

Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública: reflexões com base na teoria dos deveres de proteção do Estado

Betina da Silva Adamo

Advogada; mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição.

Resumo: Diante de novas e crescentes formas de criminalidade e violência, observa-se o alargamento de discursos em prol da imposição de maiores restrições à liberdade e do endurecimento de penas, o que não raro provoca soluções imediatistas pouco comprometidas com a legitimidade das ações estatais. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é refletir acerca das potenciais limitações e deveres que, no campo da segurança pública, podem ser inscritos no quadro de ações definidas e atribuídas aos agentes estatais pela Constituição Federal de 1988, cuja primazia radica com especial força nos direitos fundamentais. A análise toma em consideração, essencialmente, os desdobramentos que decorrem da teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Deveres de proteção do Estado. Segurança pública.

Abstract: Up against new and growing forms of crime and violence, there is an enlargement of speeches in favor of the imposition of higher restrictions on liberty and the tightening of penalties, which may lead to solutions taken irrespective of its commitment to the legitimacy of governmental actions. In this context, the aim of this article is to reflect on the limits and duties that, in the field of public security, may be placed within the framework of the actions defined and assigned by the Constitution of 1988, whose priority lies with particular strength in the fundamental rights. This analyses takes essentially into account the developments that derive from the theory of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Protective duties. Public security.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais e o seu reflexo sobre a segurança pública. 2.1 Direito fundamental à segurança pública? 3 Deveres de proteção no Estado Democrático de Direito e políticas públicas de segurança. 4 Conclusões.

1 Introdução

A conformação do Estado de Direito passa por inúmeros desafios na contemporaneidade, especialmente impulsionados pela globalização, pelos níveis crescentes de pobreza e pelas novas demandas por segurança. A fórmula “Estado de Direito” constitui, em linhas gerais, “la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos” (ZAGREBELSKI, 1992, p. 21). Esse valor, que constitui a essência do Estado de Direito, serve à proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, a crise por que passa o Estado de Direito é também crise da realização dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

O Estado de Direito passa a ter nova configuração especialmente no constitucionalismo do pós-guerra, colocando novas demandas ao Estado. Assim, se uma primeira mudança institucional do Estado exprimiu-se em uma imbricação entre Estado e Direito, partindo de uma afirmação do princípio da legalidade e, portanto, da onipotência do legislador, uma nova realização chegou, neste último meio século, “com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária” (FERRAJOLI, 2006, p. 424). Mais do que apenas constituir-se em limites para os atos do Executivo e do Judiciário, as constitui-

ções colocam-se como uma forma de realizar o Estado (os deveres e limites do Estado) pelo Direito, estabelecendo diretivas e metas para a consecução dos seus objetivos.

Na contemporaneidade, vê-se o crescimento de manifestações em favor da pena de morte, de ideologias que pregam a redução de garantias fundamentais (como o devido processo legal), o agravamento de penas corporais e a expansão de modelos como o de “tolerância zero”, o (re)surgimento de teorizações que retomam a diferenciação schmittiana¹ entre “amigo” e “inimigo”, bem como difundem-se os discursos que pugnam pela necessidade de “proteger os interesses da sociedade”. Os propagadores dessas mesmas ideias usualmente vinculam os problemas da violência aos “excessivos direitos de que gozam os criminosos”. O presente artigo tem por finalidade clarificar, do ponto de vista da teoria jurídico-constitucional, as perspectivas que envolvem a temática dos direitos fundamentais e a função estatal protetiva que deriva desses direitos, vinculando-os às implicações que a normatividade deles decorrente tem para o sistema de segurança pública de forma ampla, compreendendo também o Direito Penal.

1 Os escritos do doutrinador alemão Carl Schmitt – que serviram para fundamentar posições do nazismo alemão – passam a ser repensados hodiernamente, como nos mostra Ingo Sarlet (2005): “O fascismo societal do qual fala Boaventura Santos não apenas ressuscita a antiga máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal), mas reintroduz (ainda que de modo disfarçado) no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos a oposição amigo-inimigo cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político, abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal ‘sombria’ da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais eminentemente policialescas, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem”.

2 Considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais e o seu reflexo sobre a segurança pública

A concepção de direitos fundamentais, tal como se concebe hoje, deriva do movimento revolucionário francês de 1789, num momento em que a burguesia ascendia com seu poder econômico e impunha resistência ao poder monárquico. Hoje, o sistema de direitos fundamentais é uma das notas centrais do Estado de Direito, uma vez que justamente a experiência do Estado de Polícia na Alemanha foi formatando uma ideia de contenção do *ius imperii estatal*, que incidiria a partir de um sistema de garantias. Há, portanto, uma ligação indissociável entre direitos fundamentais e Estado de Direito.

Como amplamente conhecido, a primeira dimensão² de direitos é aquela que corresponde a um dever de abstenção do Estado; corresponde a uma concepção de Estado derivada dos primeiros passos do constitucionalismo: o Estado Liberal de Direito. A partir daqui, como elucida Luciano Feldens (2008), foi gestada a teoria dos direitos públicos subjetivos, cujo surgimento ocorreu na Escola Alemã do Direito Público, mais especialmente com Jellinek. A noção da subjetividade do direito é transposta do âmbito do Direito Privado para o Direito Público, incorporando suas premissas individualistas. Sob essa perspectiva, ao Estado não caberia mais do que preservar a ordem pública, devendo manter-se fora da esfera social. Dessa posição absentéista resulta a conclusão de que “os direitos individuais se exercerão de acordo com o patrimônio e as disponibilidades econômicas do titular. Em outras palavras: liberdade e propriedade se confundem” (FELDENS, 2008, p. 29).

2 Nesse particular, acolhendo as ponderações de Ingo Sarlet (2007, p. 48), opta-se pelo uso da terminologia dimensões em vez de gerações, já que esta última daria uma falsa visão de substituição de uma geração por outra.

A desigual fruição desses direitos fundamentais passa indiferentemente a esta concepção de direitos fundamentais derivada do Estado Liberal de Direito, que, ademais, se conecta a uma noção estritamente formal de ordem pública.

Novas perspectivas atingiriam tal concepção reducionista do Direito e dos direitos fundamentais. Não apenas o reconhecimento de novos direitos fundamentais, plasticamente decompostos em dimensões, sinaliza para uma construção aberta e dialética, impulsionada pela vulneração de valores extremamente caros à vida humana ao longo da história, como também a doutrina e, especialmente, a construção jurisprudencial operam no sentido de uma ressignificação das posições fundamentais, principalmente no que diz respeito aos tradicionais direitos de liberdade que, até mesmo, passam contemporaneamente por um processo de reafirmação, dado o reaparecimento de novas agressões à liberdade, à vida e à dignidade humanas. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2007, p. 167) esclarece:

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direitos objetivos enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.

Ultrapassadas as concepções estritamente individualistas e considerando-se a importância dos direitos fundamentais tanto para o indivíduo como para a comunidade, grande parte da doutrina constitucional alude à existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais. Nesse contexto, pode-se apontar, então, para o entendimento (doutrinário e jurisprudencial) de que as normas de direitos

fundamentais não constituem apenas normas que outorgam posições subjetivas aos seus titulares, mas “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2007, p. 159).

O primeiro caso paradigmático (que abriria as portas para o debate que, mais tarde, geraria as bases para a formulação de uma consistente ideia de deveres de proteção) foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, em 1958. Eis, rapidamente, o seu relato: Veit Harlan, diretor de cinema do período nazista e conhecido por produzir filmes antisemitas, reapareceu no pós-guerra com um filme intitulado *Unsterbliche Geliebte*. Eric Lüth, um ativista pela reconciliação judaico-alemã, conclamou tanto os donos de cinemas a não exibirem o filme de Harlan como os alemães para que não o assistissem. As produtoras de filmes demandaram judicialmente Lüth para que suas manifestações de boicote cessassem. Alinhando-se à doutrina civil e sua jurisprudência da época, as *civil courts* entenderam que a “chamada” para um boicote estava abarcada pela proibição da “Section 826” do Código Civil. Lüth recorreu à Corte Constitucional invocando seu direito à liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º da *Grundgesetz*, enquanto as produtoras de cinema aduziam que os direitos fundamentais eram apenas aplicáveis nas relações entre Estado e indivíduo, e não em relações privadas.

A partir desse ponto, a Corte afirma que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo ante o Estado, mas se colocam como expressões de valor objetivo. Assim, eles são vistos como aplicáveis tanto aos entes públicos como extensíveis a todos os ramos do Direito, incluindo o Direito Civil. Sempre que uma norma de Direito Civil afetasse o exercício de um direito fundamental, este deveria ser levado em consideração ao interpretar a norma de Direito Civil. Tal projeção foi designada de “efeito irradiante” das normas de

direitos fundamentais (GRIMM, 2005). A partir daí, a abordagem do “valor objetivo” serviu como base para significativos efeitos atribuídos aos direitos fundamentais, entre os quais os “deveres de proteção” se tornariam, em breve, dos mais importantes³.

Como observa Ingo Sarlet (2007), a perspectiva que decorre da função axiológica dos direitos fundamentais conecta-se à ideia de que esses direitos são o reflexo de valores objetivos fundamentais da comunidade⁴; daí por que devem ter sua eficácia valorada não apenas sob um ponto de vista individualista (como direito de proteção do indivíduo em face do poder do Estado), como também sob o ponto de vista da comunidade como um todo, “já que se cuida de valores e fins que ela deve respeitar e concretizar” (SARLET⁵, 2007, p. 162). Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam também, em certa medida, direitos transindividuais, a que toda a comunidade está vinculada por um dever de respeito. Outro aspecto que se vincula à perspectiva objetivo-valorativa é a de que os direitos fundamentais, incluindo

3 Cabe ressaltar que a decisão proferida no caso Lüth não esteve isenta de críticas, cujos fundamentos e uma “reconstrução crítica” da decisão, para utilizar uma expressão do autor, podem ser identificados em Canaris (2003, p. 42 e ss.). Analisando a decisão especialmente sob o olhar da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, o autor propõe a substituição da “eficácia de irradiação” pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela.

4 Tal perspectiva também é objeto das considerações de Konrad Hesse (1998, p. 240): “Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, por causa de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o *status* do particular é organizado, delimitado e protegido”.

5 O autor faz a ressalva: “a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária, e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular”.

aqueles que exercem uma função de direitos subjetivos, têm o que se denomina de eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais. Assim, ao Estado caberia a obrigação permanente de concretizar e realizar os direitos fundamentais.

Sob o mesmo viés, Daniel Sarmento (2003, p. 278), em que pese reconhecer a procedência, pelo menos parcialmente – como escreve o próprio autor –, das críticas dirigidas à teoria da ordem de valores, salienta que a dimensão objetiva constitui “corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado liberal, mas na pessoa humana concreta e situada”.

Para além de sua função valorativa, os direitos fundamentais, na sua perspectiva objetiva, ainda podem apresentar uma acepção normativa, cujo primeiro desdobramento pode ser remetido ao que a doutrina alemã denominou de eficácia irradiante, no sentido de que eles fornecem impulsos para a interpretação do sistema infraconstitucional, ideia que dá ensejo à concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que, contudo, não será aprofundado por escapar aos limites da análise.

Outra perspectiva que se agrega à dimensão objetiva dos direitos fundamentais diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção por parte do Estado:

[...] no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 165).

Ultrapassando as atribuições de proteção do Estado expressamente previstas na Constituição, a doutrina germânica reconhece, como destaca Ingo Sarlet (2007), com base no inciso II do art. 2º, a proteção ao direito à vida e à integridade física⁶.

Por fim, outro efeito atribuído às normas de direitos fundamentais, a partir da concepção objetiva, refere-se à criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Assim, elas demandariam, além de extraírem consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, uma “formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem riscos de uma redução do significado material deles” (SARLET, 2007, p. 166).

Essa última perspectiva alia-se com maior visibilidade à questão que ora se trata, bem como sobre ela tem repercussões importantes. Importa ressaltar, pelo que até aqui se pôde delinear, que às normas de direitos fundamentais pode-se atribuir amplitude mais alargada, que não se conecta a sua tradicional feição de direitos subjetivos individuais cuja oposição ocorria sempre em face do Estado. Há um complexo de situações que compõe as normas de direitos fundamentais e que também demanda deveres em relação aos direitos fundamentais, que, por sua vez, terá reflexos para o desenvolvimento das ações (políticas públicas) estatais no campo da segurança pública.

6 Daniel Sarmento (2003, p. 294-295) mostra que a ideia de proteção não é nova, constituindo-se numa reinterpretação de “algumas idéias já presentes no jusnaturalismo contratualista dos séculos XVII e XVIII, convenientemente esquecidas pela burguesia durante o Estado Liberal no século XIX e início do século XX. Com efeito, o contratualismo justificava a fundação do Estado e a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, a partir da necessidade de proteção do homem da opressão exercida pelo seu semelhante. Em verdade, é essa a idéia que, trajada com vestes mais modernas, volta à ribalta na dogmática contemporânea dos direitos fundamentais”.

2.1 Direito fundamental à segurança pública?

Outra questão que pode ser pensada diz respeito ao reconhecimento de um direito fundamental à segurança pública, sob cujo prisma necessariamente deve ser enfrentada a questão da justiciabilidade do Direito.

A segurança refere-se a um estado de não perturbação da esfera individual que deve ser assegurado, em primeiro plano, pelo Estado, que, então, hipoteticamente, é detentor exclusivo da força. Como atividade tipicamente prestacional, o direito à segurança pública poderia ser concebido como um direito de segunda dimensão, uma vez que, além de depender da intervenção estatal, ainda guarda uma dimensão individual.

A segurança, além de ser uma noção indispensável à própria liberdade, está prevista no texto constitucional, no *caput* do art. 5º da CF, nestes termos: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O aspecto da fundamentalidade material do reconhecimento do direito à segurança pública, que mereceria um capítulo inteiro, não é o objeto de análise, o que, contudo, não impede a referência de que, em linhas gerais, se adota uma compreensão no sentido de acolher com cautela uma tal possibilidade de controle e exame judicial nessa matéria. Isso não implica dizer que ele deve ser inexistente. Pelo contrário, ele pode e deve existir, entretanto, com os cuidados necessários à preservação do princípio democrático. Por todas as interseções que a matéria da segurança mantém com tantos aspectos da vida social, ilumina-se um caminho mais profícuo a partir da discussão democrática (e isso implica fazê-la onde ela deve ser feita, ou seja, no Poder Legislativo).

A questão que se coloca, vale explicitar, não diz respeito a confrontar, num processo judicial criminal, os valores liberdade e segurança, entendendo-se que, ao julgar casos concretos, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo n. 70012527008, de 18 de outubro de 2005, cuja relatoria ficou a cargo do desembargador Amilton Bueno de Carvalho – bem lembrado por Cláudio Pereira de Souza Neto (2007) –, está explícito que o compromisso do Poder Judiciário é com um julgamento ético e justo ao jurisdicionado, e não com políticas públicas de segurança. Nesse contexto, o autor pondera que a restrição da liberdade individual na sua dimensão mais nuclear com o objetivo de garantir a execução de políticas públicas de segurança significa relativizar o valor do ser humano, convertendo-o como meio de promoção para metas coletivas. “Isso corresponderia a adotar pressupostos utilitaristas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, que não podem predominar em um Estado Democrático de Direito” (SOUZA NETO, 2007).

Entende-se, portanto, que reconhecer a necessidade de formular, implementar e controlar judicialmente políticas públicas de segurança, até mesmo sob o aspecto da omissão, não significa “trocar” a liberdade pela busca de metas coletivas. Novamente parece assentar-se a ideia de que liberdade e segurança não são valores contrapostos, mas complementares.

Em favor do reconhecimento de um direito fundamental, pode-se apresentar a doutrina de Luciano Alfonso Parejo (2008). Para o autor, precisamente porque a segurança jurídica é um bem e um princípio geral de matriz constitucional, a segurança em sentido material (entendida como normalidade mínima necessária para a efetividade da ordem jurídica) é um direito subjetivo, e um direito subjetivo fundamental, que, como a liberdade pessoal a que está intimamente ligada, remete à exigência da correspondente

prestação por parte do Poder Público em forma de ação administrativa policial preventiva e, quando for o caso, repressiva (PAREJO, 2008, p. 31).

Outra forma de conduzir a reflexão é a partir da concepção de deveres de proteção do Estado, que se erigem sobre uma perspectiva de que a fruição das liberdades individuais depende, em certa medida e em certos casos, de alguma mediação e proteção por parte do Estado. A própria liberdade e dignidade humanas dependem de segurança para que se concretizem satisfatoriamente.

Indo além, como aponta Vieira de Andrade (2001), a concepção dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa na relação entre Estado e indivíduo (dimensão estritamente subjetiva) não permitiria conceber o Estado como protetor dos direitos, mesmo que sempre tenha desempenhado uma função protetora das liberdades e dos bens jurídicos pessoais, quer garantindo a segurança pública, quer realizando a persecução criminal. Ocorre, porém, que essas atividades eram consideradas essenciais, imbricadas à própria existência da comunidade política, e cujo desempenho “era predominantemente entendido como o exercício de uma função comunitária, de interesse geral, e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais” (ANDRADE, 2001, p. 142-143). Daí decorre uma alteração na percepção da relação entre indivíduo e Estado, cujos reflexos passam a demandar alterações no campo das ações concretas do Estado. Assim, as normas de Direito Penal e as que regulam a intervenção passam a ser vistas na “perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a atuação dos poderes públicos” (ANDRADE, 2001, p. 143).

Consequentemente, tal compreensão implica repercussões sobre a liberdade de que dispõe o legislador ordinário para tipificar condutas consideradas por ele como desvalores sociais. Sem se descuidar, evidentemente, do espaço de valoração que cabe ao legislador, torna-se evidente que ele, assim como os demais Poderes públicos, não pode atuar num campo livre da Constituição.

Conclusivamente, para além do reconhecimento de um direito fundamental à segurança pública – que não se mostra rejeitável, embora os limites não permitam aprofundar decisivamente a questão –, parece que a discussão pode ser benfeita a partir da noção de deveres de proteção do Estado, que segue sendo discutida.

Uma repercussão importante que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem sobre o desenvolvimento de políticas públicas de segurança pode ser a própria orientação da noção de ordem pública de acordo com os direitos fundamentais, evitando-se, assim, a manipulação inadequada do conceito.

A ideia até aqui desenvolvida constitui um ponto de partida para a compreensão dos deveres de proteção.

3 Deveres de proteção no Estado Democrático de Direito e políticas públicas de segurança

Como já referido anteriormente, a ideia de proteção de direitos fundamentais e sua forma contemporânea de exteriorização a partir da noção de *deveres de proteção* deitam raízes na doutrina que se foi afirmando no Tribunal Constitucional da Alemanha. O professor Dieter Grimm, ex-juiz do Tribunal Constitucional, aduz que, na Alemanha, embora já houvesse a inscrição de direitos sociais na Constituição de Weimar (1919), sua repercussão acabou sendo muito tímida e seus efeitos práticos bastante reduzidos. Reproduzindo a prática anterior à nova Constituição, entendia-se

que se tratava – os direitos sociais – de uma carta de intenções, que não vinculavam de qualquer modo a produção legislativa. Apenas com a experiência nazista e a total negação de direitos humanos provocou-se o fim da concepção minimalista de direitos fundamentais no país. A nova Constituição que a Alemanha receberia no Segundo Pós-Guerra traria, já no seu art. 1º, a garantia da dignidade humana, a que o Estado não está vinculado apenas por um dever de respeito (abstenção), como também por um dever de proteção. Ainda, firmou-se expressamente que as garantias inscritas na Declaração de Direitos (lei fundamental) vinculariam todos os ramos do governo, incluindo o Legislativo. Essa nova conformação, contudo, se dá mesmo com a função preponderante do sistema de direitos fundamentais erigidos sob uma perspectiva de promoção de bens pelo Estado em favor da liberdade individual e de outorgar, ao indivíduo, meios legais para defender-se da interferência do Estado (GRIMM, 2005)⁷.

A partir disso, várias questões tiveram de ser paulatinamente enfrentadas pela Corte, como: se os direitos fundamentais deveriam funcionar apenas negativamente ou também positivamente; se sua aplicação teria efeitos apenas verticalmente – Estado-indivíduo – ou também horizontalmente – indivíduo(s)-indivíduo –; e, também, se a função de proteção se referiria tão somente à dignidade humana anunciada no art. 1º ou se seria estendida a todos os direitos fundamentais. Essa nova compreensão traria repercussões para o controle de constitucionalidade e, sobretudo, para a colocação de novos limites para a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo e a Constituição.

7 É interessante analisar no artigo de Grimm (2005), ainda, o percurso por ele formulado na tentativa de identificar a origem da diferença entre as concepções de direitos fundamentais que se estabelecem entre a orientação da Corte Constitucional da Alemanha e a da Suprema Corte Americana.

A ideia de que não apenas o Estado interfere na liberdade dos indivíduos é antiga e não precisa ser reconduzida a concepções de *deveres de proteção*. A salvaguarda da segurança (entendida esta como *safety*, ou seja, proteção da vida e da integridade física) constitui o próprio fundamento de legitimidade, desde que Hobbes a utilizou para justificar a força – o poder de polícia e de punir – do Estado. Essa ideia de segurança, que marca essencialmente a passagem do estado de natureza à sociedade civil, contudo, não deve, como enfatiza o professor Grimm (2005), ser confundida com a obrigação derivada das liberdades civis que demanda o legislador no sentido de proteger a liberdade individual contra a ação de outros indivíduos.

A noção de deveres de proteção alcançou essa concepção de segurança (*safety-guaranteeing*), convertendo-se em uma obrigação constitucional específica, quando se tornou claro que as condições de preservação da liberdade individual estavam mudando (GRIMM, 2005)⁸, o que também ocorria com assuntos atinentes ao risco produzido pelas novas tecnologias e/ou pelo seu uso comercial (como, por exemplo, energia atômica, manipulação genética de alimentos, a poluição sonora produzida por aviões e o seu impacto sobre a saúde, bancos de dados eletrônicos e sua ameaça ao livre desenvolvimento humano e a biogenética e outros). Nesses casos, não se tratava de identificar se a legislação, ao regular as atividades privadas, excedeu-se, mas até que ponto estas alcançavam uma proteção suficiente contra os novos riscos.

8 Um caso paradigmático que impulsionou essa transposição foi julgado em 1975 (*First Abortion Decision*) e tratou da constitucionalidade da abolição de uma proteção criminal contra o aborto. O resultado não foi livre de críticas. A crítica, contudo, não foi dirigida a ideia de um dever de proteção inerente ao direito fundamental, mas recaiu sobre a opinião da Corte de que o dever restaria cumprido com a criminalização do aborto, já que os efeitos dessa proteção não podem ser visualizados a partir de tal criminalização. Segundo o autor, contudo, tal conclusão foi necessária já que o texto constitucional não é claro.

Outrossim, o Tribunal Constitucional Espanhol, como aduz Gabriel Doménech Pascual, tem considerado que os direitos fundamentais demandam proteção estatal positiva. Nesse sentido, a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) n. 53/1985 julgou inconstitucional uma lei que previa a descriminalização do aborto, entendendo que o legislador está obrigado a tipificar penalmente determinadas agressões ou ameaças a bens jurídicos protegidos por normas de direito fundamental. Vale ressaltar que, nesse caso, em que se discutia a descriminalização do aborto, o tribunal asseverou que o legislador somente poderia desproteger penalmente o nascituro sob algumas circunstâncias e condições que, no caso, consideraram-se inconstitucionais, uma vez que não se contemplavam certas garantias mínimas de procedimento tendentes a assegurar que efetivamente se davam as situações em que se permitia abortar (PASCUAL, 2006).

Seguindo essa linha de pensamento, Feldens (2008, p. 29-31) propõe a consideração da interação entre Constituição e Direito Penal a partir de três níveis: a) a intervenção penal, sob a perspectiva constitucional, é proibida; b) a intervenção penal é constitucionalmente possível e, por fim, c) a intervenção penal se faz obrigatória. Tudo isso levando em conta que a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não é uma questão de coincidência, ou de recíproca cobertura, e sim de coerência, interação, o que acaba produzindo uma interpretação do Direito Penal conforme a Constituição⁹.

9 Em 23 de setembro de 2009, a Procuradoria-Geral da República (PGR) do Brasil ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de uma lei em face da nova redação do art. 225 do Código Penal, instituído pela Lei n. 12.015/2009. O dispositivo prevê que, nos crimes de estupro que resultem em lesão corporal grave ou morte, o Ministério Público (MP) deve proceder mediante ação penal pública condicionada à representação. Diferentemente do que acontecia anteriormente com os casos de estupro e atentado violento ao pudor que resultassem em morte ou lesões graves, em que a ação pública era incondicionada, agora o Ministério Público só

Também nesse sentido estão as considerações de Konrad Hesse (1998), ao enfatizar que os direitos fundamentais de defesa são dirigidos a uma omissão estatal que, em geral, não demanda uma regulamentação mais pormenorizada, ao passo que um dever de proteção obriga os Poderes públicos “ao tornar-se ativo estatal positivo” (HESSE, 1998, p. 279). Nesse contexto, prossegue o autor, os deveres de proteção regulam o “se” e, conseqüentemente, também o requisito de uma proteção eficaz. O “como”, ou seja, as providências que serão adotadas para atender esse dever de proteção, é tarefa que estará afeta aos órgãos competentes.

Vale ressaltar que os deveres de proteção não alteraram o destinatário dos direitos fundamentais, que continua sendo o Estado. Eles não se confundem, portanto, com a eficácia horizontal. O que se altera é a forma como o Estado está vinculado aos direitos fundamentais.

A primeira forma como pode ser cumprido esse dever de proteção é pela legislação. A Constituição não aponta como esses deveres devem ser cumpridos, havendo assim liberdade de escolha legislativa entre diferentes caminhos. Logo, o *dever* pode ser implementado de várias maneiras, uma vez que a Constituição não determina qual o caminho a ser seguido para realizar o dever de proteção, que não há de assentar-se necessariamente na via criminal¹⁰.

poderá agir se houver representação da vítima ou de seu representante legal. O fundamento levantado pela PGR é de que, para todos os demais crimes do Código Penal que resultarem em morte ou lesão grave, a previsão legal é de que sejam incondicionados à representação. Assim, a nova redação do art. 225 fere o princípio da proporcionalidade. A ADI n. 4.301 ainda está pendente de julgamento.

10 Interessa relatar passagem de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es sus-

Uma tal compreensão também pode ser verificada nos estudos de Gabriel Pascual (2006) quando salienta que a proteção do art. 15 da Constituição espanhola ao nascituro implica, para o Estado, a obrigação de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que se suponha efetiva, o que, como última garantia, inclui as normas penais. Isso, para o autor, não significa que essa proteção deva revestir-se de caráter absoluto, pois, como acontece em relação a todos os bens e direitos constitucionalmente reconhecidos, em determinadas circunstâncias, pode haver limitações em atenção a outros bens constitucionais, que podem entrar em conflito com a vida do nascituro, como a vida, a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade da mulher. O intérprete constitucional se vê obrigado a harmonizá-los, quando isso for possível, ou, caso contrário, discriminar as condições e requisitos em que se pode admitir a prevalência de um deles (PASCUAL, 2006).

A Corte Constitucional da Alemanha aponta, contudo, que a legislação deve escolher meios adequados para alcançar o seu propósito. Nessa perspectiva, um ponto relevante é a importância do direito e a qualidade e intensidade da ofensa a esse direito. Esse critério, segundo Grimm (2005), pode ser entendido como uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais. O limite da aplicação da proporcionalidade encontra-se, por sua vez, na dignidade humana, a qual, no Brasil, também como na Alemanha, remanesce como manancial das demais garantias postas na norma fundamental.

No mesmo sentido, Bernal Pulido (2007, p. 817) – ao levantar a questão do ponto em que se encontra a proteção efetiva dos direitos fundamentais mediante a tipificação penal, no sentido

ceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales” (PASCUAL, 2006).

de perquirir se estes direitos exigem um mínimo de proteção ou um máximo, ou, ainda, se demandam uma medida intermediária que leve em consideração as exigências procedentes dos direitos e bens que atuem em sentido contrário – pondera que o princípio da proporcionalidade, em suas variantes de proibição de excesso e de insuficiência, pode dar uma resposta plausível a essas questões.

A proteção que deve ser outorgada pelo Estado, como se constata, não quer significar expansão do sistema penal. Embora a posição do doutrinador espanhol Gabriel Domenéch Pascual (2006) seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais à proteção penal de determinadas condutas, o autor afirma que nem todo ato lesivo é merecedor da tutela penal. Isso porque o exercício do *jus puniendi* estatal traz uma série de perigos a bens constitucionalmente protegidos. Parece que se pode sinalizar, a partir daqui, uma perspectiva de contenção da expansão do sistema penal, mesmo a partir do reconhecimento de uma teoria dos deveres de proteção.

Ademais, há que se referir que, embora a abolição do sistema penal fosse um ideal a ser perseguido, é preciso reconhecer que, pelo menos no Brasil, a Constituição faz uma clara opção pela criminalização de determinadas condutas¹¹, de maneira que a refutação de qualquer penalização (num sentido abolicionista) hoje poderia ser considerada inconstitucional. Daí por que afirma o autor espanhol:

[...] el alcance concreto de los derechos a la protección penal, como el de cualquier derecho fundamental, deberá ser determinado con arreglo al principio de proporcionalidad. Estará justificado desproteger (penalmente) un bien fundamental (sólo) si ello es: útil para satisfacer otro derecho o bien constitucionalmente legítimo; necesario, de modo que se escoja el correspondiente bien fundamental;

11 Faz-se menção, como exemplo, à opção constitucional pela criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes hediondos, que, por lei infraconstitucional, vieram a ser definidos.

y ponderado, de modo que los beneficios de la desprotección superen a sus costes (PASCUAL, 2006).

A perspectiva apontada pelo autor remete-nos à verificação da proporcionalidade em seu sentido de proibição de proteção insuficiente. Tal ponto de vista, contudo, deve ser tomado com bastante cuidado, uma vez que a outorga de posição subjetiva continua sendo caracteristicamente uma proteção à posição individual em face do poder estatal, de maneira que se faria difícil o reconhecimento de um direito fundamental de tal tipo (à proteção penal) desvinculado de qualquer ponderação referente à necessidade de intermediação legislativa.

Nessa vertente, pode-se acolher a doutrina de Hesse, para quem o reconhecimento, para além de sua faceta objetiva, de um direito subjetivo à proteção depende de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, reservando o espaço de decisão ao Estado e acolhendo uma tal pretensão individual somente quando o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero (HESSE, 1998, p. 279)¹².

Poderia, ainda, argumentar-se que o impedimento, pela via judicial, da descriminalização de condutas sob tal perspectiva pode ofender o princípio da separação dos Poderes. A avaliação da criminalização ou não de determinadas condutas, quando não houver expressa manifestação constitucional, deve ser tomada com cautela, apresentando-se, à primeira vista, como matéria que deve ser discutida democraticamente no Poder Legislativo. Como já referido anteriormente, o Poder Judiciário pode apontar no sentido da necessidade de proteção, mas não afirmar por que caminho ocorrerá essa proteção.

12 Nesse sentido parece ser a conclusão de Ingo Sarlet (2007, p. 211) ao acolher as lições de Hesse.

Entende-se, para os efeitos desta análise, que a proteção penal só será exigível constitucionalmente quando assim dispuser o texto constitucional. Ainda, a verificação da proibição de insuficiência a partir da teoria dos deveres de proteção pode ocorrer em determinados casos em que nenhum mecanismo de reprovação à conduta seja apresentado como alternativa à descriminalização, pois há que se reconhecer que situações e perspectivas cambiantes devem permitir que o legislador encontre o caminho adequado para sinalizar a reprovação a determinadas condutas¹³. Não se descuida, ainda, que a ideia nuclear de proteção pelo Direito Penal radica, como salienta Luciano Feldens (2008, p. 33), com inequívoca primazia, nos direitos fundamentais.

Dessa forma, como assevera Gabriel Pascual (2006), “la afirmación en estos términos de los derechos fundamentales a la protección penal no es incompatible con el llamado principio de inter-

13 Carlos Bernal Pulido, ao discorrer acerca dos argumentos que militam em favor da restrição dos tribunais para decidir sobre a matéria, arrola entre eles os direitos de proteção. Nesse sentido, transcreve-se: “Aqui nos referimos a quatro dos mais importantes: o argumento da falta de certeza, o da reserva da lei penal, o dos direitos de proteção e o da liberdade positiva. [...] Em terceiro lugar, aparece o argumento dos direitos de proteção. De acordo com este argumento, a aceitação de que os direitos fundamentais e os demais bens constitucionais (por exemplo, a preservação da ordem econômica ou do meio ambiente) revestem também a faceta de direitos e bens de proteção implica atribuir ao legislador a competência para criar tipos penais e impor sanções com uma amplíssima margem de discricionariedade. Como consequência, *verbi gracia*, o problema de se um direito ou bem deve ser protegido mediante normas penais ou se, pelo contrário, deve ser garantido por meio de outras estratégias menos severas não aparece decidido pela Constituição e nem pode ser resolvido pela jurisdição”. Mesmo reconhecendo a importância dos argumentos e da necessidade de se ter uma visão restrita da judicialização nesse campo, o autor entende que, levada ao limite, a tese estrita da autorrestricção implicaria cingir-se a jurisdição constitucional ao controle de constitucionalidade das leis somente aos aspectos formais e aos limites materiais que expressamente a Constituição traça. Para além, não se pode concluir, a partir dos argumentos levantados, que o legislador esteja subtraído do controle de constitucionalidade (PULIDO, 2007, p. 809-810).

vención mínima”¹⁴. Para o autor, só pontualmente estará justificada a intervenção do Direito Penal, que deve seguir sendo a *ultima ratio*. Ao mesmo tempo em que se outorga aos poderes constituídos uma ampla margem de apreciação, ao Judiciário também é reconhecida certa margem de apreciação. Esta, contudo, tanto para um como para outro, não é infinita.

A teoria dos deveres de proteção e sua compreensão da proporcionalidade sob uma dupla acepção também é endossada por Lenio Streck (2004), para quem a proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo, mas também para uma espécie de garantismo positivo, sendo que a preocupação do sistema jurídico agora se centra na análise de uma proteção suficiente, dispensada pelo Estado, para um direito fundamental, como ocorre quando o Estado dispensa o uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Claus-Whilhelm Canaris (2003, p. 101 e ss.) arrola três critérios que podem orientar o reconhecimento de um dever de proteção: a) a incidência da hipótese normativa (tipicidade) de um direito fundamental, que diz respeito à verificação do âmbito que a norma de direito fundamental visa a proteger, ou seja, é preciso verificar se a ofensa ao direito fundamental afeta de forma efetiva ou potencial o seu âmbito de proteção; b) a ilicitude (em geral,

14 Também nesse sentido podem-se observar as ponderações de Luciano Feldens (2008, p. 53): “Logicamente, e já por dizer o óbvio, da concepção de um sistema penal constitucionalmente necessário não resulta a relativização de garantias materiais e processuais que aproveitam ao acusado. [...] Estamos apenas a enfatizar que também o cidadão que não se veja envolvido como acusado em uma relação processual é titular de direitos fundamentais, a cuja garantia foi instituída, em determinados casos, a proteção jurídico-penal. [...] De um lado, um limite garantista intransponível (intervenção mínima); de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção necessária). Esse balanço há de ser o fio condutor da atividade estatal (legislativa e jurisdicional) em matéria penal”.

mas não necessariamente) do ataque e a dependência de proteção, tomando o sentido de necessidade de proteção de violações que ocorrem ao exercício do direito de liberdade, que também deve assentar-se sobre uma condição de assimetria; c) e a necessidade de proteção decorrente da dinâmica equação entre os critérios de hierarquia do bem atingido e a intensidade da ameaça¹⁵.

A partir disso, decorrem: a) para o Poder Legislativo, o dever de regular, por meio de leis, os bens jurídico-constitucionais relevantes, ou manter as leis, quando já existentes; b) para o Poder Executivo, o dever de intervenção em favor dos direitos fundamentais, quando violados; c) para o Poder Judiciário, recai o dever de uma tutela judicial efetiva, que consiste na apreciação da ação penal em tempo hábil e razoável. Sobre este último aspecto, Feldens (2008) registra que, para o Tribunal Constitucional espanhol – na hipótese de se verificar uma perturbação do direito fundamental que seja apenada pela lei –, há um direito do cidadão a essa proteção judicial. Registra-se, entretanto, que aqui parece ser retomada uma dimensão estritamente individual do direito. Não seria o caso de rejeitar tal ideia, já que parece que, por ela, pode-se abrir caminho para o retorno da posição da vítima na discussão acerca do conflito, bem como para a possibilidade de disposição e “negociação” na ação penal – esse entendimento, contudo, não pode aqui ser desenvolvido¹⁶. Para os fins desta análise, o que importa mencionar é que há de se ter cautela com a noção de um direito do cidadão que corresponde à incidência de uma norma penal.

15 Essa síntese pode ser identificada em Feldens (2008, p. 77-79) e em Sarlet (2009, p. 192). Sobre a constatação da necessidade de manutenção de um determinado meio mais gravoso (penal) para a proteção de determinados bens jurídicos, Lenio Streck escreve, ao tratar da inconstitucionalidade do então art. 9º da Lei do Refis, Lei n. 10.684/2003, que a insuficiência pode ser observada a partir de uma comparação com outras formas de proteção. Nesse sentido, ver STRECK, 2004.

16 Essas noções são observadas, com otimismo, no artigo de Winfried Hassemer (2008).

Tais questões, embora merecessem maior aprofundamento, não podem aqui ser estendidas, de maneira que, lançadas as referências e ideias centrais da discussão acerca dos deveres de proteção do Estado, já se pode vislumbrar a importância dos reflexos que tais considerações emanam sobre o dever do Estado de promover a segurança pública, especialmente no que diz respeito às mudanças que se operaram no paradigma individualista estritamente liberal do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

4 Conclusões

A proteção que é extraída da perspectiva objetiva das normas de direitos fundamentais tem sobre a segurança pública o efeito de demandar do Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, a criação de novas instituições e a remodelação das já existentes, sem o que dificilmente poderá cumprir sua missão com efetividade. Partindo-se da consideração, já abordada, de que não apenas os direitos sociais demandam políticas públicas do Estado, parece evidentemente necessário que o Estado implemente também políticas públicas para salvaguardar direitos, o que se expressa, valendo-se do exemplo de Daniel Sarmiento (2003, p. 278 e 308), no próprio fato de “dar aos policiais treinamento e capacitação adequados para que não violem os direitos fundamentais dos criminosos e da população, o que já pressupõe uma política pública e não uma simples abstenção dos governantes”.

A segurança pública, para além de estar expressamente prevista em alguns dispositivos constitucionais, também pode ser reconduzida ao princípio do Estado de Direito, na medida em que, como observa Ingo Sarlet (2008, p. 219), “o Estado é o detentor, via de regra, do monopólio, tanto da aplicação da força quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares, que não podem valer-se da força

para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares”.

A segurança pública, entendida como a possibilidade de manutenção da ordem pública e democrática e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, pensa-se, é algo irrenunciável. Esse é o sentido das considerações de Carlos Magno Cerqueira (1996), que, ao examinar as missões da polícia, enfatiza que a manutenção da ordem, a proteção de certos valores aceitos socialmente (como a vida, a integridade física, a propriedade privada etc.), a aplicação das leis, a prevenção e repressão do crime e a defesa das condições necessárias para o exercício das liberdades fundamentais constituem-se nos elementos essenciais para a existência de uma sociedade democrática.

Para cumprir a função de imperativo de tutela, faz-se necessário o auxílio do Direito infraconstitucional, pois é a ele que pertence a tarefa de disponibilizar os meios para a proteção, que, como dito, não são apenas meios exclusivamente penais, mas passam pelo Direito Administrativo, Tributário, Social e até pelo Direito Privado, como salienta Canaris (2003, p. 115-116).

Há que se pensar, assim, em como se desenvolvem as políticas públicas voltadas para a área da segurança, bem como o seu compromisso com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por se tratar, os deveres de proteção, de concepção que se fundamenta em uma noção de que ao Estado não incumbe apenas abster-se, mas proteger os direitos fundamentais – e que, portanto, de um Estado estritamente inimigo, alcança-se um Estado capaz de proteger (na dicção de muitos autores, um Estado amigo dos direitos fundamentais) –, torna-se evidente que esse Estado não pode, em nome da segurança, acabar violando os direitos fundamentais¹⁷. Admitir tal posicionamento seria

17 A ideia de que segurança e liberdade não são valores contrapostos e de que a compreensão do sistema de direitos fundamentais também a partir de uma perspectiva

teratológico. Daí por que se poderia admitir que uma concepção constitucionalmente adequada de segurança pública (frisa-se: um direito evidentemente prestacional e que, portanto, deve conviver com outros direitos, também individuais) somente pode acontecer na medida em que se afasta das concepções belicistas de segurança. Tal ponderação é reforçada, ainda, a partir da ideia de que todas as normas constitucionais (e entre elas o art. 144 da CF) devem ser interpretadas em conformidade com o núcleo axiológico e com os direitos fundamentais da Constituição.

A despeito do fato de as políticas públicas serem muito mais amplas do que a intervenção penal, quando essa intervenção do Estado (penal ou não) nas liberdades individuais tiver de ocorrer, haverá de ser necessária a verificação do princípio da proporcionalidade e suas parciais. Assim, poderiam ser mantidas as conquistas iluministas do

de proteção é capaz de outorgar maior garantia aos direitos fundamentais, e não apenas restringi-los, pode ser sentida a partir de uma importante decisão julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (fundamentada nas disposições do art. 1.1 da Convenção Interamericana, obriga o Estado a respeitar e garantir o livre e pleno exercício dos direitos nela reconhecidos). No caso, tratou-se do desaparecimento do hondurenho Manfredo Velásquez, que foi sequestrado por homens fortemente armados e vestidos de civis, embora depois se conhecesse que tais homens estavam vinculados às Forças Armadas de Honduras, num período em que se tornou generalizada a prática de desaparecimentos executadas ou toleradas pelas autoridades hondurenhas, que se negavam ou eram incapazes de prevenir, investigar e sancionar esses fatos e de auxiliar a quem se interessasse por averiguar o paradeiro e o destino das vítimas ou de seus corpos. Ao final do processo, a justiça criminal do país não logrou identificar os culpados e se tornou razoável pensar que ele estava morto. A Corte Interamericana considerou que, neste caso, Honduras havia vulnerado o direito à vida, à integridade e à liberdade de Manfredo Velásquez, ao descumprir a obrigação de investigar o seu desaparecimento (PASCUAL, 2006). Vale, ainda, transcrever: “También se advierte que el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como ‘las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos’. Y es que la situación de impunidad que estos subterfugios engendran ‘lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata’” (PASCUAL, 2006).

Estado de Direito (hoje Democrático e Social), conciliando-as com a função de proteção do Estado¹⁸.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um estado de direito democrático chamado Brasil. *Discursos Seditiosos*, ano 1, n. 2, p. 91-211, jun./dez. 1996.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

18 Embora a literatura existente sobre os deveres de proteção e sua vinculação às questões relativas à segurança se refira, em regra, ao Direito Penal, não é apenas a partir dele que devem ter sua normatividade explorada, já que a restrição a um direito fundamental não pode ser considerada uma constante. Nesse sentido, novamente, pode-se acolher a doutrina de Konrad Hesse (1998, p. 280): “Muitas vezes, o cumprimento do dever de proteção tornará necessárias intervenções em posições protegidas jurídico-fundamentalmente, de terceiros, de modo que se formam situações de várias facetas, nas quais a proteção de um pode significar uma carga do outro. Nesse ponto, torna-se, então, necessária uma compensação proporcional que, em geral, cabe ao legislador”.

GRIMM, Dieter. The protective function of the state. In: NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism*. Cambridge University Press, 2005. p. 137-153.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista de Estudos Criminais*, ano 8, n. 29, p. 9-20, abr./jun. 2008.

———. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

PAREJO, Luciano Alfonso. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad – problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del estado administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PASCUAL, Gabriel Doménech. Los derechos a la protección penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 78, p. 333-372, sept./dic. 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

———. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

———. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 81, p. 325-386, 2005.

———. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

———. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competência federativa e órgãos de execução das políticas. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 8, p. 19-73, out./dez. 2007.

———. SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de

proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.