles mais frequentes e com alto grau de previsibilidade, o que excluiria os casos fortuitos e imperativos de força maior.

⁹⁶ Os exemplos, aqui, são a proibição de consumo de entorpecentes, ou mesmo a necessidade de uso de equipamentos de segurança. Nesse sentido, cf. as questões propostas por David L. Shapiro, “Courts, legislature and paternalism”, in: *Virginia Law Review* 74 (1988), pp. 519 e ss.; e Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler, “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, in: *University of Chicago Law Review* 77 (2003), pp. 1153-1159. No campo penal, cf. Miguel Reale Júnior, “Paternalismo no Brasil”, in: *Revista Brasileira de Filosofia* 227 (2007), pp. 287-319; e, quanto à criminalização de drogas, Andrew von Hirsch, “Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?”, *Revista IBCCRIM* 67 (2007), pp. 25 e s.; e Luís Greco, “Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo”, *Revista IBCCRIM* 87 (2010), p. 100.

⁹⁷ No mesmo sentido, cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 267 e ss.

⁹⁸ Cf. III.2.2, *supra*.

Essa ideia é resultado de críticas segundo as quais a definição do conteúdo dos deveres de proteção é excessivamente restritiva. Esses autores argumentam que as violações aos deveres de proteção não seriam ocasionadas apenas pela atuação de outros sujeitos, uma vez que catástrofes naturais cujos resultados fossem evitáveis poderiam, sim, colocar desnecessariamente em perigo bens jurídicos como a vida, a integridade física e o patrimônio.⁹⁹

Igualmente, não se vislumbram quaisquer motivos para excluir da definição de deveres de proteção os riscos e perigos com causa em catástrofes e tragédias naturais – algo que se aproxima do conceito de perigo do direito policial e da ordem pública.¹⁰⁰ Ainda de acordo com esses autores, o fato de não se rejeitarem as forças naturais no âmbito de proteção desses deveres não significa contradizer a teoria tridimensional (triangular) da relação de direito fundamental, mas, sim, complementá-la, nos casos em que os deveres de proteção também deveriam ser invocados.¹⁰¹

No entanto, a maior parte dos autores e da jurisprudência considera que os deveres de proteção dos direitos fundamentais se dirigem, tão somente, aos riscos gerados por outros titulares de direitos fundamentais.¹⁰² Muito embora o Estado deva entrar em ação nessas ocasiões, também não me parece existir um dever especial de proteção, uma vez que, em tais casos, o poder público não exerceria sua função como “coordenador das esferas de liberdade individuais”, mas, sim, como mera autoridade detentora dos meios técnicos e materiais de defesa.¹⁰³

IV.2.1.5 Proteção de valores socialmente relevantes

Como visto anteriormente (IV.1.2.2, *supra*), a dimensão objetiva estipula que os direitos fundamentais devem ser protegidos como valores, que nem sempre corresponderiam a direitos subjetivos titularizados por dois ou mais indivíduos. De um lado, haveria um agressor que também é titular de direitos e liberdades fundamentais. De outro, apenas um interesse legítimo (e não um direito), que demandaria uma *proteção estatal*.

⁹⁹ Cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht“, p. 490.

¹⁰⁰ Cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, p. 228.

¹⁰¹ No mesmo sentido, cf. Gerhard Robbers, *Sicherheit*, p. 124; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 23

¹⁰² Cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 410.

¹⁰³ No mesmo sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 20.

Em outras palavras, não haveria um titular de direitos fundamentais que entraria em conflito com outro titular de direitos fundamentais, o que, eventualmente, poderia resultar na restrição das liberdades de um e/ou de outro. Essa conclusão resulta da negação de que o interesse legítimo I' de um indivíduo corresponda a um direito subjetivo D' do qual esse mesmo indivíduo seja o titular T' .

São múltiplas as razões que podem levar ao não reconhecimento de que um interesse legítimo que demanda proteção possa necessariamente implicar a existência de um *direito* a esse interesse. Um exemplo de caso em que a argumentação por meio dos deveres de proteção decorre da premissa de que não há um direito subjetivo titularizado por um indivíduo poderia ser o do discurso do ódio ou *hate speech*.

Aqui, muito mais do que o direito à dignidade da minoria atingida pelo discurso de incitação ao ódio, trata-se de preservar o princípio da isonomia de tratamento e evitar a desestruturação do ambiente democrático. Nesse sentido, é possível que se argumente que um dos postulados da democracia é justamente a necessidade de que os indivíduos sejam igualmente considerados, não apenas do ponto de vista formal, mas também material – o que não seria possível em um ambiente de hostilidade a determinados grupos.

Muitos autores alertam para os riscos de desagregação de uma organização política (como o Estado) ocasionados por discursos de ódio.¹⁰⁴ Assim, Ronald Dworkin, por exemplo, descreve um dos principais postulados da democracia o ideal de “igual consideração e respeito”, como uma das medidas capazes de fomentar a “filiação moral” dos indivíduos a uma comunidade política.¹⁰⁵

No plano hipotético, não é difícil imaginar que um tribunal constitucional como STF justifique uma decisão que limita o conteúdo de determinadas manifestações de incitação ao ódio contra um determinado grupo minoritário (por razões étnicas, de orientação sexual ou política), restringindo a liberdade de expressão desses manifestantes, não com base no direito à dignidade, honra e imagem do grupo alvo do protesto (art. 1º, III e art. 5º, X, da CF), mas como forma de realizar o dever de respeito

¹⁰⁴ Cf. Owen Fiss, *A ironia da liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43; e Joseph Raz, *La ética en el ámbito público*, Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 168 e s.

¹⁰⁵ “The partnership conception of democracy”, in *California Law Review* 86 (1998), pp. 453-458.

e preservação do ambiente democrático, expresso na ideia de “pluralismo” e de “promoção do bem estar de todos sem quaisquer formas de discriminação”, respectivamente fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil (art. 1º, V e art. 3º, IV, da CF).

Nesse caso, a linha argumentativa que costuma ser adotada é no sentido de abandonar a ênfase que se possa dar para as vítimas da referida discriminação, e se concentra sobre as bases e o fundamento próprios da democracia – isto é, um valor que não possui um titular específico e sequer pode ser tomado como um direito a ser realizado.¹⁰⁶ Aqui, a proteção do valor democracia poderia muito bem ser descrito com a estrutura de um dever de proteção, ainda que não decorrente de um direito fundamental, mas claramente inserido no contexto de um conflito envolvendo direitos fundamentais.

Exemplo parecido pode ser encontrado na ideia de “proteção ao meio ambiente”. Isso porque, do mesmo modo que proteger a vida do feto não implica que necessariamente haja um direito à vida do feto, proteger a flora e a fauna também não implica dizer que as plantas e animais possuem um “direito à vida”. Nesse sentido, a proteção ao meio-ambiente teria a estrutura de um dever de proteção de determinado valor (ecológico), em relação ao qual o Estado deve adotar uma postura ativa, ou seja, efetivamente tomar medidas positivas para implementá-lo.

Do mesmo modo, também teria a estrutura de um dever de proteção a escolha por preservar a parte hipossuficiente numa relação de consumo, ou mesmo quando o Poder Público protege o valor *concorrência*, enquanto medida necessária para manter os mercados “saudáveis” ou em “bom funcionamento”, por meio do direito antitruste.¹⁰⁷ Em sentido semelhante, ainda, é possível falar em proteção da vida do

¹⁰⁶ Em sentido contrário, fundamentando a necessidade de proibição do discurso do ódio na dignidade do grupo atingida, cf. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, São Paulo: RT, 2009, p. 125 e ss.

¹⁰⁷ Ainda que essa proteção seja comumente descrita como um *direito difuso e coletivo*, também pode ser formulada como um dever estatal com a estrutura de um dever de proteção. Isso poderia evitar, e.g., diversas “armadilhas lógicas” decorrentes do reconhecimento de que todos são titulares de um direito subjetivo a um meio-ambiente limpo e preservado. No limite, essa afirmação implicaria admitir, por exemplo, qualquer medida protetiva do meio-ambiente poderia ser requerida em juízo. O que não pode ser reconhecido como nem jurídica, nem faticamente possível. No mesmo sentido, com relação a exemplos de direito do consumidor e direito antitruste, cf. Leonardo Martins / Dimitri Dimoulis, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 124.

nascituro anencefálico e da integridade das células-tronco embrionárias que, conquanto não sejam entes titulares de direitos fundamentais, são valores que reclamam certo grau de proteção estatal contra ataques de terceiros – gestante e cientista, por exemplo –, conforme será visto adiante (V.3.1 e V.3.2, *infra*).

Note-se que, em todos os casos mencionados, muito embora a questão seja tratada como um conflito de direitos fundamentais – o que se justifica por haver ao menos uma esfera de liberdades individuais restringida –, não há necessariamente um direito e tampouco um titular determinado ou determinável que ocupe o polo oposto no conflito. O feto e as células-tronco embrionárias não são titulares de um direito à vida, a proibição de manifestações racistas e discriminatórias não tutela diretamente a honra e a imagem do grupo discriminado, mas, sim, um “princípio democrático”, e a proteção ao meio ambiente não implica que plantas e animais tenham um direito à vida.¹⁰⁸

Ainda que em alguns casos (como o do discurso do ódio) possa não existir uma previsão constitucional expressa, tais valores são legítimos e devem compor um dos polos no equacionamento de conflitos de interesse. Em todos esses casos, o Estado preencheu um *dever* de proteger determinados bens e valores (vida, natureza e democracia), o que se pode chamar de deveres de proteção.

IV.2.2 Dever de proteger ou direito à proteção?

Conforme salientado em diversas passagens deste trabalho, os deveres de proteção não encontram correspondência na estrutura tradicional dos direitos fundamentais. A distinção principal entre os tradicionais direitos de defesa e os deveres de proteção seria, em última análise, a maneira com que uma violação a cada um pode ser sanada. A inobservância de um dever de proteção configuraria uma omissão estatal e, por consequência, exigiria uma *prestação positiva* por parte do poder público.

Numa formulação genérica, o dever estatal consistiria no emprego dos meios materiais e jurídicos tão efetivos quanto possível, para alcançar o objetivo da

¹⁰⁸ Na linha do que sustentou o Tribunal Constitucional alemão nas decisões sobre o aborto (cf. III.2.2, *supra*), Robert Alexy também parece concordar que a vida do nascituro seria um valor *objetivo* (ou seja, sem um titular determinado) que deve ser protegido pelo Poder Público, e não um direito subjetivo. Por outro lado, Alexy também critica o fato de que, embora trate a questão como um valor objetivo que reclama proteção, o Tribunal Constitucional alemão por vezes utiliza, no texto da decisão, a expressão “direito à vida do nascituro”. Cf. *Theorie*, pp. 411 e s.

proteção.¹⁰⁹ Não fazendo parte da dimensão *subjetiva* (direitos de defesa), os deveres de proteção integram a dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais. Em sentido próximo, José Afonso da Silva, ao discorrer sobre posições jurídicas subjetivas e sua tipologia das normas constitucionais, sustenta a impossibilidade de que normas programáticas – que, de acordo com sua classificação, mais se assemelham aos deveres de proteção – “produzam direitos subjetivos em seu aspecto positivo”, ou seja, de permitir que se exija do Estado uma prestação positiva.¹¹⁰

O conteúdo jurídico-objetivo das normas definidoras de direitos fundamentais resulta de um princípio único: o Estado deve aos titulares desses direitos a disponibilização de condições fáticas e jurídicas, por meio das quais esses direitos possam ser exercidos.¹¹¹ Esse conteúdo objetivo dos direitos fundamentais tem origem na modelo axiológico expressamente adotado pelo Tribunal Constitucional alemão, conforme visto anteriormente (IV.1.2.2, *supra*). A partir da dimensão objetiva, os direitos fundamentais podem ser encarados como *normas de competência estatal positiva*, ou seja, fundamento para a instituição de *deveres estatais de proteção* ativa e realização dos valores ali consagrados, diante de ataques provenientes de terceiros.

No estágio atual da dogmática dos direitos fundamentais, ainda não está claro o que caracterizaria a normatividade da dimensão objetiva, ou seja, qual o tipo e o grau da proteção dispensada aos direitos fundamentais enquanto *normas objetivas*. Em função dessa indefinição, algumas questões podem ser levantadas: é possível existirem *deveres* estatais autônomos, que se sustentem por si só, sem a necessária correspondência a um *direito* (subjetivo) daqueles que se beneficiam da medida estatal protetiva? Os deveres de proteção seriam uma espécie de diretriz, de declarações de intenções do constituinte, que podem ou não serem seguidas pelo Estado (legislador), sem qualquer consequência?

A subjetivação da obrigação estatal de atuar em determinadas situações para garantir a proteção de bens jurídicos fundamentais é bastante debatida. O próprio Tribunal Constitucional alemão, em diversos casos nos quais afirmou estarem

¹⁰⁹ Cf. Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht”, p. 218.

¹¹⁰ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 178.

¹¹¹ No mesmo sentido, cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht”, pp. 491 e s.

envolvidos deveres de proteção, julgou recursos interpostos por indivíduos, reconhecendo, na prática, uma pretensão subjetiva à proteção.¹¹²

A pergunta central, aqui, é se os deveres de proteção constituiriam mera tarefa estatal jurídico-objetiva, ou se, em determinadas hipóteses, eles também fundamentariam direitos subjetivos. Em linhas gerais, esse *direito subjetivo* consistiria na pretensão, face ao Estado, de que se efetivem prestações positivas (executivas ou normativas), tendo por objeto a delimitação da esfera de liberdade de sujeitos de direito situados em um mesmo plano, bem como sua implementação e imposição.¹¹³

Cuida-se do direito cujo titular pode exigir do Estado uma proteção perante ataques de terceiros – sendo que o espectro de ações estatais que poderiam estar relacionadas é bastante amplo (desde medidas contra homicídio culposo, até riscos envolvendo o emprego pacífico de energia atômica).¹¹⁴ A dúvida, aqui, passa a residir na forma de fundamentação desses direitos *subjetivos*, que, em tese, não poderia se apoiar na dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais.

No entanto, é essa solução que, *contrario sensu*, o Tribunal Constitucional alemão acaba por adotar. Embora tenha sido muito criticada por isso, a corte daquele país extrai da própria noção jurídico-objetiva de sistema de valores, remetendo, para tanto, ao significado primário dos direitos fundamentais, pois se dirigem à defesa contra investidas estatais.¹¹⁵ Nesse sentido, a corte já sinalizou não encontrar qualquer tipo de atrito entre as duas dimensões, quando decidiu caso envolvendo a liberdade de manifestação do pensamento.¹¹⁶ Assim, o dispositivo constitucional relacionado ao tema da liberdade de expressão, por exemplo, comportaria tanto um conteúdo subjetivo,

¹¹² Cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 229 e ss.; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 33.

¹¹³ Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 64.

¹¹⁴ Nesse sentido, cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 410.

¹¹⁵ Há críticas com relação a essa postura não cautelosa do tribunal, acusado de fundamentar de modo insuficiente suas decisões, ao não explicar como extraiu, do caráter objetivo dos direitos fundamentais, os deveres de proteção formulados subjetivamente. Nesse sentido, cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 30 e s.; e Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 65 e 72. Este último, fala em mutação da dimensão objetiva em pretensão jurídico-subjetiva.

¹¹⁶ A decisão do corte constitucional alemã não está livre de críticas, mais especificamente, quanto à ausência de clareza na fundamentação do tipo de relação entre as duas dimensões. Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 33. Exemplo parecido é usado por Virgílio Afonso da Silva, para discutir se certos direitos poderiam fundar tanto a pretensão a uma abstenção do Estado, quanto a uma prestação estatal positiva (*A constitucionalização*, p. 77).

quanto objetivo, muito embora isso possa soar paradoxal.¹¹⁷ Como dito anteriormente, um dos pressupostos da dimensão objetiva é o enfoque *coletivo* dado aos direitos fundamentais.¹¹⁸ A premissa seria a de que não se pode falar em impacto somente individual, quando todos são atingidos na mesma medida. Isso não exclui a violação de direitos subjetivos dos indivíduos, haja vista que a observância do seu direito, juntamente com o de outros indivíduos, não altera o fato de que ele dispõe de um direito individual e procura exercê-lo naquele momento.¹¹⁹

A novidade está somente em se vislumbrar direitos subjetivos judicialmente oponíveis naquilo que antes se encarava como meros deveres de proteção, possibilitando aos indivíduos impetrar uma reclamação constitucional para tutela de seus interesses. Nesse sentido, o argumento mais importante seria aquele segundo o qual, uma vez que os direitos individuais são o próprio fundamento dos deveres de proteção, o *status* de direito subjetivo também se estenderia a esses deveres. Tendo em vista que os direitos individuais correspondem a determinadas posições jurídicas, devem eles também fundar pretensão à imposição dessas posições.¹²⁰

Como visto, os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva legitimam a atuação estatal, mesmo quando ela implique a restrição de direitos dos indivíduos. Isso pode significar que, no limite, o conteúdo do direito à proteção poderia fundamentar um direito subjetivo do indivíduo à restrição da liberdade de terceiro.¹²¹ A questão fica mais problemática se a função protetiva resultasse, como pretendem alguns, em *mandamentos de criminalização*.¹²²

A despeito de derivar da dimensão objetiva, a função protetiva também poderia fundamentar, na visão de alguns autores, um *direito subjetivo* dos indivíduos. Esse direito possibilitaria deduzir, face ao Estado, a pretensão de efetivação de

¹¹⁷ Nesse sentido, cf. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 57.

¹¹⁸ Item 3.2.3.4, *supra*.

¹¹⁹ Cf. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, pp. 62 e s.

¹²⁰ Mesmo no que tange à justiciabilidade desses direitos, Peter Unruh não vê motivos para rejeitar a subjetivação dos deveres de proteção. Cf. *Zur Dogmatik*, pp. 64 e s.

¹²¹ Cf. Horst Dreier, *Dimensionen*, p. 49; e Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, p. 551.

¹²² Cf. Luciano Feldens, *A constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e, do mesmo autor, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

prestações positivas (materiais ou normativas).¹²³ A despeito das diferenças entre as duas dimensões, há quem defenda a necessidade de se estabelecer uma espécie de *relação de preferência* entre elas, designada como *tese da subjetivação*.¹²⁴ Para Robert Alexy, a “ressubjetivação” dos deveres de proteção – pois surgiram da dimensão objetiva – não é apenas dogmaticamente possível, mas preferível.¹²⁵

Nesse sentido, Alexy e outros autores defendem a existência de uma espécie de presunção (superável) de que a vítima de uma agressão praticada por um particular teria um direito subjetivo à cessação da violação por meio de uma prestação positiva do Estado. Esses autores sustentam que existiria um tipo de presunção em favor da dimensão subjetiva (primazia desta sobre a objetiva). Dessa forma, aquele que nega a possibilidade de um direito subjetivo à proteção possuiria o ônus argumentativo de demonstrar que, tendo em vista os fatores do caso concreto, determinada norma somente teria condições de fundamentar um dever de natureza jurídico-objetiva (ou seja, a ausência de um direito individual subjetivo). Assim, toda obrigação estatal vinculante em relação aos direitos fundamentais (seja de caráter definitivo ou *prima facie*), deve corresponder, em princípio, a um direito na forma de direito subjetivo.

A tese da subjetivação teria por base duas razões principais: (i) uma de fundo *histórico*, atentando para o peso do caráter essencialmente *individualista* dos direitos fundamentais; (ii) e outra de ordem *estrutural*.¹²⁶ Da perspectiva histórica, a finalidade precípua dos direitos fundamentais seria a proteção do indivíduo, e não a garantia da ordem objetiva ou do *status quo* da coletividade. Assim, embora a dimensão objetiva constitua o principal recurso dogmático para a ampliação de sua eficácia normativa, eles não deixariam de ser direitos subjetivos concebidos como individuais. Isso porque os direitos fundamentais não se dissociariam facilmente de seu núcleo historicamente construído. Em outras palavras, o escopo dos direitos fundamentais apontaria para uma subjetivação.

¹²³ Para uma explicação sucinta, embora sem compartilhar dessa ideia, cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 64. O próprio Tribunal Constitucional alemão reconheceu em alguns a possibilidade de se justificar uma pretensão subjetiva à proteção. Cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 229 e ss.

¹²⁴ Cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht“, p. 493; e Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 61.

¹²⁵ *Theorie*, pp. 414 e ss.

¹²⁶ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 154 e s.; e Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 62.

A razão de ordem estrutural diz respeito ao *caráter principiológico* dos direitos fundamentais, conforme visto anteriormente (IV.1.2.3, *supra*). Enquanto princípios, os direitos fundamentais estipulariam fins, cujo grau de realização se impõe da maneira mais elevada possível, em vista das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Em outras palavras, os princípios jurídicos, e os direitos fundamentais, por conseguinte, poderiam ser definidos como *mandamentos de otimização*, ou deveres *prima facie*.¹²⁷

Nesse sentido, Robert Alexy afirma que a subjetivação dos deveres de proteção importaria um acréscimo no seu potencial de realização, mais eficaz que a mera instituição de obrigações objetivas de igual conteúdo. Assim, um *dever objetivo de proteção* representaria menos que um direito de proteção de conteúdo semelhante. Isso excluiria, portanto, a possibilidade de redução dos direitos fundamentais, exclusivamente, a meros interesses fundamentais indeterminados, carentes de concreção maior, ou mesmo de direitos reflexos.¹²⁸

Enquanto princípios, os direitos fundamentais estipulariam fins, cujo grau de realização se impõe da maneira mais elevada possível, em vista das condições fáticas e jurídicas do caso concreto – podendo ser definidos como *mandamentos de otimização*, ou deveres *prima facie*. Segundo Virgílio Afonso da Silva, um elemento do postulado da otimização da eficácia dos direitos fundamentais (e, portanto, também aplicável à sua função protetiva) seria, justamente, a subjetivação dos deveres estatais de proteção.¹²⁹

A afirmação de Virgílio Afonso da Silva também parece favorável à presunção em favor da subjetivação, que deveria ser encarada como decorrência inevitável do *postulado da otimização*, na linha proposta por Robert Alexy e Peter

¹²⁷ Para uma explicação detalhada sobre o conceito de princípios jurídicos, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 e ss. No Brasil, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *RLAEC* 1 (2003), pp. 618-621; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 62 e s.

¹²⁸ “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 63

¹²⁹ Cf. *A constitucionalização*, pp. 146 e s. Nesse sentido, a subjetivação dos deveres de proteção importaria um acréscimo no seu potencial de realização, mais eficaz que a mera instituição de obrigações objetivas. Cf. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 63. A corte constitucional alemã já decidiu que a liberdade de expressão, por exemplo, comportaria tanto um conteúdo subjetivo, quanto objetivo, muito embora isso possa soar paradoxal. Nesse sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 33; e Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 57. Exemplo parecido é usado por Virgílio Afonso da Silva, para discutir se certos direitos poderiam fundar tanto a pretensão a uma abstenção do Estado, quanto a uma prestação estatal positiva (*A constitucionalização*, p. 77).

Unruh.¹³⁰ Desse modo, a *subjetivação* deveria ser encarada como decorrência inevitável da assunção da teoria dos princípios como ponto de partida dogmático, uma vez que os deveres de proteção, ao serem fundados nos próprios direitos fundamentais, também compartilhariam, ainda que parcialmente, do *postulado da otimização*.¹³¹

Nesse sentido, a premissa segundo a qual os direitos fundamentais teriam, em sua maioria, *caráter principiológico* tanto constituiria o fundamento da *função protetiva* dos direitos fundamentais, como possuiria reflexos na discussão acerca da plausibilidade de se sustentar que os deveres de proteção possam ser (re)subjetivados, passando a serem encarados como *direitos* à proteção.¹³² Dito de outra forma, a subjetivação da função protetiva fomentaria a realização máxima dos direitos fundamentais, atendendo aos preceitos de seu caráter principiológico.

A tese da subjetivação, contudo, não é aceita de maneira unânime pela doutrina. Assim, há autores, dentre os quais se destaca Christian Starck, que dificilmente acreditariam ser possível justificar um *direito* à proteção, e concluem que os deveres de proteção possuem muito mais a estrutura de um objetivo estatal genérico de pacificação social.¹³³ Não estaria claro, segundo essa linha, por que a dimensão objetiva, enquanto contraposta à clássica função dos direitos fundamentais poderia (ou deveria) retornar ao caráter subjetivo.

Em outras palavras, por que razão resultaria da dimensão objetiva, novamente, o caráter subjetivo da função clássica?¹³⁴ Starck conclui que os deveres de proteção constituiriam muito mais um objetivo estatal, categoria pressuposta à própria constituição, ainda que esse enfoque não elimine o risco de que os direitos fundamentais

¹³⁰ Sobre a posição do segundo, cf. *Zur Dogmatik*, pp. 62 e s.

¹³¹ Segundo estes autores, a teoria axiológica poderia ser reformulada em termos principiológicos, de sorte que, inversamente, o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais acabaria por decorrer de seu próprio conteúdo jurídico-objetivo. Cf. Hans-Hugo Klein, „Die grundrechtliche Schutzpflicht“, p. 493; e Robert Alexy, „Grundrechte als subjektive Rechte“, p. 61; e, do mesmo, *Theorie*, p. 414.

¹³² De acordo com Robert Alexy, a extração de direitos à proteção poderia ser feita mediante o que ele chama de abstração tripla. Cf. „Grundrechte als subjektive Rechte“, pp. 57 e s.; e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 108.

¹³³ Para os argumentos, cf., por todos, Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 57.

¹³⁴ Nesse sentido, cf. Josef Isensee, „Das Grundrecht als Abwehrrecht“, p. 239; Gerhard Robbers, *Sicherheit*, p. 122; e Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 72 e s.

possam ser considerados, enquanto deveres de proteção, meros princípios ou programas estatais, não dotados de qualquer valor jurídico.¹³⁵

Além disso, outro argumento contrário à subjetivação seria de natureza funcional, haja vista que o reconhecimento da possibilidade postulatória do cumprimento dos deveres de proteção perante órgãos do Poder Judiciário poderia reduzir drasticamente a esfera de competências do parlamento legitimamente eleito.¹³⁶ Assim, o sentido e significado originários da dimensão objetiva, como reforço da garantia de uma esfera de liberdade mínima do cidadão, estariam, com isso, desvirtuados.¹³⁷

A pergunta que se coloca é a seguinte: qual a implicação da distinção entre direito subjetivo e dever objetivo para efetivação da função protetiva dos direitos fundamentais por meio dos tribunais? Diante da indefinição do tipo de vinculação jurídica do Estado a um dever objetivo de fazer algo, essa pergunta pode ser respondida – ao menos parcialmente – por meio da definição de direito *subjetivo*. Assim, por oposição ao significado de direito subjetivo, pode-se tentar entender o que seria um dever objetivo.¹³⁸

Para José Afonso da Silva, direito subjetivo é uma posição jurídica “que lhes possibilita realizar certos interesses juridicamente protegidos”.¹³⁹ Ainda que o autor não fale expressamente em tutela jurisdicional, é possível extrair dessa definição relativamente singela que o cerne do conceito é a proteção jurídica de um interesse, ou seja, a tutela estatal de um interesse tido como legítimo.

Wilhelm Henke, por outro lado, aponta para a circularidade de uma definição conceitual nesses moldes, pois ter um direito subjetivo implicaria ter a faculdade de tutela judicial e a faculdade de tutelar judicialmente um interesse estaria

¹³⁵ *Praxis der Verfassung*, p. 58.

¹³⁶ Determinante, para esta crítica, é o receio de que a democracia migre de um *Estado das leis* para um *Estado da jurisdição*. Cf. Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, p. 557.

¹³⁷ Cf. Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p. 493.

¹³⁸ Embora esta discussão se assemelhe à distinção entre direito *objetivo* e *subjetivo*, já tradicional na dogmática do direito civil e teoria geral do direito (cf. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 10. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2005, pp. 23 e ss.), não me ocupei desse tipo de literatura no presente trabalho, tendo optado por utilizar apenas literatura especializada em dogmática dos direitos fundamentais.

¹³⁹ *Aplicabilidade*, p. 170.

fundada, por sua vez, na existência de um direito subjetivo.¹⁴⁰ Segundo o autor, essa definição é excessivamente atrelada a uma perspectiva jurídico-processual, razão pela qual propõe um conceito material de direito subjetivo: *pretensão jurídica* – diversa da noção processual de *actio*, pois esta nada mais é do que uma consequência daquela, ou seja, a faculdade de tutela judicial deve ser entendida como um desdobramento da pretensão jurídica.¹⁴¹

Independentemente de ser elemento definidor ou consequência secundária de um conceito material, parece-me que a possibilidade de tutela estatal ocupa papel central na noção de direito subjetivo. Nesse sentido, acredito que, sendo esta tutela estatal primordialmente judicial¹⁴², dois tipos de problema podem ser colocados: um primeiro de (i) acesso ao Judiciário; outro de (ii) justiciabilidade ou sindicabilidade da pretensão a ser tutelada. A tese da subjetivação dos deveres de proteção, conforme vista acima, parece se ocupar apenas do primeiro problema, ou seja, a de que a existência de um direito subjetivo é apenas uma forma de assegurar a seu titular acesso ao Judiciário.¹⁴³

Se a diferença entre um direito *subjetivo* e um dever *objetivo* de proteção é apenas permitir um acesso do titular do direito subjetivo violado ao Judiciário, esse debate deixa de ter relevância para o caso brasileiro. Paulo Bonavides observa que “(...) a ação direta de inconstitucionalidade (...) representa um importantíssimo mecanismo de proteção da Carta Magna, mas volvido tão somente para a tutela do direito objetivo, mediante o exame, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”.¹⁴⁴ O autor parece corroborar, aqui, com a ideia segundo a qual o direito subjetivo é apenas uma garantia de acesso do respectivo titular ao controle de constitucionalidade, o que não teria sentido no caso Brasil, pois o controle se dá da perspectiva *objetiva*, ou seja,

¹⁴⁰ *Das Subjektive Öffentliche Recht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 1968, p. 4.

¹⁴¹ *Das Subjektive*, pp. 55 e ss.

¹⁴² Esta tutela, no entanto, não é exclusivamente judicial, podendo partir do próprio legislador, ao conferir maiores instrumentos de proteção ao interesse tutelado ou mesmo da própria administração, como reconhece Wilhelm Henke. Cf. *Das Subjektive*, pp. 130 e ss.

¹⁴³ Nesse sentido, afirma Peter Unruh que, “como os deveres de proteção são preponderantemente tutelados via reclamação constitucional, haveria do ponto de vista processual uma suposição de que cresceria o número de processos com a subjetivação dos deveres de proteção.” Cf. *Zur Dogmatik*, p. 65. Para um enfoque processual do problema, cf. também Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, *DVBl.* 109 (1994), p. 493; e Wolf-Rüdiger Schenke, „Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen“, *VerwArch* 82 (1991), pp. 333 e s.

¹⁴⁴ *Curso*, p.332

de agentes que provocam o STF a examinar, em tese, a compatibilidade das normas com a constituição. No limite, isso implica afirmar que a existência de um direito subjetivo somente é relevante para o controle *concreto* ou *incidental* de constitucionalidade e não para o abstrato.

Esse tipo de discussão pode fazer certo sentido em diversos em diversos países cujo modelo normativo admite apenas o controle incidental de constitucionalidade¹⁴⁵, ou seja, no qual o postulante deve, necessariamente, ser beneficiário direto da decisão. Não me parece ser esse o caso brasileiro, em que o controle de constitucionalidade admite a diversos agentes o acesso ao Judiciário para tutela de interesses de terceiros.

Isso não ocorre somente no caso das ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que os agentes com legitimidade ativa dita *universal* para acessar o STF não precisam demonstrar que postulam em interesse próprio.¹⁴⁶ Assim, a constituição brasileira também assegurou uma ampla liberdade de atuação, por exemplo, ao Ministério Público (art. 129, CF). O resultado disso é que, se o fundamento da distinção entre direitos subjetivos e deveres objetivos é que, apenas no primeiro caso, o titular do direito tem acesso garantido ao controle de constitucionalidade, no Brasil, a necessidade de se instituir uma espécie de presunção em favor dos direitos (e não dos deveres) de proteção perde um pouco a força.¹⁴⁷

O debate acerca da distinção entre direito objetivo e subjetivo, no entanto, não me parece produtivo se realizado nesses termos. A principal razão disso é que reduzir a tese da subjetivação da função protetiva dos direitos fundamentais a uma mera

¹⁴⁵ De acordo com esse modelo de controle, também praticado no Brasil, a questão da constitucionalidade torna-se secundária ou acessória, cuja admissibilidade está sujeita à demonstração de que a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo tem impacto direto na solução de um caso ou problema concreto envolvendo duas ou mais partes.

¹⁴⁶ Os legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e demais ações de controle concentrado (ADC, ADO e ADPF) estão previstos no art. 103 da CF e nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99. No caso das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, contudo, essa legitimação não ampla, pois o STF entende que o postulante deve demonstrar pertinência temática da sua finalidade institucional com a matéria da demanda proposta. Do mesmo modo, Governadores de Estado e Mesas das respectivas Assembleias Legislativas também têm que demonstrar interesse na matéria. Aqui, há quem distingue todos os legitimados em razão da pertinência temática *absoluta* e *relativa*. Cf. Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137.

¹⁴⁷ Gilmar Mendes observa que “(...) de uma perspectiva rigorosamente prática, pode-se afirmar que dificilmente alguma questão constitucional relevante deixará de ser suscitada por um desses órgãos ou entes legitimados.” Cf. *Jurisdição Constitucional*, p. 148.

questão de acesso ao Judiciário não resolve seu principal problema: a definição do papel do Judiciário na efetivação dos deveres de proteção, uma vez que a subjetivação não garante uma justiciabilidade automática dos deveres de proteção.

O segundo problema suscitado pela definição de direito subjetivo diz respeito às possibilidades de interferência do Poder Judiciário na efetivação dos deveres de proteção. Isso leva ao terceiro problema da *justiciabilidade* desses deveres. A resposta a essa questão é determinante para a superação da dicotomia que opõe direito *subjetivo* a dever *objetivo*.

Para definir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Robert Alexy propõe uma moldura conceitual composta de três níveis: tratar-se-ia de normas vinculantes, que ora podem estipular (i) deveres definitivos ou deveres *prima facie*, ora poderiam conter (ii) direitos, ora simplesmente (iii) obrigar seus destinatários.¹⁴⁸ Uma norma jurídica obriga *objetivamente* um sujeito ao fundar deveres que não se constituem em relação a outro sujeito de direitos. Assim, as normas de direitos fundamentais somente obrigam de maneira objetiva o Estado quando não garantem ao beneficiário da obrigação um direito fundamental subjetivo a ela.

Assim, a dimensão objetiva pode ser caracterizada por não conferir qualquer posição subjetiva aos titulares dos direitos fundamentais. Isso permite duas considerações. Em primeiro lugar, esta dimensão admite exclusivamente normas no sentido objetivo, em separação estrita da dimensão subjetiva. Além disso, a dimensão objetiva exclui, portanto, qualquer aspecto subjetivo em uma norma.¹⁴⁹ Concluindo, a distinção entre as dimensões é uma distinção entre normas de direitos fundamentais, que ou pertencem à uma classe constituída exclusivamente de normas objetivas ou que integram o grupo das que garantem direitos subjetivos aos beneficiários.

Alexy defende que todo direito corresponde a um dever do destinatário, mas a recíproca nem sempre seria verdadeira. A dimensão objetiva pode ser caracterizada

¹⁴⁸ “Grundrechte als subjektive Rechte”, p. 51. Ao chamá-las de *normas vinculantes*, ele rejeita a ideia, comum no início do século passado, de que dispositivos constitucionais passem a ser encaradas como meros princípios, espécie de “declaração de intenções” do constituinte, programa estatal sem qualquer vinculação. Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, p. 77.

¹⁴⁹ Segundo Alexy, isso somente é possível, pois todo direito subjetivo é equivalente a uma obrigação relacionada. Cf. “Zur Struktur”, p. 52.

por não conferir qualquer posição subjetiva aos titulares dos respectivos direitos fundamentais. Assim, obrigar objetivamente o Estado significa impor-lhe um dever, sem que a ele corresponda, necessariamente, um direito subjetivo do indivíduo.¹⁵⁰

De maneira similar, como será visto nos tópicos seguintes, acredito que a justiciabilidade dos deveres de proteção não é algo estanque e previamente definida. Assim, essa justiciabilidade pode ser variável, a depender de uma série de condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Se essas condições legitimam uma justiciabilidade maior, isso significa que a função protetiva, no caso, se aproxima de um *direito* da vítima a determinado tipo de ação estatal e não de um simples dever estatal de realizar algo. A imagem abaixo ilustra graficamente essa ideia:

Enquanto dever genérico, a função protetiva tem um conteúdo prestacional multiplamente realizável que reduz as possibilidades de justiciabilidade, especialmente em razão da natureza disjuntiva da prestação a ela inerente. Em outras palavras, não haveria direito subjetivo com estrutura disjuntiva. Por outro lado, a função protetiva se aproxima de um direito subjetivo quando seu conteúdo é determinado ou determinável, o que implica uma reduzida esfera de discricionariedade do legislador e do gestor público, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de justiciabilidade.¹⁵¹

Nesse sentido, acredito que seja difícil falar em uma espécie de relação de preferência do direito *subjetivo* sobre o dever *objetivo*. Em outras palavras, se a função

¹⁵⁰ O autor também procura inserir essa dicotomia entre direitos e deveres na tipologia por ele concebida que distingue normas jurídicas em regras e princípios. Dessa perspectiva, dentre os diversos tipos de normas de direitos fundamentais, ele vislumbra apenas duas pertencentes à dimensão objetiva: normas vinculantes meramente objetivas que fundam deveres definitivos (regras); e normas vinculantes meramente objetivas que fundam deveres *prima facie* (caráter principiológico). Cf. “Zur Struktur”, p. 54.

¹⁵¹ Nesse último caso, a estreita margem de conformação assegurada ao legislador poderia mesmo autorizar o Judiciário a indicar a adoção de uma medida específica para sanar a omissão considerada inconstitucional.

protetiva se concretiza como direito ou dever depende dos fatores que influem sobre o caso concreto.¹⁵² Esses fatores serão discutidos mais adiante (V.1, *infra*).

Ressalte-se, por fim, que este raciocínio não pode ser aplicado para os casos de dever de proteção de um *valor objetivo* (e.g., proteção ao nascituro, às células-tronco embrionárias, ao meio ambiente e casos de discurso do ódio). A razão para isso é óbvia: em nenhum desses casos a proteção reclamada do Estado pode ser descrita como um direito subjetivo. De qualquer forma, a discussão abaixo sobre os elementos que permitiriam o controle judicial da omissão estatal também se aplicam a tais casos, ainda que a maior ou menor justiciabilidade não decorra necessariamente do fato de se estar diante de um direito ou de um dever.

IV.3 ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO: CONJUNTIVA *VERSUS* DISJUNTIVA

Como visto no tópico acima, costuma-se associar a ideia de justiciabilidade apenas à possibilidade de ingressar em juízo para pleitear a realização de uma pretensão, tendo como causa de pedir a violação a um direito fundamental. No entanto, a questão da justiciabilidade não deve ser vista, necessariamente, como sinônimo de mero acesso à justiça.

A justiciabilidade envolve questão mais complexa, relativa à permeabilidade dos deveres de proteção ao controle judicial, ou seja, à exigibilidade judicial da proteção, o que nos leva ao problema estrutural dos deveres de proteção. Assim, *justiciabilidade* é entendida, no âmbito deste trabalho, não só como a possibilidade de que a questão dos deveres de proteção venha a ser examinada pelo Judiciário, mas também (e principalmente) se e como ele pode buscar a satisfação da função protetiva.

O debate em torno da estrutura da *função protetiva* dos direitos fundamentais também é um debate sobre sua justiciabilidade. A depender da definição da estrutura dos deveres de proteção, tem-se uma resposta diferente às perguntas *se* e *como* o judiciário tem condições de controlar as omissões estatais. Para Robert Alexy, o problema central da *estrutura* da função protetiva dos direitos fundamentais pode ser

¹⁵² Ulrich Vosgerau, por exemplo, procura lidar com a função protetiva evitando as armadilhas da dicotomia direito subjetivo vs. Dever objetivo. Cf. “Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen”, AöR 133 (2008), pp. 385 e ss.

resumido numa palavra: *alternatividade*.¹⁵³ Não raro, a prestação estatal positiva, necessária para a garantia da função protetiva, pode se dar de várias maneiras distintas. Assim, inevitavelmente uma escolha deve ser feita dentre várias *alternativas* que igualmente implicariam a realização do grau de proteção devido.

No caso dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, essa justiciabilidade seria menos problemática, pois pressupõe uma dada situação em que uma medida estatal (entendida em sentido amplo) *já existe*. Nessa hipótese, a determinação da conduta estatal devida é condicionada pela existência de uma ação estatal prévia, que, caso considerada constitucional, deve ser *mantida*; caso julgada inconstitucional, por violar um direito fundamental, e.g., deve *cessar*. O resultado seria que os direitos de defesa apresentariam uma estrutura *conjuntiva*, já que o ato estatal tido como inconstitucional possui um *oposto definido* – reclama uma abstenção estatal, ou seja, a medida estatal ou conduta privada¹⁵⁴ que viola os direitos fundamentais deve ser interrompida.¹⁵⁵

Ainda de acordo com Alexy, os deveres de proteção teriam uma estrutura *alternativa* ou *disjuntiva*, pois uma omissão estatal não apresenta um oposto definido, mas, sim, diversas alternativas possíveis para o preenchimento (realização) do dever em questão. Em outras palavras, para proteger determinado bem, podem ser igualmente eficazes as medidas *x*, *y* e *z*, sem que se possa apontar qual delas deve ser necessariamente adotada no caso concreto.¹⁵⁶ Dessa forma, “um ato estatal inconstitucional possui um *oposto definido*, já a estrutura alternativa implica que uma omissão estatal não apresente um oposto definido, mas, sim, diversas alternativas possíveis”.¹⁵⁷

Essa estrutura disjuntiva, contudo, não implica que sempre se estará diante de múltiplas alternativas igualmente eficazes, diante das quais o Poder Público gozaria de ampla margem de discricionariedade para optar por uma ou por outra medida. Há

¹⁵³ Cf. *Theorie*, p. 420.

¹⁵⁴ No caso a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre particulares, conforme esclarecido anteriormente. Cf. II.2.3, *supra*.

¹⁵⁵ Cf. *Theorie*, pp. 421 e ss.

¹⁵⁶ Pode ser, no entanto, que, em casos excepcionais, a medida protetiva eficaz se revele apenas uma só. Nessa hipótese, a justiciabilidade do dever de proteção é, conseqüentemente, menos problemática. No mesmo sentido, cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 424.

¹⁵⁷ “Zur Struktur”, p. 108.

casos em que essa margem é consideravelmente restrita, de modo que muitas vezes se dispõe de apenas uma medida eficaz para atingir o grau de proteção almejado. Nessas hipóteses, o caráter disjuntivo da estrutura dos deveres de proteção é drasticamente mitigado – quando não excluído. Nesse caso, como sustentei anteriormente, ainda neste capítulo (IV.2.2, *supra*), o conteúdo da função protetiva se aproxima de um direito à proteção, ao mesmo tempo em que se afasta da noção de dever de proteger.

Ademais, o simples fato de que se reconhece a existência de um dever de agir importa que, necessariamente, uma omissão estatal absoluta não deve ser tolerada. Em outras palavras, embora a Administração ou o legislador desfrutem de certa liberdade para escolher a forma de atuação, manter-se inerte deixa de ser uma opção quando está em jogo a realização de um dever de proteção.

Em face da descrição da estrutura da dimensão protetiva nos termos acima expostos, procuro discutir a seguir os problemas e as possibilidades de se controlar judicialmente a omissão estatal na implementação dos deveres de proteção. Ressalte-se, ademais, que esse controle está sujeito a particularidades específicas do contexto brasileiro, especialmente do estado em que se encontra o processo constitucional.

V. CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA JUSTICIABILIDADE DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Em linhas gerais, o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção pode ser sintetizado na seguinte pergunta: os órgãos judiciais dispõem de critérios jurídicos suficientes para controlar as atuações (ou omissões) do legislativo e executivo, idealmente responsáveis pela efetivação dessa proteção? Dito de outra forma, o debate gravita em torno da necessidade de se estabelecerem critérios que possam ser empregados para determinar o grau de liberdade de que os demais órgãos do poder público gozariam na escolha dos meios e instrumentos para efetivação dessa proteção.

Com relação ao controle judicial do cumprimento dos deveres de proteção, é possível divisar três correntes principais: (i) uma que o admite sem muitas restrições; (ii) outra que o rejeita absolutamente; (iii) bem como uma corrente que lhe atribui alcance parcial, isto é, que o condiciona à verificação da presença de alguns fatores.¹ No tópico que segue (V.1), em que discuto essas posições, procurei simplificar a discussão por meio da fusão das correntes i e iii.

O grande problema da dimensão protetiva não decorre da indefinição de seu conteúdo – se fundamentam deveres objetivos ou direitos subjetivos. O cerne da questão está na sua estrutura peculiar, do ponto de vista prestacional. Uma vez garantido o acesso ao controle de constitucionalidade², resta discutir se e em que medida o Judiciário pode fazer algo para efetivação dessa proteção.

Nesse sentido, a questão da justiciabilidade pode ser descrita como um problema de legitimidade da atuação judicial, sintetizada na seguinte indagação: pode o Judiciário determinar que o Poder Público adote uma medida específica, isto é, edite uma lei com conteúdo determinado ou crie órgão de fiscalização e controle dos particulares com determinadas competências?

¹ De certo modo, essa discussão em muito se assemelha àquela que trata da postura ativista assumida pelo judiciário em questões de políticas públicas. No Brasil, cf., por todos, Marcos Paulo Veríssimo, “A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988”, tese apresentada para obtenção do título de Doutor, junto ao *Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: 2006. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328> (acessado em 16/02/2009).

² Aqui, é irrelevante qual o órgão do Poder Judiciário que exerce esse controle – concentrado em um tribunal constitucional ou difuso, nas mãos de juízes singulares.

De todas essas considerações, conclui-se que, ao contrário dos direitos de defesa, a partir dos quais é mais fácil determinar a conduta de abstenção concretamente devida, isso não ocorre com os deveres de proteção. Como visto, a razão disso é bastante simples: a existência de uma série de possibilidades, com distintas consequências (práticas e jurídicas), que estariam à disposição do Poder Público para alcançar o grau de proteção pretendido.

Diante da indeterminação dos deveres de proteção, quando comparados aos direitos de defesa, é imperioso afirmar que apenas mediante a concretização da atuação devida é possível exigir do Estado o adimplemento do dever de proteção. Isso remeteria à discutida esfera discricionária de que os destinatários do mandamento de proteção disporiam para a escolha do que considera o meio mais conveniente e eficaz de realização da proteção.

Em última análise, o problema a ser discutido, nesta etapa do trabalho, é justamente o de determinar qual o papel institucional do Judiciário na efetivação da função protetiva. Não me parece que seja possível negar, *a priori*, a força normativa dos deveres de proteção – sejam estes explícitos ou implícitos –, especialmente porque se trata de um problema de eficácia dos direitos fundamentais.³

Tomando como premissa que toda norma jurídica é, em alguma medida, judiciável, mesmo que se sustente um caráter apenas programático de todos os direitos prestacionais⁴ – e, portanto, também dos deveres de proteção –, o problema desloca-se para a *forma* com que se pode aferir a medida dessa justiciabilidade.

A discussão passa a se concentrar, então, nas dificuldades enfrentadas no desenvolvimento de um consistente método de análise estruturada, que permitiria construir decisões judiciais sujeitas ao controle intersubjetivo, livres das críticas que se reportam à ausência de legitimidade democrática e institucional do judiciário. Como

³ Esse argumento é o mesmo daqueles que defendem a subjetivação dos deveres de proteção como única alternativa para dotá-los de normatividade (cf. item 4.3, *supra*). Sobre a *complexidade estrutural* que caracteriza os direitos fundamentais, e a rejeição à ideia de que os direitos sociais (como todo direito prestacional) seriam desprovidos de normatividade, cf. Víctor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2. ed., Madrid: Trotta, 2004, pp. 23 e ss.

⁴ Essa qualificação é comumente atribuída aos direitos sociais, Cf. Abramovich e Courtis, *Los derechos sociales*, pp. 21 e ss. Nada impede, no entanto, estendê-la também aos demais direitos prestacionais, como os deveres de proteção.

observa Virgílio Afonso da Silva, “fazer dogmática dos direitos fundamentais é, sobretudo, justamente elaborar critérios que possibilitem o controle intersubjetivo, aumentando a racionalidade do processo de interpretação e aplicação das disposições de direitos fundamentais”.⁵ É isso que pretendo fazer neste capítulo.

No que tange aos argumentos contrários à justiciabilidade, os deveres de proteção apresentam um traço distintivo, quando comparados aos direitos sociais. Isso porque, diferentemente dos sociais, os deveres de proteção não estão expressos na constituição. Assim, mais do que efetivar um direito prestacional, o Judiciário deve *antes* reconhecer (e fundamentar) a existência de um direito ou dever de proteger, que, diferentemente dos direitos sociais, não costuma se apresentar explícito no texto constitucional.

Além disso, diferentemente dos direitos sociais, a implementação de um dever de proteção implica, quase sempre, a restrição da liberdade de terceiros-agressores.⁶ Nesse sentido, ganham mais força as críticas à limitação institucional do tribunal constitucional, que o veem como órgão menos vocacionado a regulamentar o exercício de direitos e a avaliar as repercussões orçamentárias de suas decisões.

Ressalte-se que as críticas à tese dos deveres/direitos de proteção expõem uma questão de fundo relacionada à própria concepção de Estado, à função que se lhe pretende atribuir, e ao papel imaginado para o Direito (especialmente, os direitos fundamentais) na sociedade atual.⁷ Como bem observa o próprio Böckenförde, uma teoria dos direitos fundamentais estaria sempre vinculada, de certa forma, à concepção que se tem sobre a relação entre Estado e indivíduos.⁸ Na presente discussão, tal premissa não pode ser negligenciada.

⁵ “Direitos fundamentais e relações entre particulares” (resenha), *Revista Direito GV* 1 (2005), p. 176. Questão semelhante foi enfrentada pela tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que exigiu a busca de critérios alternativos e o desenvolvimento de um modelo de análise segmentada em diferentes níveis. Cf., por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização*, pp. 153 e ss.

⁶ Aqui, a única ressalva seja, talvez, as possíveis implicações da realização de direitos sociais para a garantia de isonomia no acesso às políticas públicas a eles relacionadas. Excluindo-se este caso, não me parece que a realização de um direito social possa importar a restrição de outros direitos fundamentais, como ocorre com frequência no caso da efetivação dos deveres de proteção.

⁷ Cf. Robert Alexy, *Theorie*, p. 402; e Peter Badura, „Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland“, *Der Staat* 14 (1975), p. 16 e s.

⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“, *NJW* 35 (1974), pp. 1529 e ss. Sobre as diferentes teorias dos direitos fundamentais, cf. Robert Alexy, *Theorie der*

V.1 JUSTICIABILIDADE COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO PROTETIVA

Diante da configuração estrutural dos deveres de proteção exposta acima (IV.3, *supra*), dois caminhos diferentes se mostram possíveis no tocante à justiciabilidade da função protetiva: (i) negar o caráter justiciável dos deveres de proteção, o que significa aposentar a ideia de que um controle da omissão estatal seja possível; ou (ii) admitir essa justiciabilidade, ainda que condicionada a determinadas variáveis que devem se fazer presentes no caso concreto e que diminuem ou ampliam o grau de discricionariedade do legislador ou administrador público no momento de escolher a forma pela qual o dever de proteção será implementado.

A principal objeção levantada por aqueles que negam qualquer possibilidade de atuação judiciária nesses casos é o risco de uma descaracterização das competências constitucionais, por conta de uma ampliação ilegítima da atuação decisória da corte constitucional para seu controle e preenchimento.⁹ A questão de fundo está diretamente relacionada à *legitimidade* do controle exercido pelo judiciário e será debatida mais adiante (V.1.3, *infra*).

Por outro lado, há quem sustente que, uma vez que estejam preenchidas determinadas condições excepcionais, a discricionariedade do Estado na escolha dos meios e dos fins da proteção não é ilimitada; pelo contrário, pode se revelar bastante reduzida. Nesse sentido, seria possível falar em graus ou níveis variáveis de discricionariedade ou liberdade conformativa do administrador e do legislador no momento de efetivar um dever de proteção.¹⁰

Mas, afinal, seria o Judiciário competente para identificar os casos de violação dos deveres de proteção, visto que ele dispõe de uma legitimidade democrática distinta da dos demais poderes (cujos membros foram eleitos)? A resposta parece ser

Grundrechte, Baden-Baden: Nomos, 1994, pp. 28 - 31; e Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 608-636.

⁹ No mesmo sentido, cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte”, p. 25. Dessa forma, estar-se-ia diante dos limites funcionais da jurisdição constitucional justamente pela ausência de critérios. Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 79 e ss. Na verdade, esta também é uma das principais razões para que alguns autores rejeitem a existência de direitos subjetivos à proteção, tendo em vista a dificuldade de judicialização.

¹⁰ Cf. Eckhart Klein, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, *NJW* 27 (1989), pp. 1638 e s.; e Robert Alexy, “Zur Struktur”, pp. 118 e ss.

afirmativa. Ora, identificar a simples existência de deveres de proteção endereçados ao Estado não seria muito problemática, especialmente tendo-se em vista o desenvolvimento da dogmática jurídica moderna, que tentei expor no Capítulo IV deste trabalho, *supra*.

Além de identificar a existência de uma violação aos deveres, a segunda questão que se coloca é se o Judiciário teria condições de apontar como essa violação por meio da omissão pode ou deve ser sanada. Em outras palavras, é possível determinar, com elevado grau de confiabilidade, qual a medida estatal devida no caso concreto?

Como procurei expor a seguir, alguns autores acreditam que esse controle seria possibilitado pelas figuras da *proibição de insuficiência* e *proibição de excesso*¹¹, encarados como fatores condicionantes da escolha do legislador, motivo pelo qual os limites de sua discricionariedade poderiam ser controlados pelos tribunais.¹²

Como visto anteriormente, o modelo de Alexy admite três formas – subsidiárias entre si – de proteção dos direitos fundamentais nos conflitos entre particulares. No primeiro nível, existiria apenas o *dever* genérico endereçado ao Estado, obrigando-o a proteger os direitos fundamentais por meio da legislação (eficácia indireta). No segundo, ausente a mediação legislativa, esse dever ganharia concretude, a ponto de se reconhecer um direito da vítima face à omissão estatal em protegê-la contra o agressor. No terceiro momento, se admitiria a vinculação direta dos particulares agressores aos direitos fundamentais da vítima, dispensando-se a mediação estatal para solucionar o conflito – seja mediante prestações materiais, seja mediante a edição de leis ou atos normativos.¹³ Nesta última hipótese – da eficácia direta –, uma vez indisponível

¹¹ Sobre seu conceito de *proibição de insuficiência*, cf. item 3.2.3.4, *supra*; e, por todos, Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 45 e s. A *proibição de excesso*, postulado da função defensiva dos direitos fundamentais, estipula que os direitos fundamentais não podem ser restringidos de forma excessiva pelo poder estatal, o que deve ser determinado caso a caso, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, pp. 127 e ss.

¹² Para uma defesa dessa complementaridade dos dois conceitos, de modo a possibilitar o controle judicial, mesmo nos casos de ausência de medidas estatais protetivas, cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 86 e s.; Karl-Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber”, p. 983. Além disso, sobre a possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade nesses casos, cf. Laura Clérico, “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermassverbot“, in Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 152.

¹³ *Theorie der Grundrechte*, pp. 484 e ss.

uma norma regulamentadora, a implementação da proteção se daria por meio de decisões judiciais e não pela mediação legislativa.

Isso não significa afirmar que o papel do judiciário se limita aos casos de eficácia horizontal direta.¹⁴ Pelo contrário, é possível que o Judiciário atue nas duas primeiras etapas do modelo de Alexy. Assim, acredito que o controle de constitucionalidade se converteria em *locus* jurisdicional adequado para se examinar o desempenho dos poderes constituídos na efetivação da função protetiva – quer representada pelo dever genérico de proteger bens jurídicos fundamentais, quer consubstanciada no direito concreto da vítima a uma prestação estatal determinada.

Em se admitindo, por princípio, a possibilidade de o Judiciário exercer algum controle sobre omissão, o problema se desloca para a determinação da medida dessa restrição à discricionariedade do legislador. Nesse aspecto, há uma multiplicidade de sugestões feitas por diversos autores, cujas soluções propostas para o problema de desenvolver parâmetros técnicos e legítimos de controle judicial das omissões relativas aos deveres de proteção procurei classificar em dois grupos distintos. O objetivo desta etapa do trabalho é uma avaliação crítica dos modelos de aplicação dos deveres de proteção existentes.

O primeiro grupo de soluções envolveria uma espécie de combinação de alguns fatores, que assumiriam a função de elementos de imputação (de deveres ao Estado).¹⁵ Para tanto, é comum que se apontem alguns pressupostos necessários para o reconhecimento de um dever de proteção, tais como: (i) os *riscos* e *perigos* envolvidos, considerando-se a impossibilidade de obter respostas para todos os casos pela via da legítima defesa – seja porque nem todos os perigos proveem do uso da força física, seja porque esta é muitas vezes insuficiente para repeli-los ou coibi-los; (ii) o grau de dependência do titular do direito em relação ao comportamento do outro sujeito¹⁶; e

¹⁴ Como visto, isso resolve apenas parcialmente o problema da proteção de direitos fundamentais contra ataques provenientes de outros titulares de direitos fundamentais, ou seja, também de outros particulares. Cf. item II.2.3, *supra*.

¹⁵ Nesse sentido, cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 84.

¹⁶ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 195-198; Wilson Steinmetz, „Direitos fundamentais“, pp. 208 e s.; e Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 74-78.

também (iii) o tipo e a hierarquia do bem jurídico protegido, isto é, o grau de importância dos bens e interesses envolvidos.¹⁷

O caminho escolhido pelo segundo grupo – que não implica, necessariamente, descartar a solução proposta pelo primeiro – é o de tentar, à maneira feita no caso da proibição de excesso em relação aos direitos de defesa, conciliar a ideia de proibição de proteção insuficiente com o teste da proporcionalidade. Uma tentativa de harmonizar a regra da proporcionalidade com a proibição de insuficiência é feita por Laura Clérico, por meio de uma série de adaptações de modificações nos subtestes da proporcionalidade, como se verá adiante.¹⁸

V.1.1 Proibição de excesso e proibição de insuficiência

Reconhecer a necessidade de que algo seja feito não soluciona o problema das omissões estatais inconstitucionais, já que, a princípio, qualquer prestação minimamente eficaz seria suficiente para que se alegasse o cumprimento de um dever de agir formulado em termos genéricos – i.e., proteger o direito à vida ou à propriedade. Esse *fazer*, essa *prestação positiva* não admite um conteúdo prévio e abstrato, mas depende das condições do caso concreto e somente em relação a elas pode ser definido.

Para permitir o controle *judicial* dessa omissão, a doutrina sustenta que um tribunal constitucional somente estaria legitimado a exercer esse controle quando a medida eleita pelo Estado não atinge um *mínimo* de proteção exigido pela constituição. Dessa forma, pensando em uma escala de possibilidades de proteção, a ação estatal não poderia ser inferior a um *mínimo* de segurança oferecida ao indivíduo no âmbito das interações entre ele e outros particulares¹⁹. Esse mínimo, evidentemente, é que seria a medida da inconstitucionalidade de uma omissão estatal.

Essa tese reflete o problema da justiciabilidade limitada da função protetiva, característica que dita a tônica geral do tratamento dogmático normalmente dispensado

¹⁷ Quanto mais grave a agressão e quanto mais sério o perigo, maiores as possibilidades de se fundamentar um dever estatal concreto e específico de agir. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição”, p. 94; e Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 78.

¹⁸ „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot“, in Jan-Reinard Sieckmann (Org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007: 151-178; e Robert Alexy, „Zur Struktur“, pp. 113-117.

¹⁹ Seja essa relação estritamente privada (e.g., direito de vizinhança), seja uma relação em que o interesse da sociedade como um todo tenha um peso maior (e.g. condutas criminosas).

aos direitos prestacionais, em geral, e aos deveres de proteção, em específico. Assim, somente haveria inconstitucionalidade na omissão que não atinge um patamar mínimo de proteção. Se a medida protetiva superasse as exigências mínimas (ou suficiente), seja ela classificada como média ou máxima, não haveria problema de inconstitucionalidade a justificar a intervenção judicial na estratégia governamental.²⁰

Bastante problemático, no entanto, não é somente a definição exata ou aproximada desse mínimo, como também os critérios para caracterizar uma proteção como mínima, e não máxima ou média. Retomemos aqui o exemplo da decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Aborto I. Como o tribunal pôde, naquele caso, sustentar que a única forma de proteção do nascituro seria mediante a criminalização do aborto? Considerando que o direito penal é a forma mais extrema de restrição dos direitos fundamentais, é possível afirmar que, no caso, a proteção entendida como *mínima* coincide com a medida tradicionalmente vista como a *máxima* (restrição à liberdade individual).²¹

Essa proteção mínima judicialmente exigível é subjacente à ideia de *proibição de proteção insuficiente*, que, de acordo com a proposta por alguns autores, permitira o controle da constitucionalidade dos deveres de proteção. Se, de um lado, o Estado não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais do autor da agressão – ideia da qual se extraiu a máxima da proibição de restrição excessiva ou, simplesmente, *proibição de excesso*²² –, de outro, ele também não pode se omitir de proteger por meio de medidas de eficácia mínima esses mesmos direitos fundamentais da vítima da agressão – a chamada *proibição de insuficiência*.²³

²⁰ Cf., por todos, Lars Peter Störing, *Das Untermaßverbot*, pp. 40 e ss.

²¹ Cf. item III.2.2, *supra*.

²² Reconhecendo-se que os direitos fundamentais não são absolutos, admitem-se restrições a eles. Essas restrições, contudo, devem ser justificadas constitucionalmente. Essa justificativa resulta de dois fatores normalmente utilizados para limitar tais restrições: (i) um sistema de reservas legais (existente na constituição alemã, mas não na brasileira); (ii) uma proibição de interferência excessiva no direito relativizado (também chamada de “limites dos limites”), cuja restrição não pode chegar ao ponto de descaracterizá-lo. A proibição de excesso diz respeito a este último caso, em que os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, permitem aos indivíduos se contrapor a medidas estatais restritivas. Cf., por todos, Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, pp. 61-79.

²³ Claus-Wilhelm Canaris é um dos grandes defensores da tese da proibição de insuficiência (ou proibição de proteção insuficiente). Cf. “Grundrechte und Privatrecht”, *AcP* 184 (1984), p. 228.; do mesmo autor, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 45 e s; e Lars Peter Störing, *Das Untermaßverbot*, pp. 52 e ss. J.J. Gomes Canotilho, contudo, prefere a expressão “proibição por defeito”.

A violação de um dever de proteção sempre se dá na forma de uma *omissão* (total ou parcial), sendo, portanto, considerada inconstitucional quando o Estado teria o dever de agir, mas deixou de fazê-lo. Segundo Canaris, essa omissão configura violação a um dever na medida em que não observaria o patamar mínimo de proteção que deve ser prestada. Essa ideia pode ser formulada como uma proibição direcionada ao Estado, a *proibição de proteção insuficiente*.²⁴

De maneira diametralmente oposta – como já mencionei –, a *proibição de excesso*, postulado extraído da função defensiva dos direitos fundamentais, estipula que os direitos fundamentais não podem ser restringidos de forma excessiva pelo poder estatal, o que deve ser determinado caso a caso, por meio da aplicação da regra da proporcionalidade.²⁵ Nesse sentido, há autores acreditam que esse controle seria possibilitado pelas figuras da *proibição de insuficiência* e *proibição de excesso*, encarados como fatores condicionantes da escolha do legislador, motivo pelo qual os limites de sua discricionariedade poderiam ser controlados pelos tribunais.²⁶

Para alguns autores, no entanto, as características atribuídas à proibição de insuficiência não a diferencia, mas, *contrario sensu*, a aproxima da proibição de excesso. Esta é a chamada *tese da convergência*, e encontra em Karl-Eberhard Hain um de seus principais defensores.²⁷ Assim, nos casos de restrição a direitos fundamentais sempre se estará diante de uma relação triangular Estado-vítima-agressor, em que tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência incidiriam igualmente, tal qual as duas faces de uma mesma moeda. Por conseguinte, ao se examinarem tais situações do ponto de vista jurídico, a constitucionalidade da intervenção depende da observância das duas proibições.

Cf. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 265. Sobre a noção de proibição de insuficiência, cf. também Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 115-122.

²⁴ “Grundrechte und Privatrecht”, *AcP* 184 (1984), p. 228.; *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 45 e s.; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 83 e ss.

²⁵ Cf., por todos, Konrad Hesse, *Grundzüge*, pp. 127 e ss.

²⁶ Para uma defesa dessa complementaridade da proibição de excesso e de proteção insuficiente, de modo a possibilitar o controle judicial, mesmo nos casos de ausência de medidas estatais protetivas, cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, pp. 86 e s.; e Karl-Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber”, pp. 983 e s.

²⁷ Cf. “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, *DVBl.* 108 (1993), pp. 982-984; e, do mesmo autor, “Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein”, *ZG* 11 (1996), pp. 80 ss.

Em outras palavras, as proibições de excesso e de insuficiência veiculariam, no limite, o mesmo conteúdo. O resultado disso é relativamente óbvio: a coincidência tanto de um limite mínimo, quanto de um limite máximo aumentaria o risco de vinculação do legislador a uma ação específica, reduzindo sua margem de discricionariedade a praticamente nenhuma.²⁸

A tese de Hain tem em Johannes Dietlein seu principal interlocutor. Este último sustenta que, embora a realização de um direito prestacional deva guardar relação proporcional com a intensidade da restrição do direito que com ela colida, mas disso não resulta que a proibição de insuficiência possa ser reduzida à proibição de excesso, ou mesmo que ambas coincidam ou se aproximem muito. Esta é a chamada *tese da divergência*.²⁹ Por conseguinte, não é toda restrição a direitos fundamentais que, constitucionalmente compatível, também seria constitucionalmente obrigatória ou devida pelo Poder Público.³⁰

No mesmo sentido, Clérico refuta a tese da convergência, dizendo que os juízos são essencialmente distintos. Em um caso, busca-se justificar um ato estatal positivo que, possivelmente, violaria um direito fundamental. No outro, discute-se a possibilidade de se fundamentar juridicamente uma omissão ou uma atuação provavelmente insuficiente. No caso da proibição de excesso, o fim está na regra editada pelo legislador, no objeto de controle, mas não decorre, necessariamente, de um mandamento constitucional, ou seja, o legislador gozaria de uma liberdade de determinação dos objetivos estatais no caso concreto. Por outro lado, na proibição de insuficiência, a busca de determinado fim é um comando dado pela própria constituição.³¹

Como resultado, existiria uma obrigação estatal definitiva e expressa no texto constitucional. Neste último caso, a discricionariedade do legislador se refere somente aos meios empregados na consecução do fim constitucionalmente dado, bem

²⁸ No mesmo sentido, cf. Störring, *Das Untermassverbot*, p. 124.

²⁹ Cf. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 53 e ss.; e "Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", ZG 10 (1995), pp. 134 ss.

³⁰ No mesmo sentido, cf. Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, p. 313.

³¹ Cf. „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot“, p. 154

como em que medida ele pretende realizá-lo – não recai sobre a decisão de proteger ou não um direito, de atingir ou não um objetivo.³²

De maneira semelhante, Störring conclui que as proibições de excesso e de insuficiência não convergem para uma resposta única, deixando ao conformador da política pública uma margem de discricionariedade (entre os patamares mínimo e máximo). Essa margem, acrescenta Störring, é justamente o âmbito no qual é vedado o controle judicial, sob pena de caracterizar ingerência indevida nos demais Poderes.³³ No Brasil, essa tese é adotada por Luciano Feldens, que defende a ideia de uma proteção eficiente, como resultado final da observância às proibições de excesso e insuficiência.³⁴

Acredito que a ideia de proibição de insuficiência é apenas uma reformulação da tese dos deveres de proteção dotados de justiciabilidade. Assim como a proibição de excesso, ela é apenas uma ideia norteadora por trás da tese dos deveres de proteção, e não resolve o problema metodológico da justiciabilidade. Da mesma forma, a proibição de excesso também não constitui panaceia para o problema da restrição injustificada (excessiva) de direitos fundamentais. Nos dois casos, é necessário que se desenvolva uma metodologia consistente para avaliar a constitucionalidade da ação ou inação estatal.

No primeiro caso, a literatura, juntamente com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e, em certa medida, também do STF, aponta para o teste da proporcionalidade, como consentâneo da proibição de excesso.³⁵ Na visão de alguns autores, notadamente de Laura Clérico, ele também o pode ser da proibição de insuficiência.

³² Cf. „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot“, pp. 155 e s.

³³ Cf. *Das Untermaßverbot*, p. 131. Ao invés de se referir às teses como convergência ou divergência, o autor prefere as expressões “relação simétrica” e “relação assimétrica” entre as proibições de excesso e insuficiência. Cf. pp. 143-151.

³⁴ Cf. *Direitos Fundamentais*, p. 95.

³⁵ Sobre a ideia de proibição de excesso e o teste de proporcionalidade na jurisprudência do STF, cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 23-50; e Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*, Dissertação de Mestrado, FADUSP, 2009.

V.1.2 Insuficiência e o teste da proporcionalidade

Conforme discutido anteriormente, a proteção contra agressões de terceiros é essencialmente distinta da proteção contra riscos que não exigem a intervenção na esfera de direitos de outros indivíduos. Para ser legitimada, a intervenção exige o preenchimento de uma série de condições – carece de justificação constitucional específica –, que a mera remissão a um dever de proteção não satisfaz.³⁶ Por mais que a constituição prescreva o objetivo (proteger um bem jurídico), ela não fornece sua concretização específica, ou seja, os meios e os instrumentos dessa proteção.

Embora se apresente, de um lado, como solução, de outro, a noção de proibição de insuficiência e de grau mínimo de proteção traz novos problemas para a dogmática dos deveres de proteção. O principal desses problemas reside no ponto de vista *metodológico*, já que o controle da proibição de excesso seria feito por meio da aplicação da regra da proporcionalidade. Nesse sentido, há autores que tentam “adaptar” a regra da proporcionalidade para permitir seu uso no controle da proibição de insuficiência.³⁷

À primeira vista, no entanto, parece ser pouco plausível que a regra da proporcionalidade – concebida para problemas de aplicabilidade da *função defensiva* dos direitos fundamentais – também possa ser aplicável aos casos de omissão estatal que viola os direitos de proteção. Em primeiro lugar, ainda não se sabe em que medida o método da proporcionalidade pode contribuir para a efetivação dos deveres de proteção, em vista de sua estrutura *alternativa*.

Ademais, a própria definição de princípios jurídicos como mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível (ideia subjacente à da proporcionalidade), pode, num exame rápido, parecer inconsistente, diante de deveres que reclamam apenas uma realização mínima. O problema estaria em conciliar uma

³⁶ Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 80. Sobre a proteção dos direitos fundamentais por meio da intervenção na esfera de direitos dos demais indivíduos, cf. Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, pp. 553 e ss.

³⁷ Cf., por todos, Laura Clérico, „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot“, in Jan-Reinard Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 158.

teoria que pugna pela maximização da proteção, ainda que apenas *prima facie*, com a ideia de uma *proteção mínima*.³⁸

Alguns autores tentaram dar solução para o desafio *metodológico* colocado pela proibição de proteção insuficiente. O problema pode ser expresso por meio da seguinte pergunta: como dizer se uma omissão ou ação estatal deficitária viola, total ou parcialmente, a proteção mínima devida a um bem jurídico fundamental contra ataques de terceiros?

No caso da proibição de excesso, tal regra geral costuma ser associada ao teste da proporcionalidade. Inicialmente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão no pós-guerra, trata-se de um método de aferição da constitucionalidade. Embora ainda seja alvo de diversas críticas, o teste da proporcionalidade se propõe a aferir a constitucionalidade de uma medida estatal por meio da avaliação se a restrição imposta aos direitos fundamentais daqueles atingidos por tal medida é ou não excessiva e, portanto, inconstitucional.

De maneira sucinta, pode-se dizer que a regra da proporcionalidade estipula que a medida estatal controlada deve ser submetida a três etapas de análise a fim de se verificar a sua: (i) adequação – se a medida é adequada para promover o fim almejado; (ii) necessidade – se o fim buscado não pode ser alcançado por meio de outra medida igualmente eficaz, mas menos restritiva aos direitos envolvidos; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito – se a intensidade da restrição imposta aos direitos dos atingidos pela medida se justifica diante da importância da realização do fim pretendido.³⁹

Note-se que, em vista de suas sub-regras, o teste é apto a verificar a apenas constitucionalidade da restrição aos direitos daqueles atingidos pela intervenção estatal. Por essa ótica, cabe exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo a escolha do

³⁸ Um dos caminhos para solucionar essa aparente incompatibilidade é apontado por Virgílio Afonso da Silva, que sustenta a necessidade de adaptação do suporte fático das liberdades formais, à estrutura dos direitos sociais (e, por extensão, dos direitos prestacionais em sentido amplo), onde o âmbito de proteção deve ser redirecionado para casos de omissão ou ação insuficiente. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 77 e ss.

³⁹ Para uma explicação sucinta do teste, cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50. Para uma apresentação detalhada, cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

grau de realização dispensada ao direito que se pretende proteger.⁴⁰ No caso dos deveres de proteção, de maneira contrária, a escolha sobre o grau de proteção do direito não é totalmente livre.

Assim, a mensagem por trás da tese dos deveres de proteção é justamente a de que a escolha de como e quais direitos fundamentais devem ser protegidos não se insere no âmbito da discricionariedade geral do Estado, nem depende apenas do voluntarismo político do legislativo ou dos governantes. Aí reside a principal incompatibilidade entre a proibição de insuficiência e o teste da proporcionalidade conforme foi concebido e é tradicionalmente reproduzido.

Ciente dessa incompatibilidade, Laura Clérico tentou apresentar uma solução para o problema. À semelhança do que se propõe como método de solução para casos envolvendo a proibição de excesso, Clérico defende a aplicação do teste de proporcionalidade também para os casos de controle de omissão estatal envolvendo direitos fundamentais. Desse modo, seria possível controlar a inconstitucionalidade da omissão ou da atuação estatal deficitária, quer dizer, a suficiência das medidas protetivas que já se encontram ou não em vigência.

Clérico propõe que o princípio da proporcionalidade seja complementado por meio da proibição de insuficiência.⁴¹ Para justificar sua tese, a autora se baseia em três premissas.⁴² A primeira é que a proibição de insuficiência se relaciona ao conceito de omissão estatal enquanto violação de um direito fundamental a uma atuação estatal positiva. Nesse sentido, ela é estruturalmente distinta da proibição de excesso, ainda que ambos façam parte do postulado da proporcionalidade.

⁴⁰ Sobre os limites do controle judicial no teste da proporcionalidade tradicional, que apenas avalia uma medida estatal já escolhida pelo legislador ou administrador e suas implicações para a noção de mandamentos de otimização – uma vez que não é o Judiciário quem otimiza os direitos envolvidos, mas o legislador ou aquele que elegeu a medida jurídica submetida ao controle da proporcionalidade –, cf. Rafael Scavone Bellem de Lima, *Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra*, USP – Faculdade de Direito, dissertação (mestrado), São Paulo, 2012.

⁴¹ Cf. „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermassverbot“, in: *Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 152. Para uma explicação das etapas do teste aplicadas aos direitos sociais, cf., da mesma autora, “Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts”, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 151-164.

⁴² Cf. „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermassverbot“, p. 153 e ss.

Como segunda premissa, a autora sustenta que a proibição de insuficiência apresenta três significados distintos, quando se trata de realização de um direito fundamental a uma atuação estatal positiva: (i) testa a justificativa para uma omissão estatal; (ii) ou atuação estatal deficitária (insuficiente); (iii) e veda a proibição de retrocesso arbitrário.

A terceira e última premissa determina que os dois primeiros subtestes da proporcionalidade (adequação e necessidade) devem ser em parte modificadas, para se adequar às particularidades da proibição de insuficiência. A proporcionalidade em sentido estrito acaba ganhando uma interpretação progressiva no sopesamento com relação à importância do bem estar dos indivíduos, no sentido de que o mínimo existencial dos destinatários não é garantido sistematicamente.⁴³

A tese de Clérico não está livre de críticas. Em linhas gerais, elas apontam para a incompatibilidade do teste da proporcionalidade com a ideia de controle de omissões, pois concebido para filtrar medidas estatais excessivamente restritivas a direitos fundamentais. Canaris observa que “uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”.⁴⁴

Esses também são os contornos gerais da argumentação de Martin Borowski para rejeitar a aplicação da proporcionalidade como alternativa metodológica viável para a proibição de insuficiência.⁴⁵ No mais, essas críticas são complementadas por óbices levantados em razão da estrutura dos deveres de proteção, que, na visão de alguns, coloca em xeque a separação de poderes e legitimidade das decisões estatais. Tais críticas serão apresentadas e discutidas a seguir.

⁴³ Embora se trate da premissa chave para compreender a tese de Laura Clérico, não a exponho em detalhes em razão da complexidade da explicação e porque ela foge ao escopo do presente trabalho.

⁴⁴ Cf. *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 233.

⁴⁵ Para uma enumeração completa das críticas e óbices, principalmente em torno da pergunta se a proibição de insuficiência se distingue da proibição de excesso em estrutura e conteúdo, cf. *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 115, 119, 141-161, 251-252 e 326. Clérico tenta, de certa forma, oferecer uma resposta a essas críticas. Cf. „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermassverbot“, in: *Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2007, 151-178.

V.1.3 Problema da legitimidade: proteção e competência decisória

Trata-se de uma questão de grande complexidade indagar se o legislador cumpriu sua obrigação positiva de proteger os direitos fundamentais. A despeito disso, muitos autores e tribunais admitem, sem grandes restrições, que o titular do direito à proteção pode exigir, judicialmente, o que lhe é devido. A ideia é que a esfera decisória dos órgãos estatais deliberativos – especialmente do parlamento – não seria reduzida pelo fato de que, à decorrente obrigação estatal de agir positivamente, corresponda uma pretensão individual de cumprimento de um dever de agir – independentemente de os Poderes Constituídos o implementarem de maneira voluntária, ou o fazerem somente após ordem judicial.⁴⁶

No entanto, de acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde, a solução para o problema de omissão estatal não pode decorrer diretamente do texto constitucional, já que, no Estado Democrático, a constituição deve ser encarada apenas como uma *moldura*.⁴⁷ De acordo com esta crítica, há um receio de que a democracia migre de um *Estado das leis* para um *Estado da jurisdição*.⁴⁸ Caso se admitisse tamanha ingerência do judiciário no âmbito de atuação dos demais poderes constituídos, ter-se-ia uma “superdeterminação” constitucional nociva ao processo democrático de formação da vontade do Estado. A consequência direta disso seria o engessamento da liberdade de conformação do legislador, competente, em primeiro grau, para concretizar a constituição.⁴⁹

Nesses casos, a liberdade de conformação do legislador, responsável, em primeira linha, pela prestação normativa, pode variar bastante – seja na escolha dos meios, seja dos fins.⁵⁰ Assim, justifica-se, por exemplo, a criação de regras

⁴⁶ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 175 e 198.

⁴⁷ Cf. „Grundrechte als Grundsatznormen“, in: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 197.

⁴⁸ Cf. Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, p. 557.

⁴⁹ Nesse sentido, Böckenförde sugere um retorno à concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, para defender os indivíduos das investidas excessivas do poder público. Cf. „Grundrechte als Grundsatznormen“, p. 198.

⁵⁰ A escolha dos fins deve ser entendida como priorização de objetivos, já que os fins, em si, seriam dados pelos próprios mandamentos de proteção dos direitos fundamentais. Cf. Robert Alexy, “Zur Struktur”, p. 119. Há quem diga haver uma espécie de dever de aprimoramento da legislação em casos de falhas ou lacunas na proteção dos bens jurídicos fundamentais, impulsionado pela evolução tecnológica, assim como pela mudança no tipo de violações perpetradas, o que poderia implicar a defasagem da lei e dos meios escolhidos para preencher os deveres de proteção. Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 24 e s.

infraconstitucionais que regulamentem as relações econômicas entre entes privados, bem como a instituição de tipos penais, uma das formas mais radicais de se garantir a proteção de bens jurídicos. Inevitavelmente, nessas hipóteses, os direitos do agressor serão atingidos.

Alguns autores, contudo, defendem a possibilidade de controle da amplitude da discricionariedade na implementação dos deveres de proteção. De acordo com essa visão, seria possível, sim, determinar qual o grau de discricionariedade das escolhas feitas pelo poder público, o que permitiria controlar as violações aos deveres de proteção, sem que isso representasse qualquer interferência indevida na esfera de atuação dos demais Poderes.⁵¹ A ideia é que a esfera decisória dos órgãos estatais deliberativos – especialmente do parlamento – não seria reduzida pelo fato de que, à obrigação estatal de agir positivamente, corresponda uma pretensão individual de cumprimento.⁵²

A principal objeção levantada por aqueles que negam qualquer possibilidade de atuação judiciária nesses casos é o risco de uma descaracterização das competências constitucionais, por conta de uma ampliação ilegítima da atuação decisória da corte constitucional para seu controle e preenchimento.⁵³ Tal resultado é atribuído à estrutura disjuntiva dos deveres de proteção, apresentada anteriormente.⁵⁴ Dessa forma, estar-se-ia diante dos limites funcionais da jurisdição constitucional justamente pela ausência de critérios unívocos e legítimos para lastrear tal controle.⁵⁵

De fato, deve ser reconhecida a diferença na legitimidade do tribunal para decidir sobre deveres negativos (direitos de defesa) e deveres positivos (deveres de proteção), em termos de complexidade e diversidade dos meios para adimplir esta obrigação. Nesse sentido, argumenta-se que o dever de determinar em que medida a

⁵¹ No mesmo sentido, cf. Eckhart Klein, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, *NJW* 27 (1989), pp. 1638 e s.; e Robert Alexy, “Zur Struktur”, pp. 118 e ss.

⁵² Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 175 e 198; e, tratando dos direitos sociais, Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 106.

⁵³ No mesmo sentido, cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte”, p. 25.

⁵⁴ Item 3.2.4.1, *supra*.

⁵⁵ Cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, pp. 79 e ss. Na verdade, esta também é uma das principais razões para que alguns autores rejeitem a existência de direitos subjetivos à proteção, tendo em vista a dificuldade de judicialização, esvaziando-os de significado. Cf. tópico seguinte, 3.3.2.

liberdade de uns será limitada em função da ampliação da liberdade de fato de outros se dirige primordialmente ao legislador.⁵⁶

Necessário ponderar que a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem diretamente o Estado de modo a permitir que o Judiciário controle a atuação dos demais poderes não exclui a competência decisória destes. Muito pelo contrário, o modelo de eficácia desses direitos para dirimir conflitos entre particulares é apenas complementar em relação à mediação legislativa, que deve ter primazia no sopesamento dos interesses envolvidos na situação concreta. Nesse caso, a eficácia direta ou mediata está mesmo condicionada, dentre outros fatores, também à falta de uma prévia mediação legislativa – ou, ainda que esta exista, possa ser considerada insuficiente.

Não havendo uma decisão do órgão legiferante competente, a concretização da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas fica a cargo do Poder Judiciário, que somente o pode fazer porque tal decisão foi transferida para o seu âmbito de competências após os demais Poderes terem se omitido. Assim, se os deveres de proteção implicam que o Estado deve pôr a salvo bens jurídicos fundamentais de ataques perpetrados por outros particulares, o preenchimento desse dever fica a cargo do Poder Judiciário quando inexistente uma decisão anterior tomada pelo legislador sobre como solucionar o conflito.

Diante da vagueza e ausência de parâmetros consistentes para operacionalizar conceitos como dever de proteção e proibição de insuficiência, muitos apontam para o risco de transferir ao Judiciário um excessivo poder de determinação e direcionamento das ações estatais protetivas, o que não seria desejável em um Estado Democrático de Direito.⁵⁷ Tese semelhante é levantada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ressaltando o fato de que a realização de objetivos estatais é matéria inserida no âmbito da ação política, pois requer o estabelecimento de prioridades e a opção por meios de atuação.⁵⁸

Tais críticas, ao que me parece, se assemelham muito aos óbices levantados para impedir o controle judicial de políticas públicas que realizam direitos sociais

⁵⁶ Cf. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte”, pp. 62 e s.

⁵⁷ Cf. Rainer Wahl e Johannes Masing, “Schutz durch Eingriff”, pp. 555 e s.

⁵⁸ *Teoria geral*, p. 77.

previstos no texto constitucional. Sendo esse o caso, a mesma resposta pode ser oferecida em ambos os casos a tais críticas. Embora, se possa argumentar que o local natural de definição de tais políticas seja o parlamento ou as instâncias decisórias do Poder Executivo democraticamente eleito para pôr em prática a agenda política que se sagrou vencedora nas urnas, não se pode ignorar que a enunciação de direitos fundamentais pelo constituinte revela a opção deste de sujeitá-los às contingências da vontade política.

Assim, ainda que tenham nascido como escolha política, os direitos fundamentais – e o dever de protegê-los – assumiram uma dimensão jurídica que os retira do âmbito da discricionariedade política pura, permitindo que, em alguma medida, sejam judicializados.⁵⁹ A noção de que os deveres de proteção, assim como os direitos sociais, sejam, em alguma medida, judicializáveis permite avançar na discussão acerca dos limites dessa judicialização. Nesse caso, o Judiciário se limitaria a declarar a existência de uma omissão estatal a ser suprida.⁶⁰

Michael Doldorer observa que o conceito de dever de proteção se aproxima muito da noção de objetivos e tarefas estatais, que justificam a centralização do poder político em torno de uma estrutura similar à dos Estados modernos.⁶¹ O referido autor, no entanto, toma como premissa a existência de uma normatividade reconhecida tanto aos objetivos estatais, quanto aos deveres de proteção. Assim, conclui que o fato de encontrar amparo na constituição, via direitos fundamentais, justifica o reconhecimento da força normativa dos deveres de proteção.⁶²

Essa força, naturalmente, não tem a mesma intensidade da função defensiva dos direitos fundamentais, em razão da estrutura normativa tantas vezes debatida neste trabalho, mas serve de impulso para o desenvolvimento de critérios e estruturas argumentativas que permitam um controle (ainda que mínimo) da omissão estatal nesses

⁵⁹ Cf. Laura Clérico, „Verhältnismässigkeitsgebot und Untermassverbot“, p. 151; e „Soziale grundrechte als Optimierungsgebote, ihre Subjektivierung und Justitiabilität: eine Untersuchung anhand von empirischen Prämissen“, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 165-182.

⁶⁰ Sobre a crítica de Böckenförde à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cf. Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, pp. 51 e ss.

⁶¹ Como visto anteriormente, isso ocorre em razão da fundamentação teleológica da função protetiva em relação aos fins e objetivos do Estado. Cf. IV.1.1, *supra*.

⁶² Cf. *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 294 e ss.

casos, sem que isso implique ingerência indevida na competência decisória dos demais poderes.

Para tanto, não me parece necessário valer-se da regra da proporcionalidade para enfrentar o óbice metodológico do controle judicial dos deveres de proteção.⁶³ No tópico seguinte, procurei me ocupar daquilo que chamei de possíveis elementos de controle, ou seja, fatores que devem estar compreendidos na argumentação desenvolvida por um tribunal constitucional ao examinar a constitucionalidade de uma omissão ou atuação estatal que eventualmente venha a ser considerada deficitária.

V.1.4 Elementos de controle

Como visto anteriormente, o entendimento da jurisprudência e da maior parte da doutrina concluem que a estrutura normativa dos deveres de proteção seria resultado de uma derivação dogmática a partir da dimensão objetiva e, mediante recurso à teoria dos princípios, da reconstrução da teoria axiológica dos direitos fundamentais – ordem de valores sobre a qual esses deveres se assentariam.⁶⁴ Nesse sentido, eles seriam vistos como princípios jurídicos – mandamentos de otimização, que admitem diferentes graus de realização, que seriam determinados pelas condições fáticas e jurídicas de cada caso concreto.⁶⁵

Essa premissa resolveria, em parte, os questionamentos acerca da extensão que os deveres de proteção poderiam assumir em termos de preenchimento das condutas estatais necessárias, no sentido da melhor proteção possível, por oferecer, aos casos concretos, ao menos um indício de operacionabilidade.⁶⁶ A título de recapitulação, vimos que, dito de maneira caricata e simplificadora, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais apresenta uma estrutura conjuntiva, se caracteriza por dotá-los (os direitos

⁶³ O fato de haver mais complicadores que facilitadores envolvidos é que aconselha abandonar o teste da proporcionalidade como alternativa metodologicamente válida para o controle judicial da proibição de insuficiência.

⁶⁴ Nesse sentido, cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Grundrechte“, p. 23 es.

⁶⁵ De certa maneira, essa também é a opinião de Störring, que recorre à teoria dos princípios para responder a questão fundamental acerca do conteúdo absoluto ou variável dos deveres de proteção. Cf. Das Untermassverbot, pp. 161-166 e 170 e s.

⁶⁶ Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 76 e s.

fundamentais) de eficácia imediata, permitindo, por conseguinte, maior justiciabilidade.⁶⁷

A dimensão objetiva⁶⁸, por sua vez, possui uma estrutura disjuntiva e se realiza por intermédio da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo (eficácia mediata), tendo, portanto, uma justiciabilidade reduzida quando comparada à dimensão subjetiva.⁶⁹ No entanto, o controle, nesses casos, se restringiria à determinação de que há uma obrigação estatal, seja porque nenhuma medida protetiva foi tomada pelas autoridades responsáveis, seja por conta da insuficiência dos meios escolhidos. Todavia, concluir que o Estado é obrigado a proteger, ou que existiria mesmo uma pretensão à proteção, é apenas o primeiro passo.

Permanece a pergunta se a partir da constituição é possível extrair a forma de proteção, no sentido de um patamar mínimo. Os critérios discutidos a seguir podem desempenhar papel relevante nessa discussão, sem que seja dado espaço a radicalismos. Nesse sentido, deve ser rechaçada qualquer postura que sustente o controle absoluto dos meios de proteção, bem como as teses que proclamam a impossibilidade de qualquer controle judicial sobre omissões estatais. Embora com menor intensidade, semelhante problema afeta a atuação discricionária da administração pública. A princípio, a liberdade decisória do órgão para decidir a melhor medida cabível, consubstanciada na ideia de oportunidade e conveniência no momento e na forma de atuar, é ampla. No entanto, as condicionantes do caso concreto podem reduzi-la consideravelmente.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink observam que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a constituição confere ao legislador ou administrador uma liberdade de decisão ampla para a definição do meio de implementação do dever de proteção. No geral, observam os autores, os parâmetros para o cumprimento de um dever de proteção dependem da avaliação do tipo e da dimensão

⁶⁷ Cf. IV.2.2, *supra*.

⁶⁸ Essa descrição é aplicável exclusivamente aos deveres de proteção e não às demais figuras dogmáticas extraídas da dimensão objetiva e da tese axiológica dos direitos fundamentais, conforme visto no tópico IV.1.2.2, *supra*.

⁶⁹ Aqui, tais características são apresentadas paralelamente, em nível de igualdade. Assim, não importa ao presente trabalho se a primeira decorre da segunda e esta da terceira ou vice-versa.

(hierarquia) dos interesses público e privado, bem como da regulamentação jurídica já disponível e medidas já adotadas pelo Poder Público.⁷⁰

No entanto, é possível que, sob condições excepcionais, as esferas de discricionariedade do legislador e da própria administração se tornem bastante reduzidas. Dessa forma, em virtude do grau de concretização atingido por alguns dispositivos constitucionais, e das condições materiais e normativas do caso concreto, a liberdade conformativa desses Poderes em alguns temas seja de tal modo restrita, que somente uma única medida seja adequada e suficiente para proteger um direito fundamental. Essa foi a tese sustentada pelo Tribunal Constitucional alemão nas decisões Aborto I e II, vistas anteriormente.⁷¹

Além disso, para alguns autores, baseados na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, haveria uma espécie de dever de aprimoramento da legislação em casos de falhas ou lacunas na proteção dos bens jurídicos fundamentais, impulsionado pela evolução tecnológica, assim como pela mudança no tipo de violações perpetradas, o que poderia implicar a defasagem da lei e dos meios escolhidos para preencher os deveres de proteção.⁷²

No presente tópico procuro apresentar alguns elementos fáticos e normativos que permitem a transição da função protetiva de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais para outra, subjetiva – ou seja, de uma dimensão com menor justiciabilidade para outra que permita, conseqüentemente, um acréscimo na justiciabilidade dessa função dos direitos fundamentais.

Cabe acrescentar, por fim, que é possível sustentar que, embora tais elementos sejam apontados como critérios que devem ser considerados pelo Judiciário e devem estar presentes em sua argumentação, eles não dizem respeito ao problema da justiciabilidade. Pelo contrário, a presença de tais elementos no caso concreto presta a outra finalidade, que é a de fundamentar a existência, em concreto, de um dever de

⁷⁰ *Grundrechte*, p. 26

⁷¹ Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, p. 71; Robert Alexy, „Zur Struktur“, pp. 118 e s.; Karl-Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, *DVBl.* 108 (1993), p. 982; e Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht“, p. 495. Sobre o caso alemão, cf. item 3.2.4.2, *supra*.

⁷² Cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 24 e s. Essa questão será tratada abaixo, no tópico V.1.4.5.

proteção – que, como visto, é etapa anterior à própria discussão sobre os limites da justiciabilidade. Contudo, parece-me que não é possível dissociar a ideia de justiciabilidade e a de fundamentação da existência de uma omissão estatal quando a um dever de proteção.

Diante das críticas apresentadas no tópico anterior, tomei o cuidado de, ao discutir a incorporação de cada elemento de controle na argumentação de um tribunal constitucional, considerar também suas implicações para o problema da separação de poderes. Em outras palavras, a necessidade de pôr a salvo uma esfera de discricionariedade dos demais poderes na implementação dos deveres de proteção orientou a abordagem e as discussões que faço a seguir.

V.1.4.1 Avaliação sustentável (defensável)

O Tribunal Constitucional alemão desenvolveu uma espécie de método de análise ou ferramenta argumentativa para casos em que decisões sobre a inconstitucionalidade ou não de uma medida estatal poderiam repercutir consideravelmente na ideia de separação dos Poderes. Trata-se do conceito de *avaliação sustentável* ou defensável.⁷³ A premissa fundamental é que o dever de avaliar os interesses em jogo no caso concreto, bem como as alternativas à disposição do Poder Público para realizar determinado objetivo caberia àquele que tem a prerrogativa constitucional de tomar a decisão – no caso, o legislador ou a Administração Pública.

Assim, quem toma uma decisão para a qual é constitucionalmente competente tem o ônus de demonstrar que a decisão foi tomada levando-se em conta todos os fatores que pudessem influir no conflito de interesses que emerge da colisão entre direitos fundamentais. Em linhas gerais, trata-se de uma espécie de “prestação de contas” das instâncias decisórias competentes ao tribunal constitucional que as controla. Assim, o papel de um tribunal constitucional, nesses casos, seria o de avaliar não a correção da decisão, mas, sim, sua “razoabilidade”.

⁷³ Também traduzido por alguns como “avaliação justificável”. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”, in: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva; 2007, p. 471. Em alemão, “vertretbare Einschätzung”. BverfGE 88, 203 e 50, 290.

Tradicionalmente, a legitimidade do parlamento se assenta sobre o princípio democrático, razão pela qual suas decisões são tomadas com base no critério majoritário. Por outro lado, no caso de um tribunal constitucional, sua legitimidade é comumente descrita como argumentativa.⁷⁴ A ideia da avaliação defensável, contudo, parece constituir uma tentativa de atribuir uma legitimidade argumentativa também para as decisões do parlamento, que teriam o ônus – constitucional, e não apenas político – de justificar suas decisões racionalmente.

A despeito da amplitude vaga do sentido de defensável (ou sustentável) como atributo da avaliação feita pelo formulador da política pública em exame, não vislumbro grandes problemas nessa premissa. Afinal, não se poderia supor que, ainda que tomadas com base em critério quantitativo (provação por meio de votação majoritária), as decisões do parlamento possam ser irracionais (ou injustificáveis), desde que reflita a vontade da maioria aferida quantitativamente.

Note-se que, no caso dos deveres de proteção, o ente competente para tomar a decisão deve justificar a suficiência da medida para proteção da vítima, e não a constitucionalidade da restrição aos direitos do agressor. Essa diferenciação é apenas uma decorrência lógica da distinção entre as proibições de excesso e de insuficiência.

Na decisão conhecida como Aborto II, o Tribunal Constitucional alemão assinalou, de maneira expressa, a necessidade de observância do postulado da “avaliação sustentável”. Assim, “as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis”.⁷⁵ Mais adiante, observa o tribunal que “o legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, de tal sorte que com ele a proteção à vida intrauterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência”.⁷⁶

⁷⁴ No mesmo sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, *RDA* 250 (2009), p. 209; e Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, São Paulo Saraiva, 2011, p. 81.

⁷⁵ BVerfGE 88, 203 (254).

⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (262).

Percebe-se, aqui, que a “sustentabilidade” da avaliação feita pelo conformador do plano de proteção (no caso, o legislador penal) depende, em grande medida, do subsídio fornecido por dados empíricos e informações técnicas confiáveis, o que apenas evidencia ainda mais a exigência de racionalidade na decisão tomada pelo parlamento ou pelo Executivo.

Essa avaliação deve recair tanto sobre os meios e instrumentos empregados para a proteção de direitos fundamentais, quanto sobre um exercício prognóstico – ou seja, sobre os resultados que se esperam alcançar mediante tais ações. Assim, observa Peter Unruh que o Tribunal Constitucional alemão, na decisão sobre o armazenamento de armas químicas⁷⁷, considerou satisfatório o nível de proteção assegurada à saúde e integridade física dos cidadãos pelas medidas já adotadas pelo Estado, e que não havia evidências de que as regras e protocolos vigentes protegeriam de maneira insuficiente ou falha tais direitos.⁷⁸

Dito de outra maneira, o tribunal parece indicar que a avaliação da situação feita pelas autoridades é perfeitamente sustentável ou defensável. Nas palavras do tribunal, nada corroborava a alegação de que “as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”, sendo que caberia a quem arguiu a inconstitucionalidade da lei o ônus de demonstrar tais alegações.⁷⁹

Em trecho bastante reproduzido por diversos autores, extraído de decisão acerca da constitucionalidade do direito de participação de empregados nos órgãos de direção de empresas privadas, e que não diz respeito diretamente ao problema dos deveres de proteção, o Tribunal Constitucional alemão tentou delimitar melhor os tipos de controle a que a atuação (ou omissão) dos demais Poderes estaria sujeita:

“Mais especificamente, a prerrogativa de avaliação de que o legislador dispõe depende de fatores de diversas ordens, principalmente das especificidades da matéria em discussão, das possibilidades de se formar uma convicção abrangentemente segura, bem como da relevância dos bens jurídicos em jogo. Dessa forma, ao avaliar os prognósticos do legislador, a jurisprudência do Tribunal Constitucional lança mão de critérios diferenciados, que, embora correlacionados a outros questionamentos, vão desde um

⁷⁷ Cf. item III.2.5, *supra*.

⁷⁸ Cf. *Zur Dogmatik*, p. 81.

⁷⁹ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência*, p. 308.

controle de evidência até um controle material intensificado, passando por um controle de sustentabilidade ou justificabilidade”.⁸⁰

Essa argumentação foi utilizada pelo mesmo tribunal em decisão célebre a respeito da criminalização do porte e uso de produtos derivados de *cannabis sativa*. Após o exame das circunstâncias que envolvem o desenho de uma política pública antidrogas, o Tribunal Constitucional alemão concluiu que, diante da ausência de consenso acadêmico-científico sobre o tema, o legislador disporia de ampla margem de discricionariedade para a definição dos prognósticos e da melhor forma de lidar com o problema.⁸¹ Em outras palavras, diante de uma discussão político-criminal ainda inconclusa, o legislador teria o “benefício da dúvida” ao optar por uma ou outra estratégica, uma vez que o fim, em si, era considerado legítimo e compatível com a constituição.

Obviamente, críticas poderiam ser feitas quanto ao subjetivismo da decisão que considera satisfatória ou não a justificativa apresentada pelo Poder competente.⁸² Além disso, também se critica a falta de precisão do Tribunal Constitucional alemão relativamente à vagueza conceitual dos termos “avaliação sustentável” e “controle por evidência”, apenas para citar alguns exemplos.⁸³

Em todo caso, essa tese, a meu ver, tem a virtude de estabelecer uma espécie de distribuição dos ônus argumentativos para casos de controle de constitucionalidade da insuficiência ou não de uma atuação estatal objetivando a proteção de um bem jurídico fundamental. Em outras palavras, ela não apenas deixa claro o papel argumentativo do elaborador da estratégia de proteção, como também contribui para delimitar os pontos controvertidos e sobre os quais a decisão do tribunal constitucional deve se debruçar.

⁸⁰ BVerfGE 50, 290 (332 e s.). Essa sistemática de controle, chamada de “modelo de níveis de intensidade”, também foi recentemente levada à discussão do STF pelo Ministro Gilmar Mendes. Cf. HC nº 102.087/MG, DJe 14/08/2012.

⁸¹ BVerfGE 90, 145, também conhecido como “Caso Cannabis”.

⁸² No mesmo sentido, cf. Michael Doldorer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 293; e Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 8. Aufl., München: C.H. Beck, 2010, Rn. 496 e s.

⁸³ Cf., sobretudo, as considerações de Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 82.

V.1.4.2 Limites do exigível: monopólio da violência e autotutela

Não é porque exista uma medida mais eficiente do que aquela já posta em prática pelo Poder Público que este se vê obrigado a substituir esta por aquela. Em outras palavras, não é sempre que a simples existência de uma medida protetiva mais eficaz implica, necessariamente, a inconstitucionalidade da medida estatal menos eficaz.

Aqui, a comparação deve ser entre medidas protetivas de diferentes graus de eficácia. Ainda que as duas medidas comparadas imponham o mesmo grau de restrição aos direitos do agressor contra quem se pretende proteger a vítima, o critério da eficiência não é suficiente, *per se*, para determinar a escolha de uma em detrimento da outra medida. Pode haver casos em que a medida menos eficiente é constitucional, mesmo que haja uma alternativa mais eficiente para proteger o direito fundamental.⁸⁴

A implementação de um plano de proteção também envolve uma avaliação dos custos materiais e humanos das medidas estatais nele previstas. Essa avaliação compete primariamente aos Poderes competentes para elaborar a política de proteção, uma vez que os recursos são escassos e sua alocação é fruto de uma opção política. A adoção de uma medida protetiva de maior alcance ou eficácia pode ser considerada *inexigível* pelo tribunal constitucional, que, ao fazê-lo, acaba referendando a opção feita pelo legislador por uma proteção menos eficaz.⁸⁵

Do mesmo modo que no caso do parlamento, a esfera discricionária da administração pode vir a sofrer uma drástica redução, culminando, por vezes, em casos nos quais apenas uma solução é admitida.⁸⁶ Quando não houver motivos que reduzam o âmbito de sua escolha, o destinatário do dever de proteção dispõe de ampla gama de possibilidade de atuação. Os limites estabelecidos pela proibição de arbitrariedade somente podem ser determinados concretamente (e não abstratamente), em função dos elementos fáticos e jurídicos que desempenham papel condicionante no caso concreto.

⁸⁴ Cf. Marcus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 110; e Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, p. 83.

⁸⁵ Essa inexigibilidade ou, em alemão, “unzumutbarkeit”, não deve ser confundida com o critério da inexigibilidade contida na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Naquela, a exigibilidade é com relação a uma conduta do Poder Público que ultrapassasse os limites da razoabilidade (cf. Peter Lars Störing, *Das Untermassverbot*, p. 216); na proporcionalidade em sentido estrito, o que é inexigível é o sacrifício do direito fundamental restringido para a realização de outro direito fundamental (cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, p. 68).

⁸⁶ Há quem fale, aqui, em pretensão a uma *discricionariedade livre de erros*. Cf. Werner Henke, “Das subjektive öffentliche Recht”, p. 651; e Karl-Eberhard Hain, “Der Gesetzgeber”, p. 984.

Por outro lado, os limites dessa exigibilidade não são estanques, podendo avançar, acompanhando o desenvolvimento tecnológico. Assim, por exemplo, a proteção dos habitantes de uma cidade grande contra a poluição atmosférica faz progressos quando se torna possível ampliar o controle das emissões de poluentes por veículos automotores, obrigando os proprietários a submeter seus veículos a monitoramento e manutenção periódicos. O que antes era infactível diante do alto custo e das dificuldades de acesso a tecnologias avançadas pode deixar de sê-lo em momento posterior, em razão da evolução científica.

De maneira semelhante, a discussão acerca do alcance da exigibilidade da proteção estatal também abrange um problema de fundo moral-filosófico. Trata-se, aqui, da discussão acerca dos limites do paternalismo estatal e da garantia da autonomia privada. O dilema consiste em se determinar até que ponto se pode demandar uma participação maior do Estado na vida dos indivíduos, ou se bastaria contar com a capacidade destes de agirem por si mesmos para se defender de outros particulares. Por outro lado, o “paternalismo”⁸⁷ se justifica em razão do monopólio da violência nas mãos do Estado, especialmente caso se leve em conta que grande parte das medidas protetivas pressupõe o uso da força, o que vedaria, a princípio, a hipótese de autotutela.⁸⁸ Na visão de Josef Isensee, essa proteção devida pelo Estado não mais é do que uma forma de compensação do Estado democrático de direito pela renúncia dos cidadãos à autotutela.⁸⁹

O critério da inexigibilidade é criticado como sendo “excessivamente impreciso”, além de não oferecer uma alternativa viável ao controle de avaliação sustentável, visto no tópico anterior.⁹⁰ Com efeito, essa crítica parece correta, ao meu ver, apenas em parte. Embora a tese do controle da discricionariedade estatal por meio de figuras como o controle de evidência e a avaliação sustentável permita que o tribunal leve em consideração argumentos de ordem técnico-científica, eles não permitem a incorporação de argumentos de filosofia moral, bem como políticos na tomada de

⁸⁷ Sem juízo de valor, refiro-me, aqui, ao sentido possivelmente mais neutro da palavra, simplesmente como contraponto à ideia de inação ou omissão estatal.

⁸⁸ Cf. Josef Isensee, *Das Grundrecht*, pp. 56 e s.; e, do mesmo autor, *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. V, § 111, Rn. 142. Sobre paternalismo estatal, especialmente em se tratando da tutela por meios penais, cf. Luciano Feldens, *A constituição penal*, pp. 135 e ss.

⁸⁹ Cf. *Das Grundrecht*, p. 36.

⁹⁰ No mesmo sentido, cf. Lars Peter Störing, *Das Untermassverbot*, p. 222 e s.

decisão pelo tribunal, o que, de certo modo, é algo corriqueiro em se tratando de decisão envolvendo direitos fundamentais.

Desse modo, embora o controle de evidência permita que o tribunal considere razoável a opção legislativa por determinado plano de proteção, ele não permite que se rejeite outro plano de proteção mais eficiente, mas que, por diversas razões, não pode ser exigido do Poder Público.

V.1.4.3 Proibição de retrocesso

Víctor Abramovich e Christian Courtis defendem a ideia de que um direito social apenas pode ser considerado verdadeiramente um direito na medida em que o titular ou credor desse direito está em condições de produzir, mediante uma demanda ou queixa judicial, o enunciado de uma sentença que imponha o cumprimento da obrigação gerada por seu direito.⁹¹ Em seguida, esses autores também reconhecem que, por outro lado, a atuação judicial é bastante problemática nos casos limites, em que se verifica o descumprimento geral e absoluto de um dever estatal de prestação positiva – em oposição ao descumprimento ou omissão parciais, em que algo já é prestado, mas de maneira insuficiente. Nesse caso, dificilmente uma decisão judicial poderia substituir as medidas gerais adotadas via legislação sem que acarretasse distorções e iniquidades.⁹²

Embora façam essa concessão, reconhecendo a procedência dessa objeção, os autores contra-argumentam no sentido de que, concretamente, é pouco provável que o Estado descumpra de maneira integral uma obrigação a ele imposta. Em regra, quando essa prestação abrange um serviço público, este existe, mas é prestado de maneira precária ou incompleta – mesmo que a legislação o preveja de maneira satisfatória.

Esses autores sustentam, contra essas objeções, que, ainda que se critique o controle judicial da realização dos direitos sociais (e, por conseguinte, de deveres jurídicos que impõem ao Estado uma prestação positiva), existe uma *justiciabilidade mínima*, que encontraria menos resistência e objeção: a impossibilidade de retrocesso. Em outras palavras, estaria o Judiciário em condições de, pelo menos, controlar as

⁹¹ Cf. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 38.

⁹² Cf. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 42.

tentativas de redução do grau de realização já efetivamente alcançado pelas políticas públicas.⁹³

De maneira semelhante, acredito que tal raciocínio pode ser replicado no caso dos deveres de proteção, afinal, em ambos os casos cuida-se do controle judicial de omissões estatais na implementação de deveres de prestação positiva.⁹⁴ Dessa forma, ainda que se objete a justiciabilidade dos deveres de proteção, a intervenção judicial na definição do “esquema de proteção” de um direito fundamental é consideravelmente menos problemática quando se controla a atuação do legislador tendo como parâmetro também uma ação deste, ainda que, no limite, se esteja controlando sua omissão parcial, quando reduz o grau de proteção já em vigor.

A principal razão disso é que, ao cotejar duas medidas estatais diferentes, mas ambas escolhidas pelo legislador, a justiciabilidade do dever de proteção se aproxima da função defensiva dos direitos fundamentais, pois em ambos os casos tem-se um oposto definido à medida controlada. Assim, no caso dos direitos de defesa, compara-se a situação A (com intervenção estatal) e a situação B, em que o Estado se abstém de intervir na esfera de direitos do indivíduo; no caso dos deveres de proteção, compara-se a situação A, em que determinada medida estatal protetiva está em prática, e a situação B, na qual uma nova medida é adotada em substituição àquela primeira. Isso permite ao órgão julgador superar as dificuldades impostas pela estrutura disjuntiva dos deveres de proteção.⁹⁵

Por outro lado, é evidente que essa ideia é passível de críticas, mais especificamente com relação a dois pontos. Em primeiro lugar, são inúmeras as dificuldades em se apontar onde há ou não retrocesso. Ainda que se conheça o ponto de partida e de chegada, a definição do que é avanço ou retrocesso torna-se facilmente objeto de disputa. Em segundo lugar, é difícil falar em avanço e retrocesso quando há duas perspectivas possíveis para uma mesma situação: a da vítima, que tem seu direito

⁹³ Cf. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 43.

⁹⁴ Agradeço, aqui, às sugestões feitas pelo Prof. Marcos Paulo Veríssimo durante a banca de exame de qualificação que antecedeu a confecção desta dissertação de mestrado.

⁹⁵ Para uma comparação entre as estruturas disjuntiva e conjuntiva das funções dos direitos fundamentais, cf. , *supra*.

protegido, e a do agressor, que vê seus direitos restringidos em nome do dever de proteger.⁹⁶

De qualquer forma, o controle do retrocesso me parece ser uma parâmetro válido a permitir a justiciabilidade dos deveres de proteção. Embora esteja de fato sujeita a toda ordem de subjetivismos, o embate argumentativo, especialmente em se tratando de órgãos judiciais colegiados, é capaz de permitir a definição, em concreto, de pontos em aberto para cada caso – tais como a comparação das medidas das perspectivas da vítima e do agressor, a fim de que se defina, idealmente pelo consenso, se se está diante de um avanço, retrocesso ou manutenção do grau de proteção de um direito fundamental. Além do mais, essa forma controle não deve ser aplicada isoladamente, desconsiderando os demais elementos discutidos neste capítulo, a balizarem a atuação judicial.

V.1.4.4 Interpretação da legislação infraconstitucional

A despeito das críticas relativas à vagueza conceitual da proibição de insuficiência e à adequação do teste da proporcionalidade para o controle de omissões estatais, é possível discutir alguns elementos que devem estar presentes no caso concreto para que se possa imputar ao Estado o descumprimento de um dever de proteção.⁹⁷ Por meio das normas de direito comum, os deveres de proteção podem encontrar eficácia indireta entre particulares, de modo que o tribunal constitucional seria corresponsável pela efetivação, devendo observar a discricionariedade política do legislador ao dar forma à proteção.

Desse modo, um tribunal poderia controlar a inação estatal e contribuir para a efetivação dos deveres de proteção também por meio de sua atividade ordinária: interpretar e aplicar o direito infraconstitucional. No limite, o papel dos tribunais na efetivação dos deveres de proteção consistiria em interpretar a legislação sobre, por exemplo, um contrato privado envolvendo relação de consumo à luz dos deveres de

⁹⁶ Embora faça ressalvas, Josef Isensee também parece concordar com a tese de controle a partir da proibição de retrocesso. Cf. *Das Grundrecht*, pp. 50 e s.

⁹⁷ No mesmo sentido, cf. Peter Unruh, *Zur Dogmatik*, pp. 74 e s. Esses elementos também podem ser chamados de suporte fático dos deveres de proteção. Cf. Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 74 e s. Sobre a aplicabilidade da noção de suporte fático à dogmática dos direitos fundamentais, cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 185 e ss.; e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 67 e s. Em sentido contrário, cf. Luís Fernando Castillo Córdova, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales – RMDC* 12 (2005): 99-129.

proteção – em função, por exemplo, do mandamento constitucional de proteção do hipossuficiente em uma relação de consumo (art. 5º, XXII e art. 170, V, CF).

Esta forma de vinculação do Judiciário se confunde com a figura da eficácia horizontal dos direitos fundamentais - especialmente, da incidência indireta desses direitos sobre as relações privadas.

V.1.4.5 Critérios gerais de imputação de um dever ao Estado

A proposta de alguns autores para o problema do controle judicial das omissões estatais também envolveria uma espécie de combinação de alguns fatores, que assumiriam a função de elementos de imputação de deveres ao Estado.⁹⁸ Para tanto, buscaram-se apontar alguns pressupostos que se julgam necessários para o reconhecimento de um dever de proteção: o fato de o *ato violador* do particular é ilícito; a existência de assimetria econômica entre as partes e os efeitos da pressão econômica exercida pelo agressor sobre a vítima; a existência de *riscos* e *perigos* como algo inexorável da vida humana; bem como a impossibilidade de obter respostas para todos os casos a partir da legítima defesa, pois nem todos os perigos proveem do uso da força física; dependência do titular do direito em relação ao comportamento do outro sujeito.⁹⁹

Baseando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink anotam a existência de uma espécie de diretrizes para o controle judicial da omissão estatal, quando: (i) a violação que pode resultar da exposição de um direito fundamental a riscos for irreparável; (ii) a evolução de um estado de risco para uma situação de efetiva violação do direito não estiver sob controle; ou (iii) a relação de conflito não puder ser regulada autonomamente para cada um dos indivíduos envolvidos.¹⁰⁰

Lars Peter Störring, por outro lado, após criar duas grandes categorias de controle da atuação estatal¹⁰¹, sintetiza esses critérios em uma formulação diferente, e

⁹⁸ Nesse sentido, cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 84.

⁹⁹ Cf. Wilson Steinmetz, „Direitos fundamentais“, pp. 208 e s.; Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 80; Johannes Dietlein, *Die Lehre*, pp. 195-198; e Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 74-78.

¹⁰⁰ *Grundrechte*, p. 26

¹⁰¹ Âmbito de discricionariedade normativo e empírico-cognitivo. Cf. *Das Untermassverbot*, pp. 218 e ss.

sustenta que eles desempenhariam um papel central no sopesamento de interesses que envolve a implementação dos deveres de proteção: (i) a intensidade, o tipo e a probabilidade da violação; (ii) suas possíveis consequências sobre os interesses colidentes; (iii) eficácia das regras de proteção já vigentes; (iv) possibilidade de a vítima valer-se da autotutela; (v) irreversibilidade dos danos.¹⁰²

Essas propostas fazem bastante sentido, especialmente quando se considera que um “esquema de proteção” – para usar aqui uma expressão do Tribunal Constitucional alemão ao estipular que a tarefa dos poderes constituídos pressupõe, em termos gerais, tanto o planejamento quanto a execução de uma estratégia de proteção do direito fundamental em perigo¹⁰³ – somente pode ser concebido quando se conhece o tipo e a extensão da ameaça contra a qual se pretende proteger o direito envolvido.

Ademais, também possuiriam significado essencial o tipo e a hierarquia do bem jurídico protegido, isto é, o peso concreto dos bens e interesses envolvidos em cada situação. Isso porque a proteção contra uma agressão à vida e à integridade física seria, ao menos em princípio, mais fácil de ser constitucionalmente justificada do que um dever genérico de proteção da liberdade de atuação ou de propriedade, por exemplo. Do mesmo modo, a gravidade da intervenção e a intensidade da ameaça (risco ou perigo) também devem ser mencionadas como possíveis critérios para fundamentar a intervenção do judiciário no “esquema de proteção”. Assim, um dever de proteção tem maiores chances de ser fundamentado, quanto mais grave a agressão e quanto mais sério e iminente o risco de dano.¹⁰⁴

Nesse sentido, pode ser mencionada a proteção a grupos tradicionalmente mais vulneráveis, o que muitas vezes se dá por meio da limitação constitucionalmente justificada do princípio da isonomia. Desse modo, o Estado age para proteger idosos, crianças e adolescentes, inclusive, por um mandato constitucional expresso (arts. 227 e 230 da CF). Essa é a justificativa, por exemplo, para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) procurasse editar resolução proibindo a comercialização

¹⁰² Cf. *Das Untermassverbot*, p. 224. No mesmo sentido, cf., também, Georg Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz*, p. 256; e Josef Isensee, *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. V, § 111, Rn. 142.

¹⁰³ Cf. item III.2.6, *supra*.

¹⁰⁴ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição”, p. 94; e Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 78.

de produtos fumígenos misturados com temperos (menta, açúcar, canela, etc.), com grande apelo entre crianças e adolescentes.¹⁰⁵

De fato, as *lacunas* de proteção também podem ser consideradas inconstitucionais. A negação da proteção estatal devida viola os direitos do titular tal como qualquer intervenção estatal ilícita na esfera de liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, há quem rejeite a afirmação de que a violação de um direito por meio de uma agressão oriunda do poder estatal seria sensivelmente mais fácil de identificar, que a violação resultante da omissão de proteção.¹⁰⁶

Com isso, questiona-se a assunção comumente feita de que a agressão é sempre algo individualizável e determinável, ao passo que aquilo que o dever de proteção exige do Poder Público é consideravelmente aberto, na medida em que vincula a atividade do legislador. Fala-se, aqui, em níveis ou camadas acessíveis ao controle judicial – ou controle em camadas.¹⁰⁷ Caso falte uma lei, a forma de proteção não pode ser objeto de controle. O legislador deve decidir se atua por meio da restrição de direitos, ou se toma outras medidas.¹⁰⁸

V.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Neste tópico procuro discutir duas figuras processuais – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção – previstas no ordenamento brasileiro e cujo potencial ainda me parece negligenciado ou, no mínimo, pouco aproveitado no tocante ao controle judicial dos deveres de proteção. Dessa forma, pretendo demonstrar que o controle de constitucionalidade das omissões estatais não só é legítimo do ponto do direito positivo, como já constituía uma das preocupações centrais do constituinte de 1988. Assim, o controle das omissões envolvendo direitos fundamentais deixa de ser visto como algo tão inovador como se possa imaginar.

¹⁰⁵ Cf., a respeito, a entrevista de José Agenor Álvares da Silva, diretor da Anvisa, cocedida ao Programa Nacional de Controle do tabagismo, coordenado pelo Inca (Instituto Nacional de Câncer). Disponível em <http://www.inca.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=2011>, consultado em 20/08/2012.

¹⁰⁶ Cf. Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p. 494

¹⁰⁷ Cf. Hans-Hugo Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, pp. 495 e s. Aqui, o autor discute a pretensão à atuação policial, cujas tarefas não seriam difíceis de determinar: combater distúrbios à ordem pública, e proteção de bens jurídicos fundamentais.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, cf. Christian Starck, *Praxis der Verfassung*, p. 83.

Cabe esclarecer que se trata de figuras com rito especial, previstas na constituição, mas que não excluem a possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal para impugnar omissões inconstitucionais envolvendo direitos fundamentais pelas vias processuais ordinárias – tais como Recursos Extraordinários, Mandados de Segurança, *Habeas Corpus*, etc.

V.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Trata-se de uma inovação da Constituição Federal. Prevista no art. 103, § 2º, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é regulamentada pela Lei nº 9.868/99, com modificações introduzidas pela Lei nº 12.063/09. Se, por um lado, deve ser comemorada a própria ideia de que a omissão de um dos poderes constituídos possa ser tachada de inconstitucional pelo STF, por outro, o próprio texto constitucional é vago o suficiente para criar problemas para uma definição suficientemente precisa do que seria uma *omissão inconstitucional*.

Nesse sentido, o § 2º do art. 103 da CF é consideravelmente vago: “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. O texto sugere que não basta o texto constitucional para que a norma se efetive, sendo necessária que uma medida seja adotada por alguma autoridade para que a norma constitucional seja efetivamente cumprida.¹⁰⁹ De maneira alguma isso implica que a medida omitida sempre deva, necessariamente, estar prevista no texto constitucional como um comando a um dos poderes (como o constituinte o faz, por exemplo, ao usar a expressão “nos termos da lei”).¹¹⁰ Assim, a medida é mais do que, simplesmente, a edição de uma lei ou regulamento administrativo, pois a efetividade de toda norma depende da atuação da autoridade a ela vinculada.

Feitas essas considerações, a pergunta ainda permanece: como caracterizar essa medida? Poderia ser a prestação de um serviço público, a edição de uma lei, a apuração de condutas ilícitas e aplicação de penalidades? Ou tudo isso junto? Cabe

¹⁰⁹ Não estou preocupado, aqui, com as distinções entre eficácia, efetividade, aplicabilidade e outros termos congêneres. Acredito que a ausência de uma distinção conceitual e terminológica não prejudique a compreensão do argumento. Para uma explicação das possíveis distinções entre esses termos, com a indicação da bibliografia pertinente, cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 64 e s.; e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, pp. 208 e 228-243.

¹¹⁰ Esse requisito é específico, por outro lado, no caso dos mandados de injunção, conforme será visto adiante, no tópico seguinte.

salientar, aqui, que esse dado é mais um fator complicador, pois, virtualmente, a efetividade de toda e qualquer norma jurídica depende do ato de uma autoridade – seja para fiscalizar, seja para penalizar alguém pelo descumprimento de uma norma, seja para regulamentar o procedimento ou definir conceitos jurídicos.¹¹¹

Ressalte-se, ademais, que a própria constituição também restringe o alcance da imputação da omissão, pois a constatação desta deverá ser comunicada “ao Poder competente”. Como se vê, à semelhança dos deveres de proteção, a medida estatal omissa deve ser tomada pelo Poder Público – ou seja, não há vinculação direta do particular-agressor à norma constitucional, mas, sim uma relação jurídica entre o particular-vítima e o Estado.¹¹² Em outras palavras, o agressor não se vê diretamente vinculado pela norma constitucional, mas o próprio Estado é obrigado a agir, pois essa omissão inconstitucional somente pode partir de algum dos poderes constituídos.

A Lei nº 9.686/99, ao regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tampouco contribui para lançar luz sobre os problemas acima levantados. Um dos poucos avanços é o reconhecimento expresso da possibilidade de haver *omissões parciais* (não mencionado no texto constitucional), ao estipular que a concessão de liminar nessas ações pode determinar a suspensão da aplicação do ato normativo tido como “parcialmente omissor” (art. 12-F, § 1º). No entanto, não há qualquer indicação para tratar das omissões totais – quer por meio de liminares, quer quando do julgamento definitivo de mérito da ação.¹¹³

Aliás, nesse aspecto, a lei, amparada no art. 103, § 2º, CF, determina que, uma vez julgada procedente a ação, a declaração de inconstitucionalidade da omissão será apenas “comunicada à autoridade competente”.¹¹⁴ Essa disposição, por um lado, pode limitar as possibilidades de justiciabilidade dos deveres de proteção, discutidas no

¹¹¹ Em sentido semelhante, cf. Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, 4. ed., Lisboa: Calouste Gulbekian, 2005, p. 26; e Paulo Bonavides, *Curso*, pp. 240 e s.

¹¹² Neste ponto, a Constituição Federal mostra-se compatível com a ideia de relação jurídica de estrutura *triangular* (ou, para alguns, *poligonal*), subjacente à tese dos deveres de proteção, conforme discutido anteriormente. Cf. IV.2.1.1, *supra*.

¹¹³ Para uma tipologia das omissões inconstitucionais, cf. Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 327 e ss.

¹¹⁴ Em se tratando de autoridade administrativa, o art. 12-H, § 1º da Lei nº 9.868/99 estipula um prazo de 30 dias para que sejam adotadas as providências necessárias para suprir a omissão.

tópico anterior. De qualquer forma, parece-me que esse problema é geral e inerente a toda forma de controle da omissão legislativa (e não apenas dos deveres de proteção).

De todo modo, essa indefinição conceitual debatida em torno da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser explorada pelo próprio STF, que, na prática, tem a prerrogativa de fixar, jurisprudencialmente, os termos e limites de sua competência. Dessa forma, o tribunal poderia perfeitamente caracterizar a omissão estatal na implementação de um dever de proteção como sendo uma forma de “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” – consistente na ordem de proteção de direitos fundamentais – ensejando, assim, o ajuizamento de uma ação direta. Não encontro grandes problemas teóricos ou práticos para tanto. Embora ainda bastante reduzida, nem a própria jurisprudência da corte acerca da ADO parece servir de óbice a uma mudança de entendimento nessa direção.¹¹⁵

V.2.2 Mandado de Injunção

Acredito que o mandado de injunção também sirva ao controle judicial da omissão estatal no tocante aos direitos fundamentais. Embora o mandado de injunção esteja previsto constitucionalmente para tutelar o exercício de direitos e liberdades constitucionais “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, CF), parece-me que sua relação com os deveres de proteção é evidente – especialmente nos casos em que o *plano de proteção* dependa da atuação do legislador. Como se vê, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é uma figura processual que diz respeito exclusivamente ao controle da omissão *legislativa*.

Muito embora nem sempre tenha relação com a *proteção* de um direito contra ataques de outros particulares¹¹⁶, o exercício de direitos e liberdades implica, com bastante frequência, a restrição de direitos e liberdades de terceiros. Aí está o ponto de contato entre os deveres de proteção e o mandado de injunção. Assim, o exercício de um direito só é completo se goza de proteção estatal, de sorte que esse dever de proteger também pode implicar, no caso concreto, a regulamentação do exercício de um direito.

¹¹⁵ Para uma análise da jurisprudência tradicional do STF sobre o tema, cf. Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata*, pp. 364 e s.

¹¹⁶ Novamente, aqui, subjaz a distinção feita alhures entre *proteger* um direito e assegurar condições para *realizá-lo*. Cf. IV.2, *supra*.

Em outras palavras, a ausência de proteção também é uma forma de *inviabilizar* o exercício de um direito – preenchendo, assim, o requisito para a impetração do mandado de injunção.

Note-se, ainda, que a necessidade de regulamentar o exercício de um direito não existe apenas nos casos em que a constituição prevê de maneira expressa a edição de uma lei regulamentadora. Também é possível que, pelas condições do caso concreto, a edição de uma lei seja extremamente necessária, mesmo que a constituição não tenha condicionado o exercício de um direito.¹¹⁷ Esse é o caso dos deveres de proteção, em que raramente há remissão da constituição à edição de uma lei regulamentadora.

Por outro lado, no caso do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência consolidada até 2006, passando a admitir um controle mais “interventivo” da omissão legislativa. De acordo com essa orientação, é permitido ao Poder Judiciário disciplinar, *in concreto*, dispositivo constitucional pendente de regulamentação, em casos extremos e em que a omissão se dê de forma reiterada e persistente.¹¹⁸ Essa nova orientação jurisprudencial será apresentada a seguir, quando procurarei discutir o MI nº 712 (caso da greve dos servidores públicos).

Como se vê, embora previstas em partes diferentes da Constituição Federal, o mandado de injunção, assim como a ação direta de inconstitucionalidade se prestam ao controle judicial da omissão estatal. Além disso, ambas têm pontos de compatibilidade com a tese dos deveres de proteção, permitindo a tutela desses em juízo, também do ponto de vista do processo constitucional.

V.3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Muito embora a tese dos deveres de proteção tenha sido tratada em poucas oportunidades na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente por meio dos votos do Ministro Gilmar Mendes¹¹⁹ – principal entusiasta da dogmática alemã no

¹¹⁷ Nesse sentido, cf. José Afonso da Silva, que chega mesmo a fazer uma associação entre norma regulamentadora e a “medida para tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, § 2º, CF), requisito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vista no tópico anterior. Cf. *Curso*, pp. 450 e 453. No mesmo sentido, cf. Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata*, p. 368.

¹¹⁸ Cf. Paulo Bonavides, *Curso*, p. 551; e Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata*, p. 358-361.

¹¹⁹ Cf., dentre outras, ADI 3.112/DF e ADI 3.510/DF.

tribunal – e de alguns do Ministro Ricardo Lewandowski¹²⁰, parece-me que há uma série de casos concretos em que a função protetiva poderia desempenhar um papel central na argumentação do tribunal.

Não pretendo aqui realizar uma nenhuma espécie de “rejulgamento” de casos que já passaram pelo STF, tampouco apontar para uma solução que me parecesse ideal em cada caso – quer ela coincida, quer não com a decisão efetivamente tomada pelo tribunal. O que me interessa, neste tópico, é demonstrar que a tese discutida neste trabalho não é algo tão distante da realidade constitucional brasileira.

V.3.1 Aborto de fetos anencefálicos (ADPF nº 54)

Nesta arguição por descumprimento de preceito fundamental¹²¹, o STF se viu obrigado a responder se a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padece de uma má formação congênita conhecida como anencefalia se subsumia aos tipos penais previstos nos artigos 124 a 126 do Código Penal (aborto).¹²² Aqui, é de certo modo evidente o paralelo que pode ser feito com as duas decisões sobre aborto do Tribunal Constitucional alemão, já vistas anteriormente.¹²³

No caso, o Supremo poderia argumentar, por exemplo, que o dever estatal de proteção da vida se estenderia a qualquer nascituro, seja ele enfermo ou não – à semelhança do decidido em Aborto I. Por outro lado, obrigar a mulher a levar a cabo uma gestação com chances mínimas de sobrevivência intra e extrauterina também importaria uma restrição excessiva em sua liberdade, saúde e integridade psicológica.¹²⁴

¹²⁰ O ministro invocou a tese dos deveres de proteção para julgar ação direta envolvendo registro público (ADI proposta contra lei que assegura gratuidade aos registros de nascimento e óbito). Cf. ADI nº 1.800. No entanto, optei por não incluir esse acórdão na lista de casos analisadas na presente dissertação.

¹²¹ Embora o acórdão final ainda não tenha sido publicado ou disponibilizado pelo tribunal eletronicamente, pois alguns ministros ainda não concluíram a revisão de seus votos, os votos de alguns ministros já foram por eles divulgados. Para obtê-los, foi necessário entrar em contato com a assessoria do tribunal na página da internet: www.stf.jus.br. Parte do material pode ser encontrada em informativo elaborado pelo próprio tribunal, resultado, em parte, de transcrições de arquivos de áudio, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm> (consultado em 20/11/2012).

¹²² Outras linhas argumentativas sugerem caminhos alternativos à ausência de tipicidade (material), que serviu de linha condutora para o voto do Min. Celso de Mello. Assim, estar-se-ia, por exemplo, diante de uma hipótese de excludente de ilicitude ou de punibilidade. Nesse sentido, cf., por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal* II, parte especial: dos crimes contra a pessoa, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 150 e s. Essa discussão dogmático-penal, contudo, não interessa a este trabalho.

¹²³ Cf. III.2.2, *supra*.

¹²⁴ Para uma apresentação mais detida dos argumentos jurídicos e morais invocados no caso, cf. a petição inicial da ADPF, as manifestações de terceiros na qualidade de *amici curiae*, bem como o material

Diferentemente da discussão acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias – conforme será visto no tópico a seguir –, o início da vida não emerge como ponto central da discussão no caso do aborto de fetos anencefálicos. O problema passa a se concentrar, assim, na necessidade ou não, bem como nos meios de o Estado proteger o nascituro enfermo. Embora não tenham abordado o problema à luz da tese dos deveres de proteção, grande parte dos ministros optou por colocar a discussão nos seguintes termos: o Estado tem o dever de proteger a liberdade individual, a saúde e a integridade (física e psíquica) da gestante.¹²⁵

Aqui, novo passo poderia ser dado para concluir que a agressão sofrida pela gestante é resultado não só da situação que, como um todo, lhe inflige um constrangimento excessivo, mas também do próprio feto diagnosticado com anencefalia. Conquanto não seja *sujeito de direito* na plenitude do conceito, a vida do nascituro é um valor objetivo¹²⁶ – juridicamente relevante –, que é restringido para proteger, no caso, a liberdade, a saúde e a integridade da mulher.

Contudo, a argumentação dos ministros pode conter um equívoco. Não é correto descrever o *status* jurídico da gestante como titular de uma pretensão à proteção, como alguns ministros parecem tentar fazer – consciente ou inconscientemente. Embora, como dito, o nascituro anencefálico seja a fonte do sofrimento da mulher, a proteção, aqui, não é contra o feto, mas, sim, contra o Poder Público. Ora, a obrigação de levar adiante a gestação é imposta pelo Estado, por meio da legislação penal. Trata-se, assim, de um caso clássico de direito de defesa que reclama do Estado a abstenção de uma conduta, pois é este, e não um particular, que viola o direito fundamental da gestante.

Por outro lado, o dever de proteção é corretamente invocado apenas no momento de discutir o status jurídico do nascituro, cuja vida, conforme visto anteriormente, constitui um valor objetivo que reclama proteção por parte do Poder

resultante da audiência pública realizada em agosto de 2008. Para uma visão das ciências sociais, cf., ainda, Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, Brasília: Letras Livres, 2003.

¹²⁵ Dentre eles, cf. os votos dos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

¹²⁶ Isso já foi discutido anteriormente. Cf. m

Público contra agressões de outros particulares titulares de direitos fundamentais (da própria gestante ou de terceiros).¹²⁷

No caso da Lei de Biossegurança, discutido a seguir, a ideia de *plano de proteção*, mencionada anteriormente (III.2.2, *supra*), volta a entrar em cena, pois os ministros passam a exigir do Estado medidas que garantam uma proteção mínima à vida. Em se tratando de iniciativa parlamentar de estruturar uma política pública para as pesquisas científicas sobre uma regulação específica, os ministros passam a analisar se as medidas e as precauções desenhadas pelo Legislativo desprotegem completamente a vida, representada, no caso, pelas células-tronco.

V.3.2 Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510)

Cuida-se de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a chamada Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), ao argumento de que a pesquisa com células-tronco embrionárias, autorizada pela referida lei em seu art. 5º, violaria o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Aqui, é o Min. Gilmar Mendes quem procura discutir a constitucionalidade em vista do dever estatal de proteção da vida. O ministro, contudo, dá mais um passo na discussão ao introduzir em sua argumentação a necessidade de que o legislador observe o princípio da *proibição de proteção insuficiente*.

Na visão do ministro, a Lei de Biossegurança não deixa o direito à vida – representada, no caso, de maneira muito genérica, pelo embrião e pela célula-tronco viva que lhe é extraída – completamente desprotegido. A pergunta, portanto, passa a ser se a lei o protege de maneira adequada e suficiente. Em uma análise comparativa com outros países, Gilmar Mendes aponta duas deficiências na lei brasileira: a ausência do que ele chama de órgão de fiscalização que centralizasse o controle de tais pesquisas, que, por ora, estão sujeitas apenas aos comitês éticos das instituições a que os pesquisadores estão vinculados; bem como a falta de uma garantia de que as investigações científicas com células-tronco embrionárias humanas seriam apenas

¹²⁷ Discussão semelhante pode ser travada em relação à exigência de consentimento do cônjuge para a prática do aborto em alguns países, ou mesmo para a realização de esterilização, cuja inobservância é sujeita a responsabilidade criminal (conforme dispõe o art. 10, § 5º, Lei nº 9.263/96). Aqui, embora a recusa do cônjuge possa representar uma ofensa à liberdade da mulher – que poderia argumentar que, cuidando-se de seu corpo, a decisão cabe somente a ela –, a exigência de consentimento é uma imposição do Estado, de sorte que se trata, novamente, de um caso de direito de defesa.

realizadas como *ultima ratio*, quer dizer, apenas quando outros meios científicos disponíveis não fossem adequados para tais pesquisas – por exemplo, o uso de células-tronco de indivíduos adultos.¹²⁸

Na visão do ministro – e esse é uma argumentação plenamente compatível como o caso, contanto que se dê enfoque ao problema a partir do dever estatal de proteção da vida –, esse dever estaria sendo descumprido pelo Estado, uma vez que o “esquema de proteção” elaborado pelo legislador apresentava falhas que colocavam em risco o bem jurídico a ser protegido em face de seus agressores (os próprios pesquisadores). Independentemente de concordar com sua conclusão, parece-me que o caminho argumentativo escolhido pelo ministro faz bastante sentido.

Embora haja quem critique – não sem boa dose de razão – a ausência de reflexão do Min. Gilmar Mendes sobre o arcabouço teórico que importa da Alemanha¹²⁹, este é, com certeza, um dos casos com maior potencial para empregar a tese dos deveres de proteção – inclusive considerando-se os elementos de controle que anteriormente apresentei (cf. V.1.4, *supra*), mas que sequer aparecem no voto do ministro.

V.3.3 Greve dos Servidores Públicos (MI nº 712)

Trata-se de uma série de três mandados de injunção (MI nº 670/ES, nº 708/DF e nº 712/PA) nos quais o Supremo Tribunal Federal mudou sua orientação a respeito dos limites de suas competências, da natureza e dos efeitos da sua decisão nos casos em que a falta de norma regulamentadora impede o exercício pleno de um direito assegurando constitucionalmente. No caso, constatou-se uma injustificada (e, portanto, inconstitucional) omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII da CF.

¹²⁸ Para uma descrição mais detalhada do problema, cf. Rafael Bellem de Lima, “Audiências públicas no controle de constitucionalidade – a representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-tronco”, in: Adriana Vojvodic *et al.* (orgs.), *Jurisdição constitucional no Brasil*, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 256 e s.

¹²⁹ Em razão de perder a oportunidade de desenvolver e discutir critérios objetivos e mais claros para o controle da omissão parcial do Estado que o ministro identifica no caso. Cf., por exemplo, Luís Fernando Matricardi Rodrigues, “A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”, monografia de conclusão, Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009, p. 59.

Conforme adiantado acima (V.2.2., *supra*), embora o requisito para a impetração do mandado de injunção seja a ausência de “norma regulamentadora” que torne inviável o exercício de um direito, acredito que, em alguns casos, a regulamentação seja apenas uma forma de proteção de um direito. Em outras palavras, não me parece trivial a distinção entre *regulamentar* e *proteger*. No caso do direito de greve, por exemplo, a regulamentação é uma forma de proteção tanto dos servidores – cujo direito de paralisação não estará sujeito a punições desproporcionais, tais como o desconto salarial, cancelamento de férias, etc. –, quanto dos usuários do serviço público – que terão garantias mínimas de continuidade do serviço, ainda que em ritmo diferenciado.

Interessante notar que, no caso, o STF decidiu que a omissão reiterada e insistente do Legislativo pode legitimar a regulamentação, *in concreto*, do direito pelo próprio Judiciário.¹³⁰ Naturalmente, esse tipo de decisão tem implicações diretas sobre o alcance e a forma de justiciabilidade dos deveres de proteção. Entender que a regulamentação de um direito também é uma maneira de protegê-lo contra ataques de outros particulares¹³¹ permite ampliar as hipóteses de cabimento do mandado de injunção para casos em que a constituição não é explícita ao condicionar determinado direito à edição de uma lei.¹³² Assim, o dever de proteger um direito poderia perfeitamente fundamentar a impetração de um mandado de injunção.

V.3.4 Estatuto do Desarmamento (ADI nº 3.112/DF)

Em mensagem anexada ao projeto de lei enviado ao Senado Federal e que culminou na Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), o Presidente da República apresenta sua justificativa para a restrição e maior controle do acesso às armas de fogo no Brasil: “A onda de violência que vem se avolumando em nosso país, fartamente noticiada, tem como uma de suas principais causas a facilidade de obtenção e uso de

¹³⁰ Para uma análise empírica da evolução do entendimento do STF sobre a matéria, existem diversas pesquisas realizadas por alunos da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Cf, por exemplo, William Guang Yu Lopes Chan, “O Reconhecimento da Omissão Legislativa Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: A atuação do STF em relação ao instituto do Mandado de Injunção”, monografia de conclusão, Escola de Formação 2009, Disponível em <http://www.sbdp.org.br> (consulta em 20.10.2012); e Ligia Lamana Batochio, “A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção”, in: Diogo R. Coutinho; e Adriana M. Vojvodic (coords), *Jurisprudência constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 161-175.

¹³¹ E que uma tentativa de diferenciação semântica dificilmente encontraria uma diferença prática.

¹³² Normalmente referenciada no texto constitucional por meio da expressão “nos termos da lei”.

armas de fogo. O Estado não pode se eximir de seu dever de manter a segurança pública, reduzindo esse perigo a um grau controlável. Conforme o projeto que ora apresento, o uso de armas de fogo passa a ser objeto de estrito controle estatal, sendo permitido apenas em circunstâncias excepcionais”.¹³³

O Estatuto do Desarmamento restringiu de modo considerável o porte (apenas algumas autoridades e categorias profissionais teriam esse direito) e a posse de armas de fogo, condicionando esta a uma série de exigências que antes não havia na legislação pertinente (artigos 5º e 6º). Embora seja possível tratar a iniciativa como a concretização de um direito social à segurança pública (art. 6º e 144, CF)¹³⁴, tal como uma leitura apressada da passagem acima citada poderia conduzir, a tentativa de restringir o acesso às armas de fogo poderia também ser vista como o cumprimento de um dever de proteção estatal da integridade física, vida e mesmo propriedade dos indivíduos. Esse enfoque aparece no voto do ministro Gilmar Mendes.

O mesmo estatuto também estipula como crimes diversas condutas ligadas ao porte, posse, comércio e uso irregular de armas de fogo (artigos 12 a 18), além de algumas vedações de ordem processual àqueles que respondem por tais crimes (art. 14, parágrafo único, art. 15, parágrafo único, e art. 21). Ainda que os debates em torno do caso tenham se concentrado sobre os aspectos processuais penais do estatuto, a criminalização de condutas também foi questionada na ADI nº 3.112/DF.

O controle de normas penais se, por um lado, demanda o exame da potencial violação à proibição de excesso, de outro também está sujeito a um exame do cumprimento da proibição de proteção insuficiente da vítima. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes invoca a tese dos deveres de proteção para justificar a criminalização de condutas¹³⁵, opção legislativa criticada por parte dos penalistas e impugnada pelos autores da ação direta.¹³⁶ Independentemente de se concordar ou não com o modo como o ministro discute a questão, na visão deste trabalho, os deveres de proteção são, de fato, a razão principal por trás da criminalização de conduta – entendendo que, neste

¹³³ Cf. Projeto de Lei do Senado nº 292/99.

¹³⁴ Em seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski fala em “dever estatal concernente à segurança pública”. Cf. ADI nº 3.112/DF, p. 41.

¹³⁵ Cf. ADI nº 3.112/DF, pp. 99 e ss.

¹³⁶ Cf. ADI nº 3.112/DF, p. 28.

caso, o legislador constitucionalmente obrigado a proteger direitos fundamentais optou pela via penal para preencher esse dever.

Essa visão foi endossada pelo tribunal em *habeas corpus* no qual se discutia a prisão de acusado de porte de arma e que insistia na atipicidade da conduta em se tratando de arma de fogo desmuniada.¹³⁷ Ali, o Min. Gilmar Mendes, com a concordância dos demais colegas de turma, deixou consignado que o plenário do tribunal reconheceu a constitucionalidade do crime de porte ilegal de arma, como decorrência de um mandamento de criminalização implícito na constituição. O voto prossegue sustentando o controle da legislação penal em níveis ou camadas – dentre as quais se inclui o controle de evidência e a avaliação sustentável, já discutidos anteriormente neste trabalho¹³⁸ – e que, na espécie de crimes de mera conduta (sem exigência de um resultado concreto que lesione o bem jurídico protegido):

“(...) o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.”

Por fim, os ministros reconhecem que, ao lado do dever de prestar o serviço de segurança pública (artigos 6º e 144, CF), o estatuto visa, indiretamente, a preservação da vida, liberdade e integridade física e psíquica dos indivíduos.

O STF acaba, por fim, reconhecendo a constitucionalidade dos crimes previstos no estatuto na ADI nº 3.112/DF, declarando inconstitucionais apenas as disposições de natureza processual (vedação à liberdade provisória em alguns casos e inafiançabilidade de alguns crimes), ao argumento de que tais vedações constituem violações à garantia constitucional de individualização da pena e presunção de inocência (art. 5º, XLVI e LVII da CF). Ainda que não tenha sido tratado de maneira explícita por todos os ministros, a decisão de certa forma reconhece a legitimidade do

¹³⁷ Cf. HC nº 102.087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 28/02/2012.

¹³⁸ Cf. V.1.4.1, *supra*.

legislador ordinário para optar pela via penal para preencher seu dever de proteção dos bens e liberdades fundamentais.

V.3.5 Proibição do Amianto

Conquanto haja diversas ações e recursos em trâmite perante o STF questionando legislações esparsas que disciplinam o tema, procurarei concentrar a análise apenas na ADI nº 3.937/SP e ADPF nº 234/DF. Ambas as ações impugnam a constitucionalidade de lei paulista (Lei nº 12.684/2007) que proibiu a comercialização e o transporte de dois tipos de amianto ou asbesto (crisotila e anfíbolio). Ambas as ações estão pendentes de julgamento definitivo pelo tribunal, de sorte que estão disponíveis apenas as decisões do plenário sobre os pedidos de medida cautelar.

A discussão central gravita em torno da inconstitucionalidade formal da legislação, que diz respeito à competência para legislar sobre a matéria – se da União ou dos estados membros – e não interessa ao presente trabalho. Para o tema dos deveres de proteção, a discussão é relevante apenas na medida em que se está diante de uma tentativa do Poder Público de proibir determinadas atividades com a pretensão de cumprir seu dever constitucional de proteção do direito à saúde e integridade dos consumidores e trabalhadores – inclusive daqueles que realizam o transporte da substância.

Independentemente dos estudos e evidências científicas a respeito da nocividade ou não do material, fato é que o problema poderia ser abordado do ponto de vista dos deveres de proteção. No caso, o plano de proteção do legislador abrange diversas atividades – especialmente, a produção (extração e beneficiamento), o transporte e a comercialização do produto em determinado território. Assim, essa proteção se voltaria contra outros particulares (produtores e comerciantes de produtos contendo amianto), cujas ações violam, agridem o direito à saúde dos demais indivíduos.

O STF deve, portanto, avaliar, de um lado, a adequação e suficiência do plano de proteção elaborado pelo legislador; e, de outro, se as ações abrangidas pelo plano não implicam uma restrição excessiva à liberdade de iniciativa (econômica) e profissional dos produtores de amianto. Para avaliar a imbricação dessas duas análises

(proibição de insuficiência e de excesso), basta reconhecer que o tribunal deve avaliar se a proibição do produto é excessiva ou se obrigar produtores a advertir os consumidores dos riscos inerentes ao amianto, como ocorre com diversos produtos, já seria medida suficiente para proteger o direito à saúde.

Como já foi dito, embora esta não seja a discussão central do caso, na decisão cautelar proferida na ADI nº 3.937/SP, os votos dos ministros que integraram a maioria parecem ter tomado como mais relevante o cumprimento do dever estatal de proteção da saúde e do meio ambiente, em detrimento da discussão formal sobre o conflito de competências. Ainda que não se concorde com o resultado, está-se diante de uma decisão em que a tese dos deveres de proteção foi efetivamente discutida pelos ministros, ainda que estes não tenham plena consciência disto.¹³⁹

¹³⁹ Cf., por todos, os votos dos Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, pp. 59 e ss.

VI. CONCLUSÃO

Diferentemente daquilo que se costuma esperar da conclusão de uma dissertação de mestrado, não pretendo enumerar aqui todos os resultados obtidos no presente trabalho. Essas conclusões parciais foram devidamente indicadas ao longo de todo o trabalho, nos tópicos a elas pertinentes. Assim, parece-me que a finalidade mais apropriada para a conclusão é fazer uma espécie de balanço final entre aquilo que se pretendeu demonstrar (comumente descrito como *hipótese de pesquisa*) e os resultados a que cheguei após leituras de textos teóricos e reflexões sobre a jurisprudência disponível a respeito do tema desta monografia.

Nesta dissertação, procurei discutir três aspectos essenciais da chamada tese dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, a saber: (i) o fundamento de sua existência; (ii) a definição de seu conteúdo; bem como (iii) os limites e possibilidades de justiciabilidade. Conforme visto, esses três problemas centrais são uma decorrência direta da natureza disjuntiva da função protetiva dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, a existência dos deveres de proteção está ancorada em diversos argumentos – teórico-filosófico (contratualismo), dogmático (tese axiológica) e positivista (tese da literalidade).

Quanto ao problema do conteúdo da função protetiva, discuti os casos em que me parece que essa tese possa ser aplicada de maneira mais adequada, bem como as situações com as quais creio que ela seja incompatível ou inaplicável. Assim, discuti rapidamente sua aplicação em casos envolvendo conflitos entre particulares, resolvidos por meio da intervenção estatal; a necessidade de gerenciamento de riscos e a defasagem regulatória diante do desenvolvimento tecnológico; a ideia de um dever estatal de aprimoramento do arcabouço jurídico; os casos de autolesão, bem como de caso fortuito e força maior (mais especificamente, de desastres naturais).

Por outro lado, o conteúdo dos deveres de proteção também passa pela discussão da natureza jurídica do comando constitucional que veiculam: se dever objetivo ou direito subjetivo. No presente trabalho, sustento que não há uma resposta definitiva para esse problema. Nesse sentido, a depender de algumas circunstâncias presentes no caso concreto (chamei-as de *elementos de controle*), pode-se estar diante

de um dever objetivo ou de um direito subjetivo, a permitir uma maior ou menor interferência do Judiciário na implementação da função protetiva.

A despeito de algumas críticas bastante consistentes em torno dos limites da justiciabilidade desses deveres, tendo em vista que aceitá-la (a justiciabilidade) de maneira ilimitada implicaria admitir que o Judiciário pudesse interferir de maneira desproporcional no âmbito de discricionariedade dos demais poderes, acredito que rejeitar por completo a competência de um tribunal constitucional como o STF para fiscalizar o cumprimento desses deveres tampouco parece ser a melhor solução. Entre esses dois extremos, parece-me que um ponto de equilíbrio deva ser encontrado.

Considerando isso, procurei apontar e discutir esses *elementos de controle*, colhidos da literatura e jurisprudência, mas também incrementados com ideias e perspectivas próprias. Esses elementos serviriam de parâmetro para justificar, caso a caso, a maior ou menor “interferência” (no sentido neutro da palavra) do Judiciário sobre a atuação do Executivo e Legislativo, poderes que, em primeiro plano, estariam vinculados ao dever de elaborar e implementar um plano de proteção para por a salvo o exercício de direitos fundamentais face ao ataque de outros particulares.

Na parte final do trabalho, procurei testar esses argumentos em casos concretos tirados da jurisprudência do STF, ainda que de maneira breve. Isso permitiu concluir que a tese dos deveres de proteção não só é compatível com a Constituição Federal de 1988, como encontra nela uma série de disposições que apenas reforçam sua existência e justiciabilidade. Exemplo disso são os mecanismos constitucionais já disponíveis para o controle de constitucionalidade das omissões estatais – nomeadamente, a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção. Presentes as condições necessárias para fundamentar o exercício de um controle judicial sobre as omissões estatais (de maneira geral) e sobre os deveres de proteção (de maneira específica), não há como negar a relevância e aplicabilidade da tese no caso brasileiro.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ALEXYS, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1994.
- _____, „Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz“, in SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007: 105-121.
- _____, „Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen“, *Der Staat* 29 (1990): 49-68.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, “O ônus da prova no *haberas corpus*: in *dubio pro libertate*”, in: PRADO, Geraldo; e MALAN, Diogo (coords.), *Processo penal e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 227-250.
- BATOCHIO, Ligia Lamana, “A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção”, in: COUTINHO, Diogo R.; e VOJVODIC, Adriana M. (coords), *Jurisprudência constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009, 161-175.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* II, parte especial: dos crimes contra a pessoa, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“, *NJW* 35 (1974): 1529-1538.
- _____, „Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BUSCHLINGER, Gerold, “Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht”, *Die öffentliche Verwaltung* 11 (1965): 324-353.
- CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2006.
- _____, *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- CLÉRICO, Laura, “Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts”, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 151-164.
- _____, „Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot“, in SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007: 151-178.
- _____, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- CREMER, Wolfram. *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- DIETLEIN, Johannes, „Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", *ZG* 10 (1995): 131-136.
- _____, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DINIZ, Débora; e RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*, Brasília: Letras Livres, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- DOLDORER, Michael, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover: s.e., 1993. Disponível em www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/prof_dr_horst_dreier/schrif-tenverzeichnis (acessado em 20/10/2012).
- _____, „Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes", in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 9 (2002), 377-424. Disponível em http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Beitraege_69_ZRP_2002_Stufungen_des_vorgeburtlichen_Lebensschutzes.pdf (acessado em 20/10/2012).
- DWORKIN, Ronald, „The partnership conception of democracy", in *California Law Review* 86 (1998), 453-458.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*, 10. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2005.
- ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, São Paulo: RT, 2002.
- _____, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, *Mandamentos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 13. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982.
- GRECO, Luís, „Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo", *Revista IBCCRIM* 87

(2010).

HAIN, Karl-Eberhard, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein", *ZG* 11 (1996): 80-82.

_____, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?", *DVBl.* 108 (1993): 982-984.

HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, 4. ed., Lisboa: Calouste Gulbekian, 2005.

HENKE, Werner, "Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei", *DVBl.* 79 (1964): 649-655.

HENKE, Wilhelm. *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968.

HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, Heidelberg: C.F. Müller, 1987.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1984.

HIRSCH, Andrew von, "Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?", *Revista IBCCRIM* 67 (2007): 11-28.

HOBBS, Thomas. *De Cive* (Philosophical Rudiments Concerning Government and Society), 1651. Texto integral disponível em <http://www.constitution.org/th/decive.htm> (consulta em 17.07.2012).

HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York: W.W. Norton & Co., 1999.

ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

_____, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, in ISENSEE, Josef / KIRCHHOF, Paul (Orgs.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. V, § 111, Heidelberg: C.F. Müller, 1992: 143-241.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. ed. (1919), Aalen: Scientia, 1979.

KLEIN, Eckhart, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", *NJW* 27 (1989): 1633-1635.

KLEIN, Hans-Hugo, "Die grundrechtliche Schutzpflicht", *DVBl.* 109 (1994): 489-497.

KLOEPFER, Michael, „Gesetzgebung im Rechtsstaat“, *VVDStRL* 40 (1982): 63-98.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de, *Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra*, USP – Faculdade de Direito, dissertação (mestrado), São Paulo, 2012.

_____, "Audiências públicas no controle de constitucionalidade – a representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-trinco", in: VOJVODIC, Adriana et al. (orgs.), *Jurisdição constitucional no Brasil*, São Paulo: Malheiros, 2012, 245-260.

MARTINS, Leonardo / DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2007.

- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, São Paulo Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____, *Jurisdição Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, São Paulo: RT, 2009.
- MINET, Charles-Édouard. *Droit de la police administratif*, Paris : Vuibert, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 24. ed., São Paulo : Atlas, 2008.
- MÖSTL, Marcus. *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte*. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, 2. ed., Berlin: XX, 1990.
- MURSWIEK, Dietrich, „Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz“, *WiVerw.* (1986): 179-204.
- _____, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Berlin: Duncker & Humblot: 1985.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PEREIRA, Bruno Ramos. Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*, Dissertação de Mestrado, FADUSP, 2009.
- PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*, 7. ed., Madrid: Tecnos, 1998.
- PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, 21. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2.ed., São Paulo: RT, 2003.
- RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- ROBBERS, Gerhard. *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, Bd. I, 4. ed., München: C.H.Beck, 2006.
- RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi, “A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”, monografia de conclusão, Escola de Formação 2009, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em <http://www.sbdp.org.br> (consulta em 20.10.2012).
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- _____, “Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista IBCCRIM* 47 (2004): 61-122.
- _____, “Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”, in: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.), *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*, Porto Alegre: PUCRS, 2008.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, „Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen“, *VerwArch* 82 (1991): 307-356.
- SCHERZBERG, Arno, „Objektiver Grundrechtsschutz und subjektives Recht. Überlegungen zur Neukonzeption des grundrechtlichen Abwehrrechts“, *DVBl.* 14 (1989): 1128-1134.
- SCHLAICH, Klaus / KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 8. Aufl., München: C.H. Beck, 2010.
- SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. ed., Hamburg: s.e., 1997.
- _____, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Trad. Leonardo Martins et al., Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pp. 266-273. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241> (consulta em 20.07.2011).
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, Madrid: Alianza, 2006.
- SHAPIRO, David L., “Courts, legislature and paternalism”, in: *Virginia Law Review* 74 (1988): 519-575.
- SIECKMANN, Jan-Rainard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden Baden: Nomos, 1990.
- STÖRRING, Lars Peter. *Das Untermassverbot in der Diskussion*, Berlin: Duncker & Humblot: 2009.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, *RDA* 250 (2009): 197-227.
- _____, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____, „Soziale grundrechte als Optimierungsgebote, ihre Subjektivierung und Justitiabilität: eine Untersuchung anhand von empirischen Prämissen“, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 165-182.
- _____, *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *RLAEC* 1 (2003): 607-630.

- _____, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003.
- _____, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002): 65-89.
- _____, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden: Nomos, 1994.
- STEINMETZ, Wilson, “Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela”, *RBDC* 5 (2005): 205-215.
- _____, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004.
- STERN, Klaus / SACHS, Michael. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München: C. H. Beck, 1988.
- SUNSTEIN, Cass R.; e THALER, Richard H., “Libertarian paternalism is not na oxymoron”, in: *University of Chicago Law Review* 77 (2003): 1153-1159.
- UNRUH, Peter. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- VOSGERAU, Ulrich, “Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen”, *AöR* 133 (2008): 346-388.
- WAHL, Rainer / MASING, Johannes, “Schutz durch Eingriff”, *JZ* 12 (1990): 553-563.