



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

ALEXANDRE MOREIRA VAN DER BROOCKE

**Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de
realização dos direitos fundamentais**

JACAREZINHO-PR

2014

ALEXANDRE MOREIRA VAN DER BROOCKE

Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, área de concentração: Teorias da Justiça; linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade. Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho.

JACAREZINHO-PR

2014

B871p van der Broocke, Alexandre Moreira

Proibição da proteção deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais / Alexandre Moreira van der Broocke. 2014

147 f.

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2014.

Orientação: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

1. Proibição da proteção deficiente. 2. *Untermassverbot*. 2. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU: 342.72

ALEXANDRE MOREIRA VAN DER BROOCKE

Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pela Comissão Julgadora composta pelos membros:

COMISSÃO JULGADORA

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) (Presidente)

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin

Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Aprovado em: 31/10/2014

Local: Jacarezinho-PR

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Bianca, obrigado por tornar real o improvável.

Às minhas filhas Beatriz e Laura, obrigado por tornarem eterno o efêmero.

À minha mãe, Marli, obrigado por tornar dinâmico o estático.

Ao meu pai Luiz Fernando, obrigado, porque nada é, tudo apenas *está*.

é muito mais fácil controlar a liberdade para que não se transforme em licenciosidade do que controlar o poder para que não se transforme em tirania e opressão

(JOSIAH QUINCY)

VAN DER BROOKE, Alexandre. **Proibição da Proteção Deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade – da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP: Jacarezinho, 2014.

RESUMO

O presente estudo é voltado à análise do princípio da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), como componente da proporcionalidade e critério de verificação da constitucionalidade. Inicialmente se apresenta o conceito de proibição da proteção deficiente, ressaltando-se suas características principais e sua estreita relação com a efetivação dos direitos fundamentais, com o dever de proteção e o imperativo de tutela. O papel do Estado, na condição de destinatário dos direitos fundamentais, é exposto como ponto de especial relevo para a compreensão da dinâmica envolvida na compreensão da proporcionalidade sob a luz da vedação à deficiência de proteção. Para a delimitação dos contornos característicos do conceito de proibição da proteção deficiente, o sistema de direitos fundamentais é tomado como ambiente de convivência de normas-regra e normas-princípio, estas passíveis de aplicação por meio de sopesamento e aquelas por intermédio de subsunção, um modelo proposto por Robert Alexy. Quanto à proibição da proteção deficiente, é apresentada como princípio instrumental da concretização dos direitos fundamentais, já que sua aplicação se dará sempre na medida do possível, tomando-se por base a conjuntura fática e jurídica, em face da vedação de excesso. Na sequência, é trazido à discussão o precedente paradigma do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da descriminalização do aborto, em que a proibição da proteção deficiente foi utilizada pela primeira oportunidade como fundamento de decisão, assim como são indicadas as feições atribuídas à *untermassverbot* no direito nacional, com especial destaque à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir do estudo do precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, é estabelecida a premissa de que, correlato ao dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é possível identificar, por vezes, a existência de um direito subjetivo à proteção. Além disso, os mandados de criminalização contidos na Constituição são relacionados à definição da forma com que o Estado, enquanto destinatário dos direitos fundamentais, buscará dar cumprimento ao dever de proteção, atuando entre as balizas da simples abstenção e da utilização do Direito Penal como meio de proteção a bens jurídicos objeto de direitos fundamentais. A seguir é exposta a possibilidade de aplicação da proibição da proteção deficiente em relação aos direitos fundamentais prestacionais, desde que traçada a linha divisória entre aquilo que pode ser considerado como simples atendimento ao comando normativo constitucional, e a observância da vedação à proteção deficiente. São apontadas, também, questões relativas à inevitável carga discricionária compreendida na escolha dos meios de proteção pelo Estado e a tensão entre princípios formais e substanciais que daí decorre, concluindo-se que a discricionariedade, ainda que indesejável, é inevitável na concretização dos direitos fundamentais segundo o paradigma de uma Constituição compromissória, desde que respaldada e balizada pela própria Lei Maior.

Palavras-chave: Proibição da proteção deficiente. *Untermassverbot*. Direitos fundamentais.

VAN DER BROOKE, Alexandre. **Prohibition of Insufficient Protection: proportionality as a tool for the realization of fundamental rights**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade – da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP: Jacarezinho, 2014.

ABSTRACT

The present study seeks to examine the principle of prohibition of insufficient protection (*untermassverbot*), as a component of the proportionality and as a standard of constitutionality. Initially it is presented the concept in question, highlighting its main characteristics, as well as its close relationship with the enforcement of fundamental rights and with the concepts of imperative of protection and the duty of protection. The role of the State, conceived as the addressee of the fundamental rights, is exposed as a point of particular importance for the dynamics involved in the understanding of proportionality in the light of the forbiddance of deficient protection. In order to determine the correct outline of the concept of prohibition of deficient protection, the system of fundamental rights is taken as an environment where rules and principles coexist. While these are applied by balancing, those are put into practice through subsumption, a model proposed by Robert Alexy. As for the prohibition of poor protection, it is presented as an instrumental principle in what concerns the realization of fundamental rights, since its application shall always be done to the extent possible, taking as parameter the factual and legal circumstances, as well as the forbiddance of excess. Following, it is brought to the discussion the precedent paradigm of the German Constitutional Court regarding the decriminalization of abortion, when the prohibition of insufficient protection was used for the first time as ground for a decision. It is also addressed the features attributed to the *untermassverbot* in national law, with special emphasis on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. From the study of the German Federal Constitutional Court judgment, it is established the premise whereby correlative duty of protection as an expression of the objective perspective from the fundamental rights, it is possible to identify, at times, the existence of a subjective right to protection. In addition, commands of criminalization contained in the Constitution are related to the definition of the way in which the State, as the addressee of the fundamental rights, seek to comply with the duty to protect, acting between the mere abstention and the use of criminal law as a means to protect assets that are subject of fundamental rights. Moreover, it is presented the possibility of application of the prohibition of insufficient protection in what concerns to fundamental rights to positive state action, since it is drawn a line between what can be considered as a simple fulfillment of the constitutional command, and the compliance of the forbiddance of insufficient protection. Finally, the issues concerning the inevitable discretionary load in the procedure of choosing the means of protection and the tension between formal and substantive principles that results from it are presented, concluding that discretion, though undesirable, is inevitable in the realization of the fundamental rights under the paradigm of an conductive constitution.

Keywords: Prohibition of Insufficient Protection. *Untermassverbot*. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1 O Destinatário dos Direitos Fundamentais e o Dever de Proteção (<i>schutzpflichten</i>).....	14
1.2 Imperativo de Tutela como Função dos Direitos Fundamentais e a Proibição da Proteção Deficiente (<i>untermassverbot</i>).....	22
1.3 Objeto de Verificação da Proteção (D)Eficiente.....	32
1.4 Caráter Principiológico do Conteúdo dos Direitos Fundamentais e a Verificação da Proteção (D)Eficiente.....	40
1.5 A Proibição da Proteção Deficiente como Princípio.....	48
2 PRAXIS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	55
2.1 As Origens Jurisprudenciais da Proibição da Proteção Deficiente (BVerfGE 88, 203).....	55
2.2 Espaço de Exercício da Proteção: entre a criminalização e a abstenção; entre <i>übermassverbot</i> e <i>untermassverbot</i>	67
2.3 Mandados de Criminalização x Limites de Criminalização.....	76
2.4 A Proibição da Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal (STF).....	85
3 PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E AS PROMESSAS DA MODERNIDADE.....	99
3.1 A Proibição da Proteção Deficiente e os Direitos Fundamentais Prestacionais.....	99
3.2 Discricionariedade Judicial e Integração do Ordenamento Jurídico Deficitariamente Protetivo.....	109
3.3 Sentenças Aditivas e Espaço Insuperável de Discricionariedade.....	120
3.4 A Proibição da Proteção Deficiente na Constituição Compromissória: a proibição, a segurança e os riscos.....	130
CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS.....	146

INTRODUÇÃO

O Brasil, país periférico que é, tem nos direitos fundamentais não só a baliza insuperável da atuação do Estado, mas verdadeiro paradigma de atuação voltada à concretização das promessas não cumpridas da modernidade. A velha concepção liberal dos direitos fundamentais enquanto defesa sólida da esfera de autonomia do indivíduo provou-se insuficiente diante dos desafios impostos por uma realidade que relativiza praticamente tudo, inclusive aquilo que faz do homem integrante da humanidade.

Diante disso, o presente estudo se dedica à análise da proibição da proteção deficiente, uma perspectiva da proporcionalidade que propicia os meios de realização dos direitos fundamentais por um viés que transcende suas feições tradicionalmente liberais.

Trata-se de um conceito surgido inicialmente dos estudos de Claus Wilhelm Canaris e colocado em prática na jurisprudência pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, expressamente, quando da decisão acerca da constitucionalidade da descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, julgamento este ocorrido no ano de 1993.

Não demorou muito para que a aplicação do conceito, verdadeiro critério de aferição da constitucionalidade, ultrapassasse as fronteiras da Alemanha, indo encontrar solo fértil para florescer na jurisprudência espanhola e, em seguida, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Questões de elevada relevância foram submetidas à checagem de constitucionalidade sob o prisma da proibição da proteção deficiente, tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias, a introdução de tipos penais de perigo abstrato no ordenamento jurídico e a fixação de idade limite para a aquisição de armas de fogo.

Além disso, afigura-se facilmente perceptível a utilização da *untermassverbot* na tomada de decisões pelo Estado-Legislator e, também, pelo Estado-Administração quando do estabelecimento de políticas públicas calcadas em comandos constitucionais revestidos de fundamentalidade.

Saber quando o Estado, destinatário dos direitos fundamentais, agiu pouco e, se agiu pouco, como deveria ter agido para proteger adequadamente um dado direito fundamental, é tarefa que se reveste de considerável complexidade, demandando a adoção de um método que propicie a verificação racional das conclusões a esse respeito. Para tanto, o sopesamento proposto por Robert Alexy se apresentará como meio para a aferição da proporcionalidade sob sua dupla perspectiva: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

É certo que o método proposto pelo jurista alemão não se mostra infenso a críticas, em especial no que concerne à discricionariedade e à vulnerabilidade ao subjetivismo do Estado-Juiz. De toda sorte, o estudo da proibição da proteção deficiente se dará tendo como referencial teórico o sistema de direitos fundamentais proposto por Robert Alexy, sem que, com isso, seja abandonada ao esquecimento a discussão das críticas dirigidas ao mencionado modelo, sejam elas oriundas de linhas garantistas ou hermeneuticas.

A ideia sobre a qual se sustenta a estruturação deste estudo não negligencia as raízes históricas do conceito que lhe serve de tema, porém não lhe dedica um tópico específico. Isso por dois motivos. Inicialmente porque o conceito é relativamente recente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. De outro viés, as razões históricas que levaram à percepção dessa faceta da proporcionalidade estão diluídas pelo texto, já que cada característica, cada desdobramento da proibição da proteção deficiente encontrará na história uma razão de ser que, oportunamente, será referida.

A apresentação inicial do conceito se dará, justamente, pela definição de seus contornos, suas principais características e os demais conceitos que, de uma forma ou de outra, lhe tocam, tal como o dever de proteção e o imperativo de tutela. Além disso, será feita uma breve reflexão acerca das implicações decorrentes da adoção de um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais compõem um sistema de normas-regra e normas-princípio. Partindo-se de tal entendimento, a proibição da proteção deficiente será apresentada como princípio, algo que se afigura de extrema importância para que se lance mão do sopesamento como método de verificação da proporcionalidade.

Estabelecidas as feições da proibição da proteção deficiente, serão expostas as principais ocorrências do conceito na jurisprudência, iniciando-se pelo precedente paradigma (BVerfGE 88, 203) do Tribunal Constitucional Federal alemão, relativo à descriminalização do aborto. Serão indicadas as principais premissas adotadas pela corte constitucional da Alemanha, as quais servirão para que se trace um paralelo em relação à aplicação da proibição da proteção deficiente como critério de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além dos precedentes envolvendo a proibição da proteção deficiente e a atuação do Estado-Juiz, será tratado o espaço de conformação de que dispõe o Estado-Legislator e o Estado-Administração para verem cumprido o dever de proteção, sendo os mandados de criminalização constitucionais um ponto de destaque para a definição dos meios de proteção eficientes.

Finalmente, serão indicados os porquês da aplicabilidade da proibição da proteção deficiente não só aos direitos fundamentais de defesa, mas também aos direitos prestacionais, em especial no que toca aos direitos fundamentais sociais. A viabilidade de verificação da constitucionalidade à luz da proibição da proteção deficiente também em relação aos direitos fundamentais prestacionais destaca a necessidade da discussão da discricionariedade enquanto componente do processo decisório de eleição dos meios de proteção. Será demonstrado que existem espaços insuperáveis de discricionariedade na definição dos meios de proteção, mesmo no que tange ao exercício da jurisdição constitucional, algo que não implica necessariamente a ruptura com os preceitos decorrentes dos princípios formais que alicerçam o modelo republicano de separação dos poderes. Rematando, será ressaltado o papel desempenhado pela proibição da proteção deficiente em um ambiente constitucional compromissório e teleologicamente orientado no sentido da realização plena da modernidade no Brasil.

Enfim, o objetivo a que se propõe o presente estudo será servir de meio de apresentação da proibição da proteção deficiente em três etapas.

Tal proposta consiste, basicamente, em trabalhar a resposta de uma pergunta relacionada à proibição da proteção deficiente em cada um dos três capítulos: no primeiro capítulo a pergunta será “*o que é?*”; no segundo a pergunta a ser respondida é “*como está?*”; e no derradeiro capítulo, a pergunta à qual se pretende apresentar uma resposta é “*como deveria ser?*”.

1 PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Definir o que vem a ser a proibição da proteção deficiente, qual o seu alcance e seu papel na compreensão e realização da Constituição da República, demanda uma análise das feições que ostenta o sistema de direitos fundamentais.

Nesse exercício de reflexão acerca das formas pelas quais se manifestam os direitos fundamentais, os desdobramentos de sua perspectiva objetiva, em especial no que toca ao dever de proteção (*schutzpflichten*), assumem especial relevo quando se tem por objetivo o estudo da *untermassverbot*. Também é imprescindível que se defina a quem se dirige o comando de proteção, quais os meios pelos quais se poderá proteger e, principalmente, o que deve ser protegido, para, só então, tornar-se possível a verificação de uma (in)suficiência de proteção.

1.1 O Destinatário dos Direitos Fundamentais e o Dever de Proteção (*schutzpflichten*)

Não é difícil perceber que os direitos fundamentais, à primeira vista, assumem as feições de direitos subjetivos, havidos da relação entre cidadão de um lado, e Estado de outro.

O dever que recai sobre o Estado nessa relação vai depender da natureza do direito fundamental. Acaso se esteja diante de um direito de defesa, a postura que o indivíduo pode esperar do Estado é, a princípio e segundo uma concepção tradicional, a mera abstenção, no sentido de que seja mantida incólume a sua esfera de autonomia, preservando-se, assim, o bem jurídico liberdade em suas mais variadas manifestações.

Por outro viés, se o direito fundamental de que se cuida é social, o que o indivíduo pode exigir do Estado é uma prestação, no sentido de que este proveja os meios necessários para a satisfação de uma necessidade considerada indispensável pelo constituinte.

Seja qual for a natureza do direito fundamental em questão, se de defesa ou prestacional, é nítido que o cumprimento do dever que dele decorre caberá ao Estado, sendo que o titular do direito fundamental, e disso não há dúvidas, é o indivíduo ou um grupo de indivíduos. Daí se extrai que há uma relação entre o titular dos direitos fundamentais e o Estado, relação esta em que o último se posiciona como destinatário da norma constitucional fundamental, pois é justamente ele, o Estado, que deverá orientar os meios materiais necessários para emprestar eficácia aos direitos fundamentais de que é titular o indivíduo.

O Estado enquanto destinatário dos direitos fundamentais é uma premissa da qual não se poderá afastar no transcurso deste estudo, sendo certo que, por vezes, poderá parecer que as circunstâncias levam a crer que o cidadão e a sociedade civil como um todo assumem esse papel, porém, tratar-se-á apenas de uma conjuntura aparente e não real. Mesmo em questões limítrofes, em que o exercício dos direitos fundamentais produz nítido impacto na esfera de interesses de terceiros, deve-se manter em foco que quem agiu ou se absteve para que se desse eficácia ao referido direito foi o Estado, por intermédio do qual o titular do direito fundamental terá encontrado os meios para exercê-lo. Sobre o tema, Claus-Wilhelm Canaris, ainda que reconheça a existência de posições divergentes, leciona o seguinte:

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.¹

A esse respeito, é importante registrar que não é novidade a aproximação do Direito Constitucional em relação aos demais ramos da Ciência Jurídica. Aliás, no que toca àquelas áreas do Direito que outrora se classificavam como “públicas” a mencionada proximidade é congênita, uma vez que na Constituição restaram fixados limites claros para que o Estado agisse em detrimento da liberdade individual.

Mais recentemente pôde ser observada uma tendência de interpenetração dos ramos do Direito, rompendo-se barreiras meramente didáticas de classificação, principalmente em relação à divisão que opunha o “direito público” ao “direito privado”. O “diálogo das fontes” passou a ser a pedra de toque da hermenêutica jurídica, muito em razão do surgimento de fato de novos ramos do direito, tal como o ambiental e o consumerista. Deixou-se de lado a ortodoxa concepção puramente hierarquizada do sistema jurídico para fazer da Constituição algo mais que um mero paradigma de validade da norma. A fim de que a norma seja considerada válida, é imprescindível que tenha sido extraída do texto legal por meio de uma exegese constitucional, ou seja, a atribuição de sentido a uma norma, necessariamente, deve ser levada a efeito pelo prisma constitucional, em especial no que tange aos seus princípios e os direitos fundamentais.

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p.58.

No Direito Civil, ramo do que outrora podia ser denominado de “direito privado” sem ressalvas, os reflexos dessa tendência foram pródigos quando da formulação do Código Civil de 2002, que traz uma carga normativa evidentemente orientada pelo princípio da dignidade humana e pela solidariedade social². Apenas para ilustrar, é oportuno citar o artigo 57, do Código Civil de 2002, segundo o qual a exclusão de membro de associação somente pode ser levada a cabo acaso se lhe garanta o contraditório e o exercício do direito de defesa. Do texto legal em questão, é possível perceber a evidente repercussão da garantia fundamental do devido processo legal, prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, sobre o Direito Empresarial.

Diante de tal norma, pergunta-se: a quem incumbe observar a garantia fundamental do devido processo legal? A resposta não pode ser outra senão à associação a que pertence o membro que se pretende excluir.

Todavia, não por isso se pode afirmar que o destinatário da garantia fundamental é o particular, no caso a associação.

Atente-se que se não for observada a regra de que trata o artigo 57 do Código Civil, absolutamente nada ocorrerá de forma espontânea. A nulidade do ato de vontade da pessoa jurídica que descumpriu o preceito legal e, da mesma forma, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição, somente poderá ser declarada uma vez provocado o Estado-Juiz. É pelo exercício da jurisdição que, no caso em pauta, poderá ser exercido o direito fundamental da liberdade de associação, direito este resguardado pela garantia do devido processo legal, assim como também a observância da norma inserta no Código Civil. De toda sorte, no exemplo proposto, há que se diferenciar o destinatário da norma contida no Código Civil, daquele referente ao mandamento constitucional fundamental. Enquanto a norma infraconstitucional se destina ao particular, posto que integrante do sistema jurídico que serve ao fim de regular as interações entre particulares; a norma definidora de direito fundamental se destina ao Estado, eis que sua função no ordenamento jurídico é estrutural.

Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda que não houvesse norma semelhante no Código de 1916 que lhe antecedeu, o Estado-Juiz poderia, tranquilamente, pronunciar-se pela nulidade de uma exclusão do quadro associativo que desrespeitasse os preceitos decorrentes da garantia do devido processo legal, como realmente

² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. V.1, 5ª ed., São Paulo: Método, 2009, p. 125.

chegou a fazer em relação a fatos pretéritos ao Código Civil atual.³ Aliás, não só o Estado-Juiz pode servir de meio à concretização dos direitos fundamentais e, para seguir utilizando o exemplo já mencionado, à garantia fundamental do devido processo legal.

O Estado-Legislador, ao positivizar as regras que norteiam a vida em sociedade de forma geral e abstrata, deve agir no sentido de estabelecer parâmetros de convivência entre os indivíduos que levem em consideração as normas constitucionais, tornando eficazes os direitos fundamentais previstos na Lei Maior. Não por outro motivo que se fez constar no já mencionado artigo 57 do Código Civil, que a exclusão do membro da sociedade deve se dar em observância do devido processo legal. Na construção do ordenamento jurídico, o legislador deve buscar, na Constituição, o conteúdo das normas que deve produzir. Tem-se, na Lei Maior, não somente um paradigma de validade para aferição posterior, mas um vetor de orientação do próprio processo legislativo no que diz respeito ao seu viés substancial. Assim, o Estado-Legislador também deve atuar na condição de destinatário dos direitos fundamentais, estabelecendo em caráter geral e abstrato o espaço de conformação social segundo as esferas de eficácia de cada um dos direitos constitucionalmente revestidos de fundamentalidade.

Quanto ao Estado-Administração, sua atuação enquanto destinatário dos direitos fundamentais diz respeito, em geral, aos espaços deixados pela lei para o exercício de juízos

3 EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF, Segunda Turma, RE 201819/RJ, 11/10/2005)

discricionários. O princípio da legalidade reduz significativamente a margem de atuação do Estado-Administração no desempenho de suas atividades cotidianas. Entretanto, quando se está diante do conjunto de atribuições dos agentes políticos do Estado-Administração, principalmente no que tange aos chefes do Poder Executivo, essa margem se amplia para comportar uma gama de opções no que concerne à escolha das políticas públicas a serem priorizadas segundo um plano de governo legitimado pelo voto popular.

É o Estado-Administração que deve protagonizar o esforço de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, já que as políticas públicas, em regra, orientam-se no sentido de atender às necessidades atinentes aos direitos sociais. Sendo assim, é sobre o Estado, no caso a Administração, que recai o dever de, no uso da discricionariedade que lhe toca, tornar fato aquilo que o constituinte positivou como direito fundamental.

Por certo que essa escolha levada a efeito segundo um juízo discricionário deve observar as balizas da lei. Entretanto, não basta que haja mera conformação do agir administrativo com os preceitos legais, é imprescindível que o Estado-Administrador defina suas políticas públicas atribuindo sentido à norma constitucional de maneira tal que os direitos fundamentais adquiram eficácia fática, pois é esta a sua incumbência segundo a repartição de poderes de que trata o artigo 2º da Constituição Federal. Mais adiante neste estudo, serão analisados os critérios de aferição de regularidade constitucional do exercício da discricionariedade segundo o parâmetro constitucional dos direitos fundamentais.

Enfim, é ao Estado (Juiz-Legislator-Administração) que cabe a tarefa de tornar fato os direitos fundamentais, sendo que aos indivíduos é dado exigir que assim se faça.

Ainda que por vezes as consequências da efetivação dos direitos fundamentais se produzam de maneira mais incisiva na esfera de interesses de um particular ou mesmo de toda coletividade, é certo que o destinatário do comando constitucional inscrito no rol de direitos fundamentais é apenas o Estado, já que somente deste pode ser exigida uma ou outra postura com fundamento nos direitos fundamentais, sem a intermediação de uma norma de caráter infraconstitucional. O agir do Estado, na maior parte das vezes, implicará a redução da amplitude de liberdade de um indivíduo ou de uma categoria de indivíduos, mas isso não redundará na conclusão de que são estes os destinatários dos direitos fundamentais. Sua posição é, em verdade, de terceiros que podem ter seus interesses atingidos quando o Estado é instado a cumprir com seu papel de destinatário, dando concretude ao direito fundamental titularizado por outro indivíduo ou grupo de indivíduos.

A presente questão ganha corpo e relevância quando se discute a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, bem como o já citado “diálogo das fontes”, que leva à interpenetração entre os ramos do direito, notadamente do Direito Constitucional no Direito Civil. De toda sorte, e de forma a não escapar dos objetivos deste estudo, é imprescindível a manutenção da premissa de que é ao Estado que se dirige a norma constitucional instituidora de direitos fundamentais. Tanto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quanto o diálogo das fontes são decorrências do papel paradigmático da Constituição enquanto critério de validade das leis em geral, bem como de filtro hermenêutico para a atribuição de sentido às normas que decorrem dessas leis.

O fato de que os direitos fundamentais contam com eficácia não apenas no sentido vertical, qual seja, Estado – indivíduo, mas também no horizontal, a dizer, indivíduo – indivíduo, não altera a conclusão acima exposta, uma vez que a referida eficácia, seja ela horizontal ou vertical, somente se concretiza na medida em que o Estado age. Aliás, tomando-se a história como processo, percebe-se que o Estado tem sido cada vez mais exigido no que toca a sua atuação de garantidor da eficácia dos direitos fundamentais em sentido horizontal, uma vez que boa parte das reminiscências autoritárias de tempos pretéritos já restou superada pelo fortalecimento de instituições democráticas.

Na medida em que o Estado deixa de se colocar como o mais óbvio intruso, ou até inimigo potencial⁴ na esfera de autonomia do indivíduo, cedendo esse papel a outros indivíduos ou mesmo a figuras sociais um tanto abstratas, como o mercado, o foco dos direitos fundamentais se desloca sem que, com isso, seu destinatário seja substituído.

Dessa posição do Estado como garantidor dos direitos fundamentais, não só em relação à própria atuação estatal, mas também em relação ao agir de terceiros particulares, é que pode ser verificado, de maneira muito nítida, que os direitos fundamentais, além do caráter subjetivo, ostentam uma nítida perspectiva objetiva. Então, como manifestação dessa perspectiva objetiva e considerando o peculiar papel desempenhado pelo Estado, observa-se que sobre alguns interesses considerados essenciais pelo constituinte, recai um dever de proteção.

Esse dever de proteção precede à formação do liame subjetivo entre Estado – indivíduo no que tange à efetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual pode ser considerado um desdobramento da perspectiva objetiva dessa classe essencial de direitos constitucionais.

⁴ STRECK, Maria Luiza Schäffer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 21.

Entretanto, é de se registrar que não se pode tratar a perspectiva objetiva como a “outra face da moeda” dos direitos fundamentais, no sentido de que a faceta objetiva se contrapõe à subjetiva. Seja porque esta, dada a importância conferida à dignidade da pessoa humana, deve prevalecer sobre aquela, uma vez que se afigura como a manifestação primeira e principal dos direitos fundamentais que, antes de mais nada, são direitos individuais na conformação tradicional do conceito de Estado Democrático de Direito; seja porque a perspectiva objetiva se justifica na medida em que garante a concretização dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos tidos pelo indivíduo em face do Estado, fato este que confere à faceta objetiva dos direitos fundamentais quase que um caráter instrumental.

Diante disso, o dever de proteção, ou *schutzpflichten*, como tratado pela doutrina e jurisprudência alemã, recai sobre os ombros do Estado que, independente da formação do liame subjetivo entre si e o titular do direito fundamental, deve agir no sentido de “assegurar” os valores tutelados pelas normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais.

A fim de que se verifique a existência e extensão do dever de proteção, é importante ressaltar que não se pode confundir o dever de proteção ordinário que recai sobre o Estado, no sentido de fazer valer as leis enquanto detentor do monopólio da violência legítima, com o dever de proteção que se manifesta pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

O dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre da simples existência dos comandos constitucionais instituidores dos direitos fundamentais, cuja densidade normativa, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico infraconstitucional, não permite uma imediata e precisa determinação do que, ou de como o Estado deve agir para que consiga se desincumbir a contento do referido dever.

Tendo em conta que os valores a que se ligam os direitos fundamentais, tais como a vida, a honra, a intimidade e a liberdade, são essenciais à manutenção dos contornos mínimos do conceito de Estado Democrático de Direito, o dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é pressuposto de existência do próprio Estado que, acaso negligencie o dever em questão, verá ruir a sua própria razão de ser.

Como já mencionado, o dever de proteção, como também os demais desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que fogem ao escopo deste estudo, existe e se faz sentir independentemente da formação da relação jurídica Estado – indivíduo, ou seja, o dever de proteção independe das peculiaridades do caso concreto, posto que é um dever abstratamente imposto ao Estado. A verificação do cumprimento ou não do dever de proteção no caso concreto está ligada ao conceito de imperativo de tutela, conceito este que será

melhor estudado em momento oportuno e que guarda relação com a perspectiva subjetiva da concepção de direitos fundamentais.

Assim, é possível afirmar que o dever de proteção conta com um aspecto preventivo⁵, no sentido de que antes mesmo que se forme a relação entre o titular e o destinatário do direito fundamental, o Estado deve agir para que os bens tutelados pela norma constitucional revestida de fundamentalidade sejam segurados. A postura que o Estado deverá adotar para que se considerem seguros os ditos bens jurídicos variará da mera abstenção à criminalização de condutas.⁶

O espectro dentro do qual se dará o cumprimento do dever de proteção é vasto, razão pela qual aferir a forma de se desincumbir de tal dever é uma tarefa que exige cuidado especial. Como já mencionado alhures, as implicações coletivas dos direitos fundamentais não podem sobrepor-se às individuais, dado que estas estão visceralmente ligadas ao próprio conceito de direitos fundamentais enquanto instrumento de resguardo da minoria em face da maioria e, portanto, de meio de salvaguarda da própria democracia.

É certo que, com a passagem do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, o dever de proteção e a própria perspectiva objetiva dos direitos fundamentais têm a tendência de ganhar terreno. Isso porque nenhum direito subjetivo se justifica por si só, já que é integrante de um contexto coletivo, em que a definição do dever se atende a escolhas socialmente aceitas.

Todavia, o Estado Social não pode negligenciar as conquistas do liberalismo, primeiro vértice do ideário iluminista de 1789, assim como não pode, também, desdenhar as utopias tão necessárias à busca do terceiro vértice revolucionário, qual seja, a fraternidade. Há que se buscar o meio-termo, ciente de que o descuido representado pelo exagero na atuação do Estado conduz inevitavelmente ao retrocesso autoritário e ao comprometimento da liberdade.

De toda sorte, é ao Estado, e somente ao Estado, que incumbe o cumprimento do dever de proteção, assim como é dele que o indivíduo pode exigir que se concretizem os meios para o gozo de um direito fundamental. Aos particulares cabe a posição de titulares dos direitos fundamentais ou de terceiros, por vezes interessados ou atingidos, pelos desdobramentos dessa relação jurídica que irradia efeitos concretos para além de seus limites formais.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p.259-261.

É importante que se reforce a premissa segundo a qual um indivíduo somente poderá exigir de outro indivíduo a adoção desta ou daquela postura tendente a dar concretude a um direito fundamental seu, por intermédio do Estado. Ainda que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais torne fato a eficácia horizontal de tais direitos, e que o diálogo das fontes, com a constitucionalização dos ramos do Direito Privado, conduza a faceta coletiva dos direitos fundamentais a uma posição de destaque, é o Estado, e somente ele, quem detém os meios para fazer valer os direitos revestidos constitucionalmente de fundamentalidade, seja sob sua perspectiva subjetiva, ou objetiva.

Saber se existe o dever de proteção pressupõe a verificação da natureza fundamental de um direito. Sobre a vida, a intimidade, a informação e a liberdade, por exemplo, o dever de proteção é incontroverso, posto que são valores tutelados constitucionalmente no nível de fundamentalidade.

Saber como deve ser cumprido o dever de proteção é questão que se insere no âmbito da discricionariedade legislativa e, em menor medida, administrativa, porém sempre passível de verificação pelo exercício da jurisdição constitucional.

Quanto ao Estado-Juiz, a princípio, parece difícil atribuir-lhe a tarefa de desincumbir-se do dever de proteção, dado que o referido conceito, tal como já exposto anteriormente, reveste-se de um caráter objetivo e eminentemente preventivo, decorrendo diretamente dos direitos fundamentais e independentemente de qualquer peculiaridade do caso concreto. Segundo o modelo que se adota neste estudo, o papel do Poder Judiciário assume especial relevância quando da aferição da existência e adequação do imperativo de tutela no caso concreto, questão que será abordada oportunamente.

Porém, cabe mencionar que, atualmente, com as reformas por que vem passando o Poder Judiciário e, em especial aquela de que tratou a Emenda Constitucional nº 45/2004, abriu-se a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, as quais se perfazem em mandamento normativo com caráter de generalidade e abstração típico das leis. Com isso, vislumbra-se a possibilidade de que o Poder Judiciário, no exercício da atribuição que lhe toca por força do artigo 103-A, da Constituição da República, possa, tal qual o Estado-Legislator, colocar-se em posição de definidor do *como* no que diz respeito ao cumprimento do dever de proteção, sendo este um desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Todavia, como já indicado inicialmente, a princípio e em regra, ao Estado-Juiz caberá a atuação com base na verificação da existência do imperativo de tutela e a adequação desta no caso concreto, ainda que a solução do caso concreto envolva a verificação de compatibilidade

de uma lei ou ato normativo específico com o paradigma constitucional, assunto este reservado ao tópico seguinte.

Já no tocante ao Estado-Legislator, a amplitude para que atue na busca pelo cumprimento do dever de proteção é considerável, haja vista que encontra balizas tão somente na própria constituição, seja nas regras, seja nos princípios nela contidos.

Por outro viés, ao Estado-Administração cabe uma margem de escolha mais reduzida, uma vez que, na definição de suas políticas públicas, além dos limites constitucionais, deverá observar as fronteiras legais fixadas pelo Estado-Legislator.

Percebe-se, de toda sorte, que a definição de como se dará o cumprimento do dever de proteção pressupõe a existência de margem discricionária. A esse respeito, é importante ressaltar que o dever de proteção resulta em um dever de agir, razão pela qual não há que se confundir a abstenção estatal esperada quando do cumprimento de um direito fundamental de defesa, com o agir do Estado no sentido de observar o dever de proteção que decorre da perspectiva objetiva desse mesmo direito de defesa. São conjunturas diversas que não se confundem: enquanto a abstenção é fruto da manifestação da perspectiva subjetiva do direito de defesa; a ação (implementação de uma política pública por lei ou ato administrativo) será fruto de um desdobramento da perspectiva objetiva do direito fundamental.

Enfim, a observância, ou o cumprimento, do dever de proteção é algo aferível em momento precedente à manifestação da faceta subjetiva do direito fundamental em questão, manifestação que, em geral, dá-se com a violação, em se tratando de direitos fundamentais de defesa, ou com a inércia ou inadequação, em se tratando de direitos fundamentais prestacionais.

1.2 Imperativo de Tutela como Função dos Direitos Fundamentais e a Proibição da Proteção Deficiente (*untermassverbot*)

O dever de proteção enquanto componente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tal como já exposto, é fenômeno que assume um papel de prevenção no que diz respeito à fixação das balizas de eficácia dos referidos direitos. Antes mesmo de surgir uma situação fática, concreta ou mesmo hipotética, que guarde relação com a efetivação de direitos fundamentais, pela só existência destes na ordem constitucional, o Estado deve assumir a postura necessária para que se garanta a proteção do bem jurídico tutelado na norma constitucional revestida de fundamentalidade.

Daí se conclui que o dever de proteção está intrinsecamente ligado à norma que estabelece o direito fundamental, posto que não depende de qualquer análise do mundo dos fatos, sejam estes ocorridos ou passíveis de ocorrerem.

Quando se contrasta a norma constitucional em que é estabelecido um direito fundamental com o contexto fático em que tal norma produzirá seus efeitos, surge a necessidade de se lançar mão do conceito de imperativo de tutela.

O imperativo de tutela tem sua existência dependente da verificação de circunstâncias de fato e não somente de direito, tal como ocorre com o dever de proteção. Para este, basta a existência da norma que consagra o direito fundamental, para que daí surja, de pronto, o dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva do direito em questão.

Já para que haja o imperativo de tutela, é imprescindível que as circunstâncias de fato que, a princípio, tocam a esfera de abrangência de um direito fundamental, tornem necessária a atuação do Estado como forma de resguardar o bem jurídico tutelado pela norma de direito fundamental. Pode-se mesmo afirmar que se trata de um segundo passo no *iter* de concretização dos direitos fundamentais, já que, diante de uma situação fática ocorrida ou de potencial ocorrência, o Estado deverá verificar se deve agir e, em caso afirmativo, como deve agir para que não se desvie da observância do dever de proteção que recai sobre si.

É importante destacar que, ao contrário do que ocorre em relação ao dever de proteção, o imperativo de tutela não se coloca como um desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Isso porque, tal como já exposto, sua verificação, ou seja, a análise da necessidade, ou não, da intervenção do Estado em um dado caso, depende, justamente, das peculiaridades que cercam a situação fática (o(s) caso(s)). Não é difícil perceber que, dadas as características desse exercício de verificação, não serão poucas as situações em que se estará diante da manifestação da faceta preponderante e mais evidente dos direitos fundamentais, qual seja, a de direito subjetivo.

Isso ocorrerá, principalmente, quando a situação fática que deverá ser cotejada com a norma constitucional instituidora de direito fundamental estiver sendo protagonizada por um indivíduo, ou grupo de indivíduos determinados ou determináveis. Tais indivíduos, dadas as circunstâncias em que se encontram, poderão exigir do Estado que lhes seja provida a tutela do direito fundamental que titularizam, enquanto que ao Estado caberá o dever de atendê-los por força do comando constitucional.

Todavia, nem sempre a verificação do imperativo de tutela fará emergir de forma tão evidente o caráter subjetivo do direito fundamental em questão.

Haverá casos em que a tutela que imperativamente se impõe ao Estado, como decorrência do imperativo de tutela, será a criação de normas gerais e abstratas ou, mais claramente, de leis. Diante disso, seria possível ponderar que não haveria que se falar em “caso concreto” e, portanto, estar-se-ia em face de uma simples manifestação do dever de proteção.

Porém, ainda quando se trata do imperativo de tutela imposto ao Estado Legislador, não se pode ignorar que a norma, em geral, não precede os fatos.

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais, tais como expressos na Constituição da República, assim como, aliás, qualquer outra norma, não gozam de densidade normativa capaz de esgotar a realidade em seu todo, incumbirá ao Estado-Legislator, frequentemente, integrar a norma constitucional. Dita integração pode se dar no sentido de estabelecer balizas legais para conceitos indeterminados, para tornar explícitas as fronteiras eficaciais de um dado direito fundamental, enfim, para definir como se dará a tutela do bem jurídico a que se refere o direito fundamental.⁷

Para tanto, o legislador infraconstitucional deverá lançar mão de informações advindas da realidade social, bem como de critérios encontrados no ordenamento jurídico. Um exemplo parece oportuno para demonstrar o que se pretende expor nas linhas precedentes.

A saúde, a vida e a segurança, referidas no *caput* do artigo 6º, e a vida, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, são direitos fundamentais. Da simples existência desses direitos no ordenamento jurídico constitucional decorre o dever de proteção que recai sobre o Estado. Pois bem, na condição de destinatário dos direitos fundamentais, o Estado, diante de situações de fato existentes no cotidiano social, deve verificar se para desincumbir-se do dever de proteção é preciso agir, ou seja, se o contexto fático faz surgir um imperativo de tutela. Retornando ao exemplo proposto com os direitos à saúde, vida e segurança, tomem-se os grandes eventos de confraternização, esportivos ou culturais, em que há grande aglomeração de pessoas, por vezes, em espaços fechados. O Estado-Legislator levará em consideração as peculiaridades que cercam tais eventos e verificará se sua existência gera risco potencial aos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais já mencionados, quais sejam, a vida, a saúde e a segurança. Ora, a conclusão não pode ser outra senão a de que, com a promoção de eventos de grande porte, por vezes em locais fechados, há, sim, um risco potencial para a vida

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. op.cit., p.66.

e para saúde, além de, certamente, para a segurança daqueles que frequentarem essas festividades. Surge, então, o imperativo de tutela.

O Estado-Legislator deverá atuar no sentido de tutelar, por intermédio de uma lei que incremente a densidade normativa do comando constitucional, o bem jurídico resguardado pelos direitos fundamentais em questão, diante dos fatos em voga. Deverá o legislador estabelecer critérios para que se confira segurança a tais eventos, resguardando a vida e a saúde daqueles que frequentam os referidos espaços de confraternização social. Deverá fixar a necessidade de autorização de órgãos públicos, tais como Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Defesa Civil, bem como os critérios de segurança para os eventos, considerando o porte de cada um deles.

Para tanto, o Estado-Legislator disporá de um amplo espaço de discricionariedade na tarefa de aferir como se dará a tutela dos bens jurídicos a que se referem os direitos fundamentais, devendo obediência às balizas constitucionais de sua atuação, bem como aos limites impostos pela proporcionalidade, esta entendida como o equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, questão que será melhor analisada nos tópicos que seguirão.

Lançando-se mão dos mesmos direitos fundamentais, poderia ser proposto um outro exemplo, em que, ao invés de grandes eventos festivos, culturais e desportivos, o Estado-Legislator se visse diante da tarefa de verificar se existe um imperativo de tutela em relação a pequenas reuniões de senhoras que, no fim de tardes inverniais, se encontram para jogar cartas em um salão de chá. Obviamente que, nesse caso, os fatos não tornam imperativa a tutela do Estado, sendo certo que acaso o legislador se arvorasse em definir limitações de segurança para o alegre encontro das senhoras, estar-se-ia diante de um evidente excesso. Aqui não há imperativo de tutela, ainda que o dever de proteção siga existindo pelo só fato de estarem previstos os direitos fundamentais à saúde, à vida e à segurança no texto da Lei Maior.

Nota-se, então, que o imperativo de tutela é conjuntural, ou seja, depende das circunstâncias de fato que, por vezes, podem dizer respeito a sujeitos determinados ou determináveis, razão pela qual não pode ser tido como um desdobramento necessário da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

O Estado-Administração, tal como o legislador, também pode se ver diante de uma situação em que lhe seja exigida a atuação para tutelar um dado bem jurídico objeto de um direito fundamental.

Se o dever de proteção, por um viés, impõe ao Estado-Administração a tarefa de implementar preventivamente políticas públicas tendentes à concretização dos direitos fundamentais, por outro lado e diante de situações fáticas potenciais ou reais, uma ou outra Política Pública pode se colocar como tutela imperativamente exigível do administrador. Aí os exemplos são inúmeros, tais como as campanhas de vacinação para resguardar a saúde e a vida de crianças, os programas de recuperação de dependentes químicos que visam salvaguardar a saúde e a segurança públicas, ou os projetos de alfabetização de adultos, como forma de emprestar concretude ao direito fundamental à educação.

Em todos os exemplos citados, diante de uma situação fática, impõe-se ao Estado-Administração agir tutelando o bem jurídico objeto do direito fundamental: no primeiro caso, as doenças que afligem o ser humano em seus primeiros anos de vida; no segundo, a disseminação desenfreada de substâncias entorpecentes entre a população jovem e o incremento da força criminógena das facções narcotraficantes; e, por último, o déficit de acesso da população ao sistema de ensino quando em idade escolar.

Certamente, o espaço de discricionariedade para definir e implementar as Políticas Públicas de que dispõe o administrador não é o mesmo conferido ao legislador.

Além das balizas constitucionais, que também limitam a margem de escolha do legislador, o Estado-Administração deverá obediência aos limites da lei quando da eleição dos meios pelos quais agirá diante do imperativo de tutela. Como a atuação se dará, é matéria que deve estar adstrita ao princípio da legalidade, mas isso certamente não quer dizer que deve haver, necessariamente, uma “ponte” entre a norma constitucional definidora do direito fundamental e o agir do Estado-Administração.

Como sabido, é impossível esperar que o legislador consiga esgotar toda a realidade possível no ordenamento jurídico.

Se por um lado é certo que boa parte dos atos levados a efeito pela Administração contam com natureza vinculada, também é verdadeiro que existe uma infinidade de atos que podem ser classificados como discricionários. Daí se extrai que, por mais que o agir do Estado-Administração quando diante de um imperativo de tutela encontre limite na lei, em boa parte das oportunidades em que o administrador for impelido a atuar, contará com alguma margem para a escolha do sentido a ser tomado, buscando diretamente, na Constituição, a legitimidade de sua postura. Pois justamente quando essa margem existe, a discricionariedade deve ser exercida de uma maneira tal que faça da necessária tutela do Estado, bastante e suficiente para que se coloque a salvo o bem jurídico objeto do direito fundamental em pauta.

Sendo assim, em situações nas quais ao Estado-Administrador é conferida margem discricionária, resta evidenciada uma ligação direta e imediata entre o comando constitucional e o agir no cumprimento do imperativo de tutela, este decorrente do cotejo entre a norma que define o direito fundamental e a conjuntura fática com que se depara o administrador.

Desta sorte, não há que se falar em “ponte” normativa necessária entre a Constituição e a atuação do Estado-Administrador. Se existe uma “ponte”, esta é justamente o agir do Estado-Administração que serve de ligação entre o comando constitucional instituidor do direito fundamental e o mundo dos fatos. Eis aí as características do imperativo de tutela quando se trata do âmbito de atuação do Estado-Administração, que, apesar de restrito, não deixa de ser existente.

Quanto ao Estado-Juiz, como já mencionado no tópico precedente, incumbe-lhe, primeiramente, a verificação da observância do imperativo de tutela pelos demais poderes da República.

Por força da inafastabilidade da jurisdição, esta uma garantia fundamental positivada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, os atos do Estado-Administração e do Estado-Legislator são sindicáveis pelo Estado-Juiz, o qual terá por tarefa o cotejo entre o que realmente se fez (ou fará) e o que deve ser feito segundo os parâmetros estabelecidos no Ordenamento Jurídico que têm na Constituição seu paradigma de validade.

No que diz respeito aos atos da Administração, a verificação judicial de adequação terá como parâmetro não somente a Constituição Federal, mas também a legislação aplicável à matéria levada à apreciação do Judiciário. Ocorre que, tal como já mencionado, nem sempre haverá legislação infraconstitucional que sirva de ponte entre a Lei Maior e o agir do administrador. Em circunstâncias tais, o Estado-Juiz deverá buscar diretamente na Constituição Federal os vetores de sua própria atuação frente à tarefa de sindicat a postura adotada pela Administração.

Nessas circunstâncias, quando o parâmetro é a Constituição e não a lei infraconstitucional, o mesmo imperativo de tutela que outrora se impunha à Administração agora se impõe ao Estado-Juiz, que tem por missão decidir segundo os parâmetros desse imperativo.

Percebe-se, então, que a atuação do Poder Judiciário não se restringe apenas à verificação de adequação entre fato, norma e ato administrativo, mas se perfaz em verdadeiro instrumento de concretização do mandamento fundamental, na medida em que a decisão

judicial deve atender ao imperativo de tutela, tal como deveria tê-lo feito o ato administrativo sindicado.

Tanto é assim que a própria decisão judicial pode, ela própria, ser alvo de verificação pelas instâncias componentes do sistema judiciário estabelecido na Constituição Federal que tem no seu ápice a corte constitucional, a dizer, o Supremo Tribunal Federal.

Já quando o Estado-Juiz se vê diante da tarefa de sindicatar um ato emanado do Estado-Legislador, sua atuação se reveste de algumas peculiaridades, mas ainda assim é possível estabelecer que, também no que tange ao controle de constitucionalidade, o vetor de atuação do julgador será o imperativo de tutela.

No tocante ao controle difuso de constitucionalidade, a importância do conceito de imperativo de tutela se mostra evidente, já que a declaração de incompatibilidade da norma com o contexto constitucional se dá de forma incidente, quando da discussão de um caso concreto protagonizado por um indivíduo ou grupo de indivíduos, ou de questão que envolva fatos específicos que atinjam a esfera de abrangência de direitos fundamentais cuja titularidade específica não se possa estabelecer (ex. ações civis públicas que versem sobre o resguardo de direitos difusos). De toda sorte, os fatos, sejam eles ocorridos, sejam iminentes, compõem uma variável nitidamente distinguível da equação que reflete o controle difuso de constitucionalidade.

Instado a manifestar-se acerca de um fato específico, o Estado-Juiz percebe que, naquelas circunstâncias realmente verificáveis, o ordenamento jurídico constitucional impunha ao Estado uma tutela e que, diante de tais circunstâncias, a lei emanada do Poder Legislativo não atendeu ao referido imperativo, deixando desamparado o bem jurídico tutelado por um direito fundamental qualquer. Reconhece-se a falha, declarando-se inconstitucional a mencionada lei, suprindo-se o vácuo deixado pela norma declarada nula com a decisão judicial que regrará o caso concreto.

Nota-se, então, que suprindo a lacuna deixada pela lei inconstitucional, o Estado-Juiz chama para si a responsabilidade de dar concretude ao direito fundamental que era alvo de discussão no caso específico, para o que deverá observar as balizas da tutela imperativamente imposta ao Estado pelo mandamento constitucional. E que balizas são essas? Justamente aquelas que levam em consideração não só a norma constitucional, mas também e principalmente, o cotejo destas com as vicissitudes do caso concreto, ou seja, os fatos.

Por conta da generalidade e abstração das leis, em um primeiro momento, pode parecer um tanto difícil perceber a relevância do conceito de imperativo de tutela quando do

controle concentrado de constitucionalidade. À primeira vista, o dever de proteção, e não o imperativo de tutela, aparenta amoldar-se melhor à condição de paradigma direto para a atuação do Estado-Juiz em casos tais.

Todavia, tal como ocorre quando do controle difuso de constitucionalidade, é o imperativo de tutela, e não o dever de proteção, que servirá de vetor direto e imediato de orientação para a postura a ser adotada pelo julgador no desempenho das atividades relativas ao controle concentrado de constitucionalidade.

No tópico inaugural do presente trabalho, já se fez breve menção às circunstâncias excepcionais em que o agir do Estado-Juiz poderá decorrer imediatamente do dever de proteção, como ocorre com relação à edição de algumas súmulas vinculantes.

Ocorre que, tal como se dá nos casos envolvendo controle difuso de constitucionalidade, quando do controle concentrado o julgador também há que se socorrer das vicissitudes fáticas para que se chegue a uma conclusão acerca da compatibilidade da lei com o bloco constitucional. Obviamente que o *fato* relevante para o controle concentrado não é o mesmo que aquele que se leva em consideração em sede de controle difuso.

No controle concentrado, a lei é o objeto de cotejo com o mandamento constitucional, entretanto, o critério de averiguação de compatibilidade passa pelos fatos que a lei questionada tocou, toca ou tocará. Assim, o julgador construirá o critério de verificação de constitucionalidade não só com base no texto da Lei Maior, mas também na repercussão real ou potencial da lei no mundo dos fatos. Obviamente que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o ponto controvertido, para seu desenlace, não poderá demandar dilação probatória sobre matéria fática, todavia, a deliberação acerca da compatibilidade entre lei infraconstitucional e Constituição seguramente levará em consideração as repercussões fáticas de cada comando normativo. Não basta ter em mente que existe vedação constitucional à supressão da vida para que se conclua pela inconstitucionalidade de uma dada norma infraconstitucional. É preciso investigar qual a abrangência do comando constitucional e, principalmente, se a postura adotada pelo Estado-Legislator atende ao imperativo de tutela decorrente de uma situação fática real ou potencial, por exemplo, uma morte causada por terceiro ou um aborto.

Desta feita, percebe-se que, mesmo em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, quando o objeto da demanda judicial é uma norma carregada de generalidade e abstração, é no imperativo de tutela que o Estado-Juiz encontrará a legitimação para um pronunciamento de inconstitucionalidade.

É oportuno registrar que a diferenciação entre dever de proteção enquanto desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e o imperativo de tutela não é meramente teórica. Sua importância prática será verificada no último tópico do presente capítulo, em que a proibição da proteção deficiente terá sua natureza jurídica esmiuçada em razão da existência de um direito subjetivo à proteção correlato ao imperativo de tutela.

Retornando à atuação do Estado-Juiz no controle de constitucionalidade, tem-se que o julgador, deparando-se com o questionamento acerca da constitucionalidade de uma dada norma, seja em controle concentrado, seja difuso, deve proceder, ao menos inicialmente, como o Estado-Legislator e o Estado-Administração: primeiramente verificar se o imperativo de tutela existe e, em caso afirmativo, buscar estabelecer qual a sua abrangência.

Já num segundo momento, o caminho a ser trilhado pelo Estado-Juiz se distancia um pouco daquele tomado pelos seus poderes republicanos congêneres.

Constatada a existência do imperativo de tutela e definida a sua abrangência, o julgador deverá averiguar se a lei ou o ato administrativo serviram a contento o papel de dar concretude ao direito fundamental em questão, ou seja, se o legislador ou o administrador se desincumbiram do imperativo de tutela a eles dirigido por força do mandamento constitucional. Acaso se chegue à conclusão de que o imperativo de tutela não restou plenamente atendido, caberá ao Estado-Juiz preencher a lacuna deixada pela declaração de nulidade do ato ou da norma segundo os contornos estabelecidos quando da definição da abrangência do imperativo de tutela.

Assim, tem-se que o julgador deve primeiro descobrir o *se*, para depois e, em sendo o caso, preocupar-se com o *como*, um percurso que, excetuando-se a particularidade da atividade jurisdicional, que em casos tais tem por objeto atos dos demais poderes, também deve ser trilhado pelo Estado-Administração e pelo Estado-Legislator, como previamente indicado.

As respostas a ambos os questionamentos (acerca do *se* e do *como*) relativos à existência e extensão do imperativo de tutela guardam estreita relação com o conceito de proporcionalidade, aí entendida como o equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

O agir do Estado, quando excessivo no que diz respeito aos direitos fundamentais de terceiros eventualmente atingidos, gera consequências mais evidentes, posto que necessariamente haverá interferência na esfera de autonomia de um indivíduo ou grupo de indivíduos, ainda que indetermináveis.

A proibição do excesso está intimamente ligada à perspectiva tradicional dos direitos fundamentais, em especial no que tange àqueles direitos relativos às liberdades, ou aos direitos fundamentais de defesa, também denominados de primeira dimensão.

Já a proibição da proteção deficiente, tema do presente estudo, é conceito que se liga de forma indissociável a uma omissão do Estado ou, quando muito, a um agir defeituoso, deficiente no sentido de que não serve ao propósito de atender ao imperativo de tutela em toda sua amplitude.

A omissão inconstitucional ou o agir deficitário do Estado pode ser verificado tanto no que diz respeito aos direitos fundamentais prestacionais, quanto no que toca aos direitos fundamentais de defesa, um sinal claro disso é que o primeiro registro que se tem da utilização do conceito de proibição da proteção deficiente pela jurisprudência envolvia o direito à vida e a criminalização do aborto, direito fundamental de defesa por excelência.

Os direitos fundamentais de defesa, ou de primeira dimensão, têm por objeto posições individuais geralmente ligadas ao conceito de liberdade. O direito à vida, por exemplo, confere ao seu titular a possibilidade de exigir não ser morto ou ser mantido vivo.

Como registrado logo no início deste estudo, o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, razão pela qual é justamente do Estado que o titular do direito à vida vai exigir que lhe seja garantida a posição de vivo em face de uma ameaça real ou potencial decorrente do agir do próprio Estado, ou diante de um risco à vida causado por terceiro. No intuito de garantir o objeto do direito à vida, ou o bem jurídico tutelado pelo referido direito fundamental, o Estado deverá orientar esforços tendentes a, diante de uma conjuntura real específica, desincumbir-se do imperativo de tutela que recai sobre seus ombros. Mais uma vez o exemplo dos eventos sociais de grande monta realizados em locais fechados é muito útil, vez que, como já exposto, uma lei pela qual se instituem os critérios para verificação de segurança de tais festividades se perfaz, justamente, na orientação de esforços do Estado (no caso, do Estado-Legislator) para a proteção do direito à vida em face de uma fonte de risco externa ao Estado.

Que existe o imperativo de tutela em situações tais, a dizer, em eventos sociais de grande monta realizados em locais fechados, não há qualquer dúvida, mas *como* deve ser atendido esse imperativo é questão que demanda a incursão nos critérios atinentes ao conceito de proporcionalidade.

Acaso se tenha uma legislação completamente deficitária no que diz respeito aos critérios para a verificação da segurança dos locais em que ocorrem mencionados eventos, ou

se dita legislação for inexistente, certamente poderá incidir a proibição da proteção deficiente, sendo que será o direito à vida, direito fundamental de defesa, a fonte normativa do imperativo de tutela não atendido.

Assim, a proteção deficiente pode se dar tanto com relação aos direitos fundamentais de defesa, quanto no que diz respeito a direitos fundamentais prestacionais, questão esta que será revisitada com mais vagar no derradeiro capítulo.

A tarefa de verificar a adequação da proteção do Estado sobre os bens jurídicos que são objeto de direitos fundamentais não se mostra nada fácil, na medida em que o campo de aplicação do conceito de proibição da proteção deficiente não é um vácuo preenchido por apenas um sujeito de direito, titular de um único direito fundamental relevante. Na maioria das circunstâncias em que vai se lançar mão do conceito da proibição da proteção deficiente a conjuntura não é outra senão aquela caótica do mundo dos fatos, da vida em sociedade, em que inúmeros sujeitos de direito convivem, todos sendo titulares de diversos direitos fundamentais cujas esferas de abrangência se tocam e, frequentemente, parecem sobrepor-se.

Essa interação constantemente conflituosa, inevitável no Estado Democrático de Direito, é o espaço em que deve atuar a proibição da proteção deficiente, contraposta pela proibição do excesso em relação a todos os demais direitos fundamentais, de todos os demais sujeitos de direito, cujos interesses possam ser tocados pela postura do destinatário único desses mesmos direitos fundamentais: o Estado.

1.3 Objeto de Verificação da Proteção (D)Eficiente

Como visto, o destinatário dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do imperativo de tutela, é o Estado.

O Estado é um conceito moderno, egresso das traumáticas convulsões moribundas do Antigo Regime, em que a separação hermética e intransponível entre estamentos sociais era um dogma sobre o qual se sustentava o poder aristocrático, cuja fonte de legitimação era metafísica, no caso, a religião. O iluminismo contribuiu sobremaneira para a substituição gradual da fé pela razão no que diz respeito ao paradigma da concepção de interações sociais. Do modelo autoritário de Hobbes até o revolucionário conceito de vontade geral de Rousseau, passando pela delegação de poder de Locke, o Antigo Regime cedeu espaço ao Estado Nacional.

Desde a origem, é possível perceber que o conceito de Estado não é, em nada, monolítico. Ao contrário, mostra-se mutante, capaz de adotar as características que o momento histórico lhe permite ostentar. Mesmo antes da Revolução Francesa e quando ainda se formava a ideia de separação entre público e privado, rompendo-se com o patrimonialismo tão típico do Antigo Regime, é possível verificar a capacidade de adaptação do embrião conceitual de Estado às diversas conjunturas sociais e políticas de então. Hobbes, vivenciando a guerra civil fratricida fomentada pela efervescência dos conflitos religiosos de uma Inglaterra revolucionária, e até “republicana” sob o domínio de O. Cromwell, via, no “Estado” forte e capaz de produzir temor, a resposta para o caos violento decorrente da natureza eminentemente má do ser humano.

Assim, segundo Hobbes, diante do caos, a ordem deveria se impor pelo medo produzido pelo soberano, medo este que substituiria a lei do mais forte como norma de regência da interação social.

Arrefecidos os ânimos na ilha britânica, consolidada a transformação da terra em capital e restaurada a monarquia, Locke produz uma visão mais amena do Estado, em que os indivíduos delegam poder ao soberano. Tratando-se de uma delegação, esta pode ser perfeitamente revogada, algo impensável no modelo de Hobbes. Também com Locke surgem ideias mais arrojadas no que diz respeito ao papel do Estado e ao conceito de propriedade e trabalho, o que, posteriormente, foi considerado o berço do Liberalismo.⁸

Finalmente, e para não fugir do tema deste estudo, na França iluminista, Rousseau, depois do pessimista Tratado Sobre a Desigualdade dos Homens, ousa propor um conceito ideal de Estado, orientado pela *vontade geral*, em que o soberano está dissolvido entre a coletividade. O pensador iluminista trabalha uma ideia de liberdade completamente nova, condizente com o otimismo decorrente daquele momento histórico. O ser humano como bom selvagem no estado de natureza não podia viver em um Estado Leviatã, até porque a razão era o norte do progresso da humanidade, um norte do qual não era possível afastar-se...

A passagem da modernidade para a contemporaneidade mostrou que a razão pura e simples não é capaz de evitar que o bom selvagem, por vezes, volte a ser lobo de si próprio.⁹

Revolução Industrial, duas Guerras Mundiais e a Guerra Fria foram alguns dos palcos em que o Estado desempenhou seu papel, sempre adaptando a personagem ao gosto da plateia

⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo in Os Pensadores**. V. 18. São Paulo: Abril, 1973, p.51-52.

⁹ HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 113-144.

conjuntural. Estado Liberal, Estado Social, Estado Democrático de Direito, enfim, o conceito de Estado, como se disse, não é estanque, mas dinâmico.

Para o presente estudo, importa registrar que as feições atuais do Estado são de extrema relevância para a verificação da adequação da proteção conferida a um dado direito fundamental.

Em um modelo liberal, por exemplo, é natural que o nível de proteção exigido do Estado para os direitos fundamentais de defesa seja consideravelmente maior do que se fosse tomado por base um modelo de Estado Social, no qual haveria sensível incremento nos níveis de exigência de proteção sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão e prestacionais.

De toda sorte, como aqui não se pretende definir qual é o nível adequado de proteção de um dado direito fundamental, segundo este ou aquele modelo de Estado, algo que, aliás, dificilmente seria possível em razão do nível de abstração da tarefa, o método é o que realmente importará.

Diante disso, é imperativo definir qual será o objeto de verificação, ou seja, o que será verificado no intuito de estabelecer se o Estado, destinatário dos direitos fundamentais, desincumbiu-se de um imperativo de tutela que lhe era dirigido numa dada conjuntura.

O Estado se manifesta de várias maneiras, por inúmeros expedientes. Porém, a atuação do Estado no modelo republicano atual pode ser dividida entre o desempenho das atribuições dos Poderes Constituídos, consubstanciado nas leis, nos atos administrativos e na jurisdição.

É justamente por intermédio do exercício dos Poderes Constituídos que o Estado se manifesta no sentido de cumprir os mandamentos constitucionais, dentre os quais aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais. Assim, seja pela elaboração de uma lei, pela definição de uma política pública ou pela prolação de uma sentença é que se dá a proteção de um bem jurídico tutelado pelo direito. São esses os atos que se colocam como objeto da verificação da proteção decorrente do imperativo de tutela.¹⁰

Ainda que, à primeira vista, pareça óbvio, é importante destacar que, por mais que o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental seja alvo de uma postura adotada por um terceiro particular, é do Estado que se deve exigir a proteção, pois é sobre ele que recai o imperativo de tutela, ainda que esse imperativo leve o Estado a interferir na esfera de autonomia do terceiro violador do direito. O fato de o agir do Estado interferir ou mesmo suprimir parcela da esfera de autonomia de um particular que tenha violado um dado direito fundamental não

¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm, *op.cit.*, p.55.

implica, em absoluto, a afirmação de que é sobre o particular violador do direito fundamental que se impõe a observância direta e imediata do direito fundamental, principalmente porque, repita-se, o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado e só o Estado.

Assim, a legislação deve prever os meios necessários para que se responsabilize o violador de um dado direito fundamental, sob pena de, acaso inexistente o arcabouço legal para tanto, entender-se que a proteção conferida àquele direito foi deficiente, o que, conseqüentemente, torna inconstitucional a postura adotada pelo Estado-Legislator.

Essa proteção deve dirigir-se à preservação de uma posição jurídica que é garantida por um direito fundamental. Tome-se, por exemplo, a propriedade, objeto do direito fundamental positivado no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Mesmo que a posição jurídica de proprietário deva ser garantida em face de um terceiro particular, é do estado que se exige a proteção dessa posição, haja vista que somente o Estado detém os meios coercitivos legítimos para instrumentalizar a salvaguarda dos limites entre o *meu* e o *teu*.

No que diz respeito especificamente ao Estado-Legislator, a proteção se dará por meio da edição de uma lei que, de alguma forma, resguarde o bem jurídico tutelado, no caso, a propriedade. O legislador buscará, ainda que com a certeza do insucesso, esgotar as possibilidades fáticas de conflito envolvendo a propriedade, estabelecendo os meios de coerção disponíveis para a salvaguarda dos direitos de cada titular.

Esses meios de coerção podem ir de uma singela previsão no Código Civil, no que tange à responsabilização por perdas e danos decorrentes de um agir considerado ilícito, até a criminalização da subtração da propriedade alheia.

Se a criminalização do furto é necessária para que se dê por eficiente a proteção da propriedade pelo Estado, é matéria que será alvo de análise nos tópicos vindouros, em que será esmiuçada a *praxis* da proporcionalidade sob o prisma da proibição da proteção deficiente e da proibição do excesso. Todavia, o que se pode desde logo destacar é que o Estado agiu e que, acaso se pretenda verificar se essa postura foi adequada, o objeto de verificação não será outro senão a lei.

Porém, não é só a lei que será o objeto de verificação da adequação da proteção aos direitos fundamentais.

A lei, dotada de generalidade e abstração, não é continente da realidade, nem tampouco é o legislador capaz de esgotar toda a conjuntura social nos artigos de um código.

Tal como a própria constituição, a lei infraconstitucional se mostra pródiga na utilização de conceitos indeterminados, carentes de integração. Além disso, o texto, em si, por mais claro que seja, não exprime literalmente a norma, que, também, depende de atribuição de sentido pelo sujeito que a interpreta para aplicá-la ao caso concreto.

Nesse mister, ou seja, no exercício da jurisdição, o Estado pode falhar, deixando de proteger eficazmente um bem jurídico tutelado por um dado direito fundamental, esquivando-se de forma inconstitucional do imperativo de tutela que lhe é dirigido.

Seguindo no exemplo do direito fundamental à propriedade, percebe-se que no inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição da República, estabeleceu-se que a propriedade deve atender à sua função social. Eis aí um conceito indeterminado que deixa margem para que existam pronunciamentos judiciais contraditórios sobre a mesma situação de fato, ainda que o artigo 186, da Constituição Federal e o artigo 2º, §1º, do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64 reduzam o universo de possibilidades de integração da norma. Critérios como o aproveitamento *racional e adequado* da propriedade, e a exploração que favoreça o *bem-estar* dos proprietários e trabalhadores são carregados de abstração, revelando-se incapazes de propiciar uma delimitação cartesiana do que vem a ser a função social da propriedade.

Como a definição do que atende, ou não, a função social da propriedade não depende somente das ferramentas constitucionais e legais positivadas nos textos das normas atinentes à propriedade, mas também está condicionada à visão de mundo de quem aplica essas normas, é possível que o agir jurisdicional conduza a uma postura que não corresponda ao imperativo de tutela decorrente de uma situação que envolva o direito prescrito no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição.

Aqui é importante fixar uma premissa adotada no transcurso de todo o presente estudo: em que pese a autoridade das opiniões que se orientam no sentido de que o ordenamento jurídico dê respaldo, sempre, a uma única solução correta para os problemas concretos¹¹, entende-se que existem espaços insuperáveis de discricionariedade no tocante ao exercício da jurisdição, seja na atribuição de sentido às normas, seja no exercício de subsunção dos fatos às normas que decorrem da interpretação do texto. Tal premissa será de fundamental importância mais adiante, quando se buscará definir a natureza da proibição da proteção deficiente, se de regra ou princípio, bem como quando se tratará o sistema de direitos fundamentais como sendo um conjunto de regras e princípios.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.363-364.

Enfim, retomando a análise do exemplo envolvendo o direito à propriedade, e tomando por base a premissa acima fixada, é plenamente possível que uma decisão judicial, conferindo demasiado alcance ao conceito de função social, culmine por esvaziar de sentido prático o direito fundamental à propriedade. Tendo em conta que a decisão judicial, tal como a lei ou o ato administrativo, é meio disponível ao Estado para pôr cobro ao imperativo de tutela que a ele se dirige em certas circunstâncias, o exercício da jurisdição consubstanciado no pronunciamento do Estado-Juiz poderá ser alvo de verificação com base na proibição da proteção deficiente.

O que deve ser protegido pelo Estado é o objeto do direito fundamental, a posição garantida por ele ao seu titular, a vida, a saúde, a propriedade, o trabalho, o meio ambiente hígido e todos os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais passíveis de serem extraídos da Constituição. Já *como* esses bens jurídicos devem ser protegidos é questão que ainda será melhor analisada. Porém, os meios instrumentais de que se valerá o Estado para se efetivar a tutela que lhe é imposta são esses já referidos, correlatos à atuação dos Poderes Constituídos – Legislativo, Judiciário e Executivo.

Não há que se confundir o objeto da proteção em si, com o objeto da verificação de adequação da proteção. O primeiro é um bem jurídico integrante do patrimônio do titular do direito fundamental. Já o segundo é um agir do Estado, destinatário dos direitos fundamentais.

Tal questão assume especial relevância quando se traz à discussão um dos objetivos primordiais dos direitos fundamentais, qual seja, a fixação de uma esfera de autonomia do cidadão, na qual ao Estado é vedado interferir. Com isso, impossível deixar de perceber que o conceito de liberdade se destaca.

A amplitude dessa esfera de autonomia pode ser definida por meio da instituição de competências fulcradas em direitos fundamentais, da criação de normas protetivas, tais como as leis penais, e a criação de normas concessivas de prestações positivas que garantam a exploração de alternativas de ação.¹²

Todos os três mecanismos de definição da amplitude da esfera de autonomia individual estão estreitamente ligados à verificação de existência do imperativo de tutela, sendo que o parâmetro normativo de averiguação de tal existência é o conjunto dos direitos fundamentais, enquanto que o paradigma empírico de verificação será a conjuntura social.

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p.247.

Por competências¹³, devem ser entendidos os meios normativos necessários para a alteração de posições jurídicas, seja de terceiros, seja de si próprio, tal como ocorre com o casamento, a contratação e a lavratura de testamento. Quanto maior for a gama de competências estabelecidas a favor do indivíduo, maior será a margem de atuação para o exercício da sua liberdade. Ou seja, se por um lado a margem de atuação do indivíduo cresce, de outro, o universo de possibilidades de ingerência do Estado na esfera de autonomia de cada cidadão diminui. Diante disso, é possível verificar que um grande espectro de competências conferidas ao cidadão é característica típica de um Estado Liberal, no qual a abstenção dos entes públicos será a postura prevalente segundo os preceitos decorrentes do arcabouço de direitos fundamentais.

Já no que diz respeito à criação de normas concessivas de prestações positivas, é interessante destacar que, com referidas normas, se estará impondo ao Estado um agir. As liberdades que se colocam em questão aqui não são as jurídicas, mas liberdades não-jurídicas, em que há relação triádica ou relacional. Enquanto no tocante às liberdades jurídicas, a criação de competências basta para que sejam efetivamente realizadas, o mesmo não pode ser dito em relação às liberdades não-jurídicas.

Nestas, há que se levar em consideração um elemento que é estranho quando se discutem as liberdades jurídicas: o obstáculo à liberdade.

Isso porque o conceito de liberdade jurídica é correlato ao conceito de permissão. Desta feita, para que a liberdade jurídica exista, é imprescindível que não exista o único obstáculo que poderia se interpor contra sua realização, a dizer, a vedação legal. Assim, é premissa de existência da liberdade jurídica que não haja qualquer obstáculo à sua realização, posto que acaso este existisse, nem mesmo haveria que se falar em liberdade, mas sim em vedação ou proibição.

Liberdades não-jurídicas escapam aos estreitos limites do campo normativo, já que exigem a consideração de elementos empíricos para sua correta compreensão. Então, o conceito de liberdade não-jurídica compreende três elementos: a) o titular da liberdade; b) o objeto da liberdade; e c) o obstáculo à liberdade. Os dois primeiros são comuns à liberdade jurídica e a não-jurídica, enquanto que o último só tem relevância quando da análise do conceito de liberdade não-jurídica.

¹³ Ibidem, p.236-237.

Pois bem, diante disso, percebe-se a importância das normas concessivas de prestação positivas no que tange à ampliação da esfera de autonomia do cidadão e, conseqüentemente, da margem de ação do indivíduo. Com a instituição de normas concessivas de prestações positivas, impõe-se ao Estado um agir, uma intervenção positiva, que retire ou minore os obstáculos que se interpõem entre a liberdade não-jurídica decorrente de um direito fundamental e sua realização fática.

Ao contrário do que ocorre em relação à instituição de competências, a criação de normas concessivas de prestações positivas pode ser associada ao conjunto de características que distingue o modelo de Estado Social, assim como o fortalecimento da ideia de igualdade, em detrimento da liberdade, esta tomada em seu sentido puramente liberal. A esse respeito é possível citar o estabelecimento de ações afirmativas, tais como a criação de quotas raciais para ingresso no ensino superior, medida esta que serve ao propósito de retirar o obstáculo social que se interpõe entre o titular do direito à educação e o acesso às universidades, e que encontra respaldo em um sistema de direitos fundamentais que se pretenda verdadeiramente democrático.¹⁴

Finalmente, tem-se a criação de normas protetivas de liberdades decorrentes de direitos fundamentais como mecanismo de ampliação da margem de ação dos indivíduos. De tais normas protetivas, destaca-se a lei penal, que se perfaz no meio mais incisivo de atuação do Estado no desempenho da tarefa de salvaguardar as liberdades dos titulares de direitos fundamentais, de eventuais ameaças provenientes de seus semelhantes.

Aqui, como no tocante às normas concessivas de prestações positivas, exige-se um agir do Estado no sentido de selecionar as liberdades que merecem proteção por norma proibitiva e, uma vez selecionadas essas liberdades, estabelecer em que grau se dará a proteção.

Um ponto que merece especial destaque no que concerne às normas de direito penal é o fato de que ao serem inseridas no ordenamento jurídico como meio de ampliação da margem de ação dos indivíduos, geram como efeito colateral necessário a diminuição da esfera de atuação de todos os demais indivíduos. Ao se instituir uma proibição, seja ela penal ou não, a consequência é que, de um lado, se proteja uma dada liberdade, enquanto de outro, restrinja-se a liberdade de um terceiro atuar sobre a sua congênere protegida.¹⁵ Ou seja, reduz-

14 DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.607.

15 CANARIS, Claus-Wilhelm. op.cit. p.34.

se a gama de competências, ao passo que é reduzido o espaço de permissões, já que a proibição não deixa de ser uma não-permissão.

O estabelecimento de proibições legais e, em especial, a tipificação de condutas na seara penal, vem sendo considerado um valioso instrumento para a proteção adequada de bens jurídicos que se encontram no topo da escala de valores que subjaz à Constituição. A grande questão que se coloca quando o Estado resolve por bem lançar mão do mencionado expediente, a dizer, da criminalização de posturas consideradas atentatórias aos bens jurídicos que integram o objeto de direitos fundamentais, consiste em encontrar um equilíbrio entre a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente. Isso porque a criminalização se encontra em um dos extremos do espectro de atuação do Estado no que diz respeito à gama de opções disponíveis para a tarefa de proteger adequadamente um determinado bem jurídico tocado pela fundamentalidade.

Ainda que, com a criminalização, acabe se instituindo um drástico limite à esfera de autonomia do cidadão, posto que a vedação legal estará escorada em coerção corporal, não se pode negar que a tipificação de condutas, em uma variedade de circunstâncias, será a única via de proteção eficaz de certos direitos fundamentais. É mesmo possível afirmar que, na própria Constituição Federal, há verdadeiros *mandados de criminalização*, os quais acaso não atendidos pelo Estado-Legislator, ou desvirtuados pelo Estado-Juiz, redundarão em nítida antinomia constitucional por serem atentatórios à proibição da proteção deficiente.¹⁶

A proibição de condutas por intermédio de normas legais enquanto mecanismo de resguardo da esfera de autonomia dos cidadãos e ampliação da margem de ação no que diz respeito a liberdades decorrentes de direitos fundamentais é característica que guarda relação estreita com o conceito de Estado de Direito, já que o agir que se impõe ao Estado neste caso é a criação de um ordenamento jurídico regulador do agir particular.

Certamente que não se pode definir um modelo específico e único para rotular um dado Estado. A maior parte dos países, ao menos no hemisfério ocidental de hoje, “filhos” da Revolução Francesa de 1789, ostentam simultaneamente características dos modelos liberais, sociais e de direito, até porque tais modelos, sozinhos, não são capazes de se sustentar nem mesmo por hipótese. Não há que se falar em Estado Liberal sem Estado de Direito, por exemplo.

16 STRECK, Lenio Luiz. **O Dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 de março de 2013.

De toda sorte, como aliás já mencionado, a preponderância de um ou de outro modelo é questão que culmina por influir no exercício de verificação da adequação da proteção ao objeto dos direitos fundamentais.

O reconhecimento de competências, as normas concessivas de prestações positivas e as normas proibitivas de condutas serão o conteúdo do agir do Estado-Legislador e, em circunstâncias especiais já mencionadas, do Estado-Administração ou do Estado-Juiz, no intuito de dar cumprimento aos imperativos de tutela, cada qual no desempenho de suas atribuições constitucionais, as quais já foram alvo de análise. A adequação desse agir culminará na conclusão de que a proteção do direito fundamental, no que toca ao seu objeto, é eficiente e, portanto, constitucional.

Aí, no exercício de verificação da adequação da proteção, as duas facetas da proporcionalidade (proibição do excesso e da deficiência) atuam de forma condizente com as peculiaridades de cada um dos mecanismos de definição da margem de ação do indivíduo. Porém, em relação a todos os três mecanismos aqui citados, a medida de adequação da proteção será correspondente ao equilíbrio entre proibição de excesso e proibição da proteção deficiente.

1.4 Caráter Principiológico do Conteúdo dos Direitos Fundamentais e a Verificação da Proteção (D)Eficiente

Saber se existe um imperativo de tutela dirigido ao Estado, diante de uma dada situação fática, é questão que deve ser respondida com base em argumentos racionais passíveis de serem sindicados segundo o sistema de freios e contrapesos que inspira a República. De igual forma deve ocorrer no que tange à análise da adequação da tutela oferecida pelo Estado, se eficiente ou não, se excessiva ou não.

Em face do mencionado desafio, é necessário estabelecer em que contexto ele será enfrentado.

Tomando-se por exemplo a criação ou efetivação de normas proibitivas como mecanismo de salvaguarda de direitos fundamentais, é nítido que a postura do Estado orientada no sentido de resguardar a liberdade fundamental de um indivíduo produz, necessariamente, consequências na esfera de liberdade de um outro indivíduo ou mesmo de toda a coletividade. A criminalização do aborto, por exemplo, resguarda os interesses do

nascituro, em especial no que toca ao direito à vida, ao passo que estreita a margem de liberdade de todas as mulheres, que se veem proibidas de interromper a gravidez.

Porém, a previsão legal pela qual se excepciona a punição do aborto (artigo 128, do Código Penal) revela o fato de que não há direito fundamental absoluto, nem mesmo no que tange à vida ou à expectativa de vida. Daí surge uma questão atinente à natureza do conteúdo do direito fundamental à vida, se principiológica, ou de verdadeira regra.

Diante disso, torna-se imprescindível traçar algumas breves linhas acerca da diferença entre princípios e regras, matéria esta que será revisitada no tópico seguinte, mas que merece ligeira atenção neste momento.

Em linhas gerais, as regras são enunciados deônticos definitivos, que não comportam sopesamento e têm sua aplicabilidade restrita apenas pelos critérios de aferição de validade em caso de choque aparente entre regras¹⁷. A solução que decorre da aplicação de uma regra será cartesiana, correspondente a *sim* ou *não*, a *tudo* ou *nada*, ou ainda, fazendo-se um paralelo com a linguagem binária digital, a *0* ou *1*.

Note-se que a possibilidade de choque real entre regras não existe, visto que os critérios de validade que integram o sistema jurídico são suficientes para que se considere apenas aparente a contradição entre duas regras. Como exemplo de direito fundamental que se traduz em regra, tem-se o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Em que pese seja corrente na linguagem forense cotidiana a referência ao citado dispositivo constitucional como sendo a base normativa do “princípio da presunção de inocência”, certo é que ali o constituinte instituiu verdadeira regra de direito fundamental. Mais especificamente: um direito de defesa que confere ao seu titular a certeza de que o Estado não eliminará sua posição jurídica de inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não há margem para sopesamento algum na aplicação da norma que decorre do referido texto, já que ou o Estado observa a vedação contra ele dirigida, ou não observa e, assim, pratica um ilícito. A observância ou não do mandamento é aferível por critério de pura e simples *subsunção* do fato à norma.

Acerca da natureza da norma que emana do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar quando do

17 ALEXY, Robert. op.cit., p.92.

juízo da ação direta de inconstitucionalidade nº 4578, mostrando-se oportuna uma breve remissão ao voto do Ministro Relator, Luiz Fux:

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

Na mencionada demanda, discutia-se a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, que alterara a redação do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, estabelecendo, dentre outras causas de inelegibilidade, aquela decorrente de condenação levada a efeito por órgãos colegiados, sem que ainda houvesse trânsito em julgado. Do citado arresto, é possível verificar que se atribuiu à norma decorrente do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, a natureza de regra e não de princípio. Naquela ocasião, a questão se revelou de essencial relevância, haja vista que, como regras são enunciados de dever ser definitivos e não comportam sopesamento, o alcance do direito fundamental de defesa em voga não abrangeria a posição de seu titular no que tange à capacidade política passiva, mas tão somente, como referido no texto, sua condição de inocente na seara penal.

Por outro viés, os princípios, diferente de como ocorre com as regras, são enunciados de dever ser *prima facie*, ou seja, são normas que devem ser cumpridas na medida das possibilidades jurídicas e fáticas. Tais normas, de caráter principiológico, não são passíveis de aplicação por simples subsunção e, ao contrário das regras, demandam sopesamento para que se defina em que grau serão cumpridas.

Em razão das mencionadas características, os princípios podem ser denominados mandados de otimização, dado que, ao invés de render ensejo a soluções de aplicabilidade ao estilo *sim* ou *não*, ou *tudo* ou *nada*, o sopesamento conduzirá a resultados realizáveis *na medida do possível*.¹⁸

Um direito fundamental que assume natureza de norma de conteúdo principiológico é, por exemplo, aquele de que cuida o artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República, no qual se lê que *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*.

¹⁸ *Ibidem*, p.90.

A norma que decorre do texto acima referido não é aplicável mediante simples subsunção, já que o enunciado de *dever ser* que nela se estipula demanda sopesamento. A liberdade de expressão como direito fundamental é algo realizável na medida das possibilidades jurídicas e fáticas em cada caso concreto. Nesse sentido, cumpre trazer à discussão outro direito fundamental, que pela natureza de seu conteúdo também assume caráter nitidamente principiológico, qual seja, o direito à salvaguarda da intimidade previsto no artigo 5º, inciso X, da Lei Maior.

Ao contrário do que ocorre quando se tem um conflito aparente de normas-regra, entre normas-princípio é possível a sobreposição de esferas de abrangência de direitos fundamentais. Assim, a liberdade de expressão, se entendida em sua máxima amplitude, levará, inevitavelmente, à violação da intimidade, acaso esta também seja considerada em sua máxima extensão. Em razão disso, para que se chegue a uma solução aceitável de aplicabilidade de ambas as normas, não bastam os critérios atinentes à verificação de validade. É mister que se leve a cabo um juízo baseado no sopesamento entre ambas as normas, a fim de que se atinja uma solução escorada em argumentos racionalmente verificáveis.

De toda sorte, conflitos entre normas-princípio levarão à inevitável necessidade de delimitação da esfera de abrangência de cada um dos direitos fundamentais colocados em contraponto, limitando-se o alcance para aquém do máximo. Destarte, haverá que se buscar emprestar a maior efetividade possível a todas as normas-princípio em situação de colidência¹⁹, tomando-se como premissa o fato de que tais normas são compostas por enunciados *prima facie*, ou seja, que devem ser observadas na medida do jurídica e faticamente possível. Dita consequência do sopesamento não implica nenhum absurdo, haja vista que, apesar de os direitos fundamentais formarem o alicerce do Estado Democrático, não podem ser tomados como enunciados de dever ser absolutos, sob pena de perderem sua própria natureza de enunciados deonticos, transmudando-se em enunciados ônticos, mais afeitos a um modelo em que direito e moral se confundem e em que valores, e não direitos, servem de paradigma de comportamento.²⁰

19 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011, p.453.

20 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V.1, Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, p.318.

Para tanto, a ferramenta teórica mais adequada que se coloca à disposição de quem buscará aplicar a(s) norma(s)-princípio é aquela preceituada pela Teoria da Argumentação de Robert Alexy, a dizer, o já mencionado sopesamento.

Trata-se de um método subdividido em três etapas de verificação, quais sejam: 1) verificação da necessidade; 2) verificação da adequação; e 3) verificação da proporcionalidade em sentido estrito.²¹

Por ora não se afigura oportuno aprofundar-se nos detalhes de cada etapa do sopesamento, mas uma ligeira referência se coloca como pertinente para que se dê prosseguimento ao raciocínio que o presente tópico comporta.

A primeira etapa do método proposto na Teoria da Argumentação diz respeito à constatação da real necessidade de supressão de uma parcela da esfera de abrangência de um dado direito fundamental que se traduz em norma-princípio, a fim de que se resguarde um seu semelhante, ou seja, outro direito fundamental.

Já a segunda etapa de verificação consiste na aferição da adequação do decote na esfera de alcance do direito fundamental “A” como meio para que seja atendido o direito fundamental “B” que se lhe contrapõe.

Superadas as duas etapas precedentes, devem-se atribuir pesos aos desdobramentos fáticos e jurídicos de ambos os direitos fundamentais em conflito, para que se chegue à conclusão acerca do grau de supressão de cada esfera de abrangência das normas-princípio, no intuito de que seja atingido um equilíbrio harmônico com o sistema de direitos fundamentais.

Robert Alexy propõe a utilização da *fórmula do peso*²² como meio para que se conclua o sopesamento entre princípios em um dado caso concreto. Ainda que a análise pormenorizada da sistemática envolvida na utilização da referida fórmula extrapole os limites deste estudo, é importante que seja desde logo apontada a existência de críticas ao sopesamento e, em especial, à atribuição de pesos aos desdobramentos dos direitos fundamentais traduzidos em normas-princípio, dada a carga discricionária exigida para essa tarefa. Entretanto, como será indicado mais adiante, a racionalidade do sopesamento decorre da fidelidade ao método, tomando-se por base a premissa de que o seu resultado não indicará a única resposta considerada correta, porém permitirá que se verifique a argumentação sobre a

²¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martinsfontes, 2011, p.85.

²² *Ibidem*, p.604.

qual se sustenta. Em dissertação dedicada ao assunto, Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni expôs que

Por meio da lei do sopesamento é possível visualizar o que é comparado no método: o grau de afetação ou restrição de um princípio ou direito, em relação ao grau de importância ou satisfação do outro. Portanto, não se trata de decidir entre dois direitos em abstrato, mas sim em uma situação concreta, na qual um direito sofre restrição, enquanto outro é realizado. É exatamente essa relação que deve ser considerada no estabelecimento de uma comparação no sopesamento. A importância da fórmula do peso consiste no fato de ela vincular parâmetros e permitir maior intersubjetividade no estabelecimento da decisão, pois por meio dela o raciocínio de escolha entre um princípio ou outro é mais detalhado do que uma simples preferência.²³

Retornando aos direitos fundamentais indicados como exemplos de normas-princípio (liberdade de expressão e intimidade), fica claro que a concretização de ambos está inevitavelmente entrelaçada, principalmente se considerada a liberdade de expressão exercida por intermédio da imprensa.

Essa aplicabilidade relacional entre ambos se torna viável apenas na medida em que se procede ao sopesamento, aceitando-se o caráter principiológico dos conteúdos de ambos os direitos fundamentais que se tocam.

Disso decorre a constatação de que o sistema de direitos fundamentais se compõe de normas-regra e de normas-princípio.²⁴

Todavia, referida constatação não se mostra infensa a duras críticas, que se orientam no sentido de que a atribuição de caráter principiológico ao conteúdo de direitos fundamentais leva ao enfraquecimento da Constituição naquilo em que é essencial à manutenção do Estado Democrático.²⁵

As críticas em questão não se afiguram despropositadas.

Levando-se em consideração que a Constituição da República tem nos direitos fundamentais o meio normativo destinado a evitar que o Estado Democrático se degenera a

23 GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 28/11/2011. 98f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001, p.57-58.

24 BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.51-54.

25 STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-positivismo in Garantismo, Hermenêutica e (neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.59-94.

caminho da tirania da maioria, a preocupação com a relativização exacerbada do alcance de tais direitos é de todo pertinente.

Ademais, as críticas se concentram também em torno do largo espaço que, em tese, seria aberto à discricionariedade quando do sopesamento, no que tange principalmente à atribuição de pesos aos desdobramentos fáticos dos direitos fundamentais. Segundo os críticos do sistema de direitos fundamentais composto por normas-princípio, a discricionariedade, especialmente aquela observável quando da prestação jurisdicional, comprometeria sobremaneira a segurança jurídica e, conseqüentemente, despiria o direito de um alicerce argumentativo racional. Ditas críticas se contrapõem ao subjetivismo que, conforme o entender de seus defensores, emergiria do enfraquecimento da norma constitucional que, ao invés de regra, seria objeto de sopesamento por ser tratada como princípio.

É certo que a discricionariedade do Estado-Juiz não é desejável no sistema de divisão de poderes segundo o modelo republicano, em que ao Estado-Legislator é conferida a legitimidade política (voto popular) para o exercício da discricionariedade no que tange à fixação de enunciados de dever ser. Todavia, é igualmente certo que existem espaços insuperáveis de discricionariedade na atividade jurisdicional, algo que alguns críticos chegam a reconhecer, inclusive no que tange à atividade de subsunção do fato à norma, atividade típica do procedimento de aplicação de regras.²⁶

Ferrajoli, ao criticar o que denomina de Constitucionalismo Principlista, aponta que um dado direito fundamental, seja ele fonte de uma norma-princípio, seja de uma norma-regra, quando violado, redundaria em inconstitucionalidade. Assim, segundo o modelo proposto por Ferrajoli, ao fim e ao cabo sempre haveria uma norma-regra a ser aplicada.²⁷ Ainda a respeito da mencionada alternativa apresentada pelo juriconsulto italiano, o sopesamento não seria nada mais, nada menos, do que uma sofisticada forma de apresentação da velha e conhecida interpretação sistemática.²⁸

26 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista** in *Garantismo, Hermenêutica e (neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.46 e 50.

27 *Ibidem*, p.39-40.

28 *Ibidem*, p.49.

Diante de tal cenário, é viável estabelecer um paralelo entre as posições de Robert Alexy e de Luigi Ferrajoli de modo que, se não possam ser colocadas em condição de congruência, não sejam também dispostas em situação de franco antagonismo.

Quando Robert Alexy destaca as diferenças entre regras e princípios e defende o sistema misto de direitos fundamentais, o qual é adotado como premissa no presente estudo, refere-se à peculiar circunstância que coloca os princípios como razões para regras. Isso porque do sopesamento, ou seja, da conclusão do procedimento preceituado na Teoria da Argumentação, sempre resultará uma regra para o caso concreto.²⁹

Ao que parece, é possível harmonizar os posicionamentos de Ferrajoli e Alexy, na medida em que o primeiro reconhece espaços de discricionariedade insuperáveis no exercício de subsunção do fato à norma e que o segundo admite que princípios podem ser razões para regras sem que a recíproca seja verdadeira.

A diferença que se coloca mais evidente entre um e outro entendimento é a de que, para o sistema de direitos fundamentais misto, composto tanto de normas-princípio quanto de normas-regra, o sopesamento integrará o exercício de definição do alcance da norma-princípio, enquanto que a subsunção será o meio de efetivação único do sistema composto apenas por normas-regra. Nessa esteira, ainda que correndo o risco de proceder à redução demasiada de dois modelos teóricos complexos, porém no intuito de contribuir para a linha de argumentação desenvolvida no presente tópico, é possível afirmar que o sopesamento para Ferrajoli se limita aos fatos, enquanto que para Alexy se estende às normas (no caso, às normas-princípio).

Enfim, partindo-se da premissa acima estabelecida, a dizer, de que há direitos fundamentais cujo conteúdo é de regra e outros de conteúdo principiológico, a verificação da adequação da proteção conferida a tal conteúdo deverá levar em consideração essa dualidade.

É importante destacar que a proibição da proteção deficiente assume papel de relevância tanto no tocante às normas-princípio como também às normas-regra.

No que se refere às normas-princípio, a verificação da adequação da proteção, seja ela levada a efeito por meio de uma lei, ato administrativo ou decisão judicial, necessariamente passará pela revisão do sopesamento. As três etapas do sopesamento deverão ser alvo de análise, em especial no que tange à atribuição de pesos atinente à proporcionalidade em sentido estrito.

29 ALEXY, Robert. op.cit. p.106-108.

Além disso, o resultado a que se chegou por meio do sopesamento deverá, também, ser verificado em cotejo com a integralidade do sistema de direitos fundamentais, considerando-se a convivência relacional de direitos fundamentais de conteúdo principiológico.

Tendo em conta que do sopesamento envolvendo dois ou mais direitos fundamentais com natureza de normas-princípio, é possível a obtenção de tantas regras para os casos concretos quanto permite o universo de possibilidades fáticas, o resultado, ou seja, a regra que encontra sua razão na norma-princípio deve ser verificada sob o prisma da proibição da proteção deficiente. Há que se perquirir se aquela regra específica, obtida pelo sopesamento operado para aquele dado caso concreto, revela-se adequada segundo a abrangência que deve ser atribuída ao direito fundamental que lhe subjaz, bem como se está conforme os limites do imperativo de tutela existente para aquelas circunstâncias fáticas e jurídicas.

Já no que diz respeito aos direitos fundamentais que contam com natureza de normas-regra, a proibição da proteção deficiente não tocará o resultado da subsunção, haja vista que a regra, sendo um mandamento de dever ser definitivo, não deixa espaço para que uma proteção seja considerada deficiente sem que se descambe para a inquestionável inconstitucionalidade.

Tratando-se de normas-regra de direitos fundamentais, serão os meios que preocuparão quem busca verificar a eficiência da proteção.

Tome-se, por exemplo, a garantia da presunção de inocência, ou o direito fundamental à posição jurídica de inocente até trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Uma decisão judicial, um ato administrativo, ou mesmo uma lei, que atribua a condição de criminalmente culpado a um cidadão que não teve proferida contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado implicará, inevitavelmente, clara violação à regra insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição. Não haverá que se falar em proteção deficiente, mas em inconstitucionalidade decorrente de pura e simples subsunção do fato (que no caso será a decisão, o ato administrativo ou a lei) à norma-regra (no caso, o art.5º, inciso LVII, da CF).

Porém, se o legislador edita lei que torna irrecorrível a sentença condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau, pode surgir o questionamento, dentre outros tantos, acerca da proteção deficiente. Ainda que pelo viés da simples subsunção não haja afronta à norma constitucional, a hipotética postura adotada pelo legislador atingiria indiretamente o bem jurídico tutelado pela norma-regra, qual seja, a presunção de inocência, tornando-o menos protegido que outrora.

O mesmo pode ocorrer quando se está diante de norma-regra cujo enunciado é composto por algum conceito indeterminado, como é o caso da garantia fundamental instituída no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal.

O que pode ser considerado como tratamento desumano ou degradante é questão que deverá ser resolvida pelo sujeito responsável por extrair do texto constitucional, quando deparado com o caso concreto, a norma que lhe é correlata. Por certo que a miríade de normas que integram o ordenamento jurídico oferece alguns critérios para a definição do que pode ser considerado desumano ou degradante, mas também é evidente que nem mesmo o mais complexo e minucioso ordenamento jurídico é capaz de esgotar as possibilidades da realidade fática.

Esse juízo acerca do alcance dos conceitos indeterminados que integram enunciados de normas-regra, bem como as leis, atos administrativos e decisões judiciais que emprestam efetividade aos direitos fundamentais com conteúdo de regra pode ser objeto de análise sob o prisma da vedação à proteção deficiente.

De forma simplificada, é possível estabelecer que, enquanto a efetivação de direitos fundamentais com conteúdo principiológico é sindicável segundo o critério da proibição da proteção deficiente tanto no processo de construção da regra para o caso concreto pelo sopesamento, quanto no resultado prático daí obtido, a observância dos direitos fundamentais consistentes em normas-regra será sindicável pelo critério da proibição da proteção deficiente no tocante à integração dos conceitos indeterminados que compõem seus enunciados, e pela verificação da efetividade dos meios pelos quais, por vezes, tais direitos acabam sendo concretizados pelo Estado (sentença, lei ou ato administrativo).

1.5 A Proibição da Proteção Deficiente como Princípio

Tal como exposto no tópico precedente, a diferença entre princípios e regras consiste basicamente em: a) regras são enunciados deônticos definitivos, enquanto que princípios são enunciados deônticos *prima facie*; b) regras comportam soluções a estilo tudo ou nada, enquanto que princípios demandam soluções de cumprimento da norma na medida do possível, fática e juridicamente; e c) regras se aplicam mediante a simples subsunção do fato à norma, ao passo que os princípios necessitam de sopesamento para sua aplicação.

Diante disso, pergunta-se: a proibição da proteção deficiente é uma regra ou um princípio?

Para responder ao mencionado questionamento, é imprescindível relembrar alguns pontos já mencionados no presente estudo.

A proibição da proteção deficiente, antes de mais nada, é um critério de verificação de constitucionalidade, além de ser, ao lado da proibição do excesso, uma componente do conceito de proporcionalidade.³⁰ Desta feita, pode-se afirmar com tranquilidade que a proibição da proteção deficiente assume uma natureza instrumental no que diz respeito à aplicação das normas constitucionais e, principalmente, no tocante aos direitos fundamentais.

Logo no início deste estudo, referiu-se ao dever de proteção e, em seguida, ao conceito de imperativo de tutela. Isso porque ditos conceitos servem de fonte teórico-normativa para a proibição da proteção deficiente, pois somente haverá que se falar em deficiência de proteção se houver um dever de proteger. Restou estabelecida a diferença entre ambos os conceitos, a fim de que, neste momento, fosse possível tratar a proibição da proteção deficiente como um paradigma de verificação de constitucionalidade segundo uma perspectiva subjetiva da relação Estado-cidadão, no que concerne aos direitos fundamentais. A dizer: que correlato ao dever de proteção imposto ao Estado, seja considerado existente um verdadeiro direito à proteção eficiente titularizado pelo indivíduo.

Nesse ponto, revela-se oportuno registrar que, principalmente na jurisprudência alemã, discutiu-se muito acerca do dever de proteção enquanto norma objetiva ou como fonte de um direito subjetivo do indivíduo em face do Estado.³¹ Partindo-se da premissa do sistema misto de direitos fundamentais, em que normas-regra convivem com normas-princípio, e que estas demandam sopesamento para que sirvam de razão à regra do caso concreto, percebe-se que a concretização de um dado direito fundamental de conteúdo principiológico pode se dar por intermédio do exercício de um *direito subjetivo à proteção*, direito este que deve ser deduzido em face do Estado.

Por outro viés, considerando-se a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em especial no que tange ao seu papel de núcleo duro do Estado Democrático, o dever de proteção também ostentará a natureza de norma objetiva, tal como exposto no primeiro tópico deste estudo.

Na realidade, a discussão que se trava no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca do dever de proteção como norma objetiva ou como fonte de direito subjetivo

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p.397.

³¹ ALEXY, Robert. op.cit., p.452-456.

está presente neste trabalho, já que, guardadas as devidas cautelas, é possível afirmar que o que aqui se denomina imperativo de tutela, está visceralmente ligado à proteção como direito subjetivo, enquanto que o equivalente do dever de proteção como norma objetiva naquela discussão é o que aqui se rotulou de dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Traçados os paralelos acima mencionados, percebe-se que o direito subjetivo à proteção tem a sua existência intimamente ligada ao caráter principiológico do conteúdo dos direitos fundamentais, o qual torna imprescindível a verificação de possibilidades fáticas e jurídicas de realização de tais direitos. Possibilidades fáticas e jurídicas são variáveis estranhas a uma equação que diga respeito à norma de cunho eminentemente objetivo. Todavia, possibilidades fáticas e jurídicas, verdadeiras circunstâncias, podem tornar necessária a proteção do Estado, seja pelo estabelecimento de competências, pela criação de regras proibitivas, ou pela instituição de normas concessivas de prestações positivas, tal como já se viu.

Pois em face de ditas circunstâncias, surgirá um direito subjetivo dedutível em face do destinatário dos direitos fundamentais, qual seja, o Estado.

Rematando, ainda que de forma arriscadamente sucinta, o dever de proteção exposto aqui no item 1.1 é uma via de mão única, posto que redundando em uma norma de cunho objetivo; ao passo que o imperativo de tutela (v.1.2) é via de mão dupla, já que ao dever de proteção, dadas as circunstâncias (possibilidades fáticas e jurídicas), corresponde um direito subjetivo do indivíduo dedutível perante o Estado.

O direito subjetivo à proteção do conteúdo de um dado direito fundamental, no que diz respeito à sua existência, tem, então, relação direta com a verificação da existência do imperativo de tutela, tema já tratado alhures e que dispensa maiores digressões.

Além disso, também já foi mencionada a dificuldade que pode ressurgir quando da definição de *como* o Estado deve se desincumbir do imperativo de tutela, sendo que o mesmo pode ser dito no que tange à eleição de qual caminho será trilhado para que se atenda ao direito de proteção na extensão adequada.

A discricionariedade, então, coloca-se como tema incontornável.

Definir qual o meio eficaz de atender ao direito de proteção, a princípio e em regra, é tarefa que cabe ao Estado-Legislator, uma vez que é ele quem dispõe de legitimidade política para tanto. Entretanto, no modelo republicano, não só é admitida como também é necessária a possibilidade de intervenção do Estado-Juiz no que tange à salvaguarda dos bens jurídicos

tutelados na Constituição, principalmente no que concerne àqueles bens que integram o objeto de direitos fundamentais.

Estabelecer os limites da competência do Estado-Legislator e do Estado-Juiz no que tange à definição dos meios de que se deve lançar mão para atender ao direito de proteção é questão que será melhor analisada nos capítulos seguintes.

O que importa agora é expor como a discricionariedade é exercida em relação à eleição dos meios eficazes para o atendimento a um direito à proteção, já que é aí que reside a chave para a fixação da natureza jurídica da proibição da proteção deficiente, se de regra ou princípio.

Robert Alexy traduz o iter discricionário de escolha de meios eficazes para o atendimento do direito à proteção com uma fórmula muito didática.³² Parte-se do dever de proteção P1, decorrente de um dado direito fundamental de conteúdo principiológico. Para a satisfação do referido dever de proteção P1, existem 5 meios disponíveis (M1-M5), sendo que M1 e M2 são igualmente eficazes, assim como M3 e M4. Porém M1 e M2 são mais eficazes do que M3 e M4 em relação a P1. Já M5 não dispõe de eficácia alguma em relação a P1.

Diante de tal cenário, a solução é óbvia: o Estado-Legislator, para desincumbir-se do imperativo de tutela e atender ao direito à proteção do titular do direito fundamental, deverá lançar mão ou do meio M1, ou do meio M2, sendo-lhe legítimo escolher qual dos dois meios irá implementar por meio de uma lei. Em menor medida, posto que restrito pelo próprio princípio da legalidade (que apesar do nome é regra e não princípio), o Estado-Administração poderá se ver diante do mesmo exercício, tal como já exposto nos tópicos precedentes.

Ocorre que em um sistema em que convivem vários direitos fundamentais dos quais resultam normas-princípio, um cenário como o retratado acima é extremamente improvável, dada a interação relacional dos princípios integrantes do sistema.

Assim, na equação deve ser inserida uma variável consistente em um imperativo de tutela ligado ao direito fundamental de conteúdo principiológico P2, com o qual se relaciona o exercício do direito fundamental atinente a P1.

Repetindo-se o cenário original, propõe-se que M1 e M2, apesar de mais eficazes à satisfação de P1, restringem de forma mais incisiva a esfera de abrangência de P2. Por outro lado, M3 e M4, ainda que menos eficazes à satisfação de P1, mostram-se menos ofensivos a P2.

³² *Ibidem*, p.464-470.

A resposta acerca de qual deve ser o meio considerado eficaz, agora, revela-se mais complexa, comportando uma série de variações que dependerão de condições estabelecidas pelo sopesamento, segundo o método trifásico já mencionado (necessidade; adequação; e proporcionalidade em sentido estrito).

Daí resulta que a verificação da eficácia da proteção demanda sopesamento, o que conduz à conclusão de que a proibição da proteção deficiente é princípio e não regra, já que a simples subsunção não se afigura bastante ao desafio de encontrar o equilíbrio entre deficiência e excesso segundo os preceitos decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Aliás, a relação entre proibição da proteção deficiente e a proibição do excesso, ambas componentes essenciais do princípio da proporcionalidade, é mais um indicativo seguro de que a proibição de proteção deficiente conta com conteúdo principiológico.

Tanto a proibição do excesso quanto a proibição da deficiência de proteção assumem nitidamente caráter de definições *prima facie*, já que a sua exata delimitação e alcance dependerão invariavelmente de possibilidades fáticas e jurídicas observáveis no caso concreto. Atente-se, a esse respeito, que não se questiona que a inobservância de um ou outro critério (excesso ou deficiência de proteção) implicará violação à norma constitucional. Todavia, a inconstitucionalidade decorrente da inobservância da proibição da proteção deficiente não pode, em absoluto, justificar a afirmação de que dita proibição ostenta natureza de regra, ao menos não segundo o conceito já exposto no estudo presente.

Levando-se em consideração a premissa de que a proibição da proteção deficiente é princípio e não regra, deve se ter em mente que a categoria de princípios a que esta pertence não é a mesma integrada pelas normas-princípio de direitos fundamentais. Isso porque a proibição da proteção deficiente, enquanto princípio que é, desempenha papel nitidamente instrumental em relação aos direitos fundamentais, sejam eles traduzidos em normas-princípio, ou mesmo em normas-regra.

É na concretização dos direitos fundamentais que o princípio da proibição da proteção deficiente se fará sentir, servindo de critério de verificação da constitucionalidade dos meios pelos quais o estado buscará atender aos comandos constitucionais oriundos das normas-regra e normas-princípio revestidas de fundamentalidade.

Há que se recordar, também, que os princípios servem de razão para regras, ou seja, do sopesamento surgirá uma regra de colisão aplicável ao caso concreto. Porém, saber que regra é essa é um exercício que, como já exposto, demanda sopesamento.

Definir os meandros a serem percorridos a fim de que se verifique a adequação da proteção quando do sopesamento, principalmente no que tange à terceira fase da sistemática metodológica proposta segundo o princípio da proporcionalidade, é questão que será melhor apreciada no derradeiro capítulo deste estudo.

De toda sorte, há que se apontar desde pronto que a proporcionalidade passou a evidenciar-se como um conceito de dupla-face a partir do momento em que se percebeu insuficiência da concepção puramente liberal dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de se lançar mão de um modelo compromissório de Constituição, em especial no caso do Brasil.

A proibição da proteção deficiente ganha força como uma condição necessária à verificação da proporcionalidade, servindo de contraponto à proibição do excesso, que já se consagrara desde o alvorecer da modernidade. Com isso não se tratou de impor um decote no âmbito de proteção dos direitos fundamentais de defesa. Ao contrário, encontrou-se um meio de ampliá-lo, tornando-o defensável não somente diante do Estado, mas também por intermédio do Estado e, indiretamente, em face de terceiros.

Delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, estabelecer em que amplitude deve ser compreendido o bem jurídico tutelado e ao valor com ele relacionado são tarefas que deverão ser desempenhadas no transcurso do sopesamento, sempre em atenção às possibilidades fáticas e jurídicas, buscando-se, com isso, a obtenção do equilíbrio entre excesso e deficiência.

Assim como existe um nítido contraponto entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, principalmente na terceira fase do sopesamento, será também naquela etapa que a limitação da eficácia dos direitos fundamentais contrapostos e a definição do âmbito de proteção do bem jurídico tutelado por cada um deles haverá de ser traçada.

Para tanto, é necessário que se lance mão de um método racional, livre de arbitrariedades e juridicamente fundamentado. Como já afirmado, a discricionariedade é inevitável, na medida em que o exercício de interpretar, tanto normas quanto fatos, passa pelo filtro de subjetividade de quem sopesa e até mesmo de quem subsume. O desafio é tornar o espaço de discricionariedade estreito o suficiente para que não se abra mão da segurança jurídica, nem tampouco que se enfraqueçam os direitos fundamentais, viga mestra do Estado Democrático de Direito.

Seguindo nesse raciocínio, os capítulos que se seguem trarão propostas para a racionalização do uso da proibição da proteção deficiente como critério de sopesamento e,

consequentemente, como paradigma de constitucionalidade, atentando-se ao fato de que os direitos fundamentais, pela sua própria natureza e razão de ser, ambas já mencionadas anteriormente, devem ser concretizados predominantemente pelo seu viés individual. Portanto, a proibição de excesso ostentará como que uma proeminência em relação à outra face do princípio da proporcionalidade, algo que se justifica tranquilamente se considerado que os direitos fundamentais servem ao propósito de frear o ímpeto que conduz a democracia à tirania da maioria, bem como que a proibição da proteção deficiente, acaso degenerada arbitrariamente, pode significar uma brecha pela qual se institua um Estado-Policial. Nessa esteira, revela-se oportuna a remissão ao alerta feito por Ingo Wolfgang Sarlet, citando Alessandro Baratta

todo o segmento populacional que se encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua destes direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obrigações no âmbito da segurança social.³³

Nota-se, assim, que a proeminência da proibição do excesso se destina, inclusive, a garantir que o objetivo político da proibição da proteção deficiente seja, de fato, atingido, a dizer, que se viabilize o progresso por meio do caráter transformador que a Constituição deve ostentar em um ambiente no qual as promessas da modernidade jamais foram cumpridas.

É justamente por isso e para isso que se pensou a proibição da proteção deficiente: romper com a concepção puramente liberal do sistema de direitos fundamentais, fundada basicamente sobre os direitos de defesa tomados pelo seu conceito tradicional, concepção que serve unicamente ao objetivo claro de manutenção do *status quo*.³⁴

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Vol.LXXXI, 2005, p.342.

³⁴ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p.155-158.

2 PRAXIS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

A crescente complexidade das interações sociais do final do século passado, fenômeno resultante de um longo processo histórico iniciado com o despertar da modernidade, fez com que se tornasse necessário repensar o conceito tradicional de proporcionalidade. Com isso não demorou para que a jurisprudência lançasse mão da proibição da proteção deficiente como critério de aferição de constitucionalidade.

Do precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1993, aos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do Desarmamento, a proporcionalidade deixou de ser trazida à discussão apenas sob o prisma da proibição do excesso, passando a servir de meio para garantir a realização dos direitos fundamentais segundo sua perspectiva objetiva.

2.1 As Origens Jurisprudenciais da Proibição da Proteção Deficiente (BVerfGE 88, 203)

O conceito de proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*) serviu expressamente de *ratio decidendi* no Tribunal Constitucional Federal alemão em 1993, pela primeira vez, em demanda ajuizada pelo governo da Baviera, envolvendo o controle abstrato de constitucionalidade da 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15 StÄG), segundo a qual se estabelecia uma excludente de antijuridicidade em relação ao aborto, acaso este fosse levado a efeito até a décima segunda semana de gestação e desde que a gestante se encontrasse em um “estado geral de necessidade”. Também foram objeto de controle abstrato, na mesma ocasião, as leis que disciplinavam o custeio dos procedimentos hospitalares atinentes aos abortos indicados em decorrência do “estado geral de necessidade” e a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, que incluía como condição de verificação da causa justificante a submissão da grávida a aconselhamento prévio em programa do Estado.

O trato legal conferido ao aborto na Alemanha, quando da reunificação do país, mostrou-se um desafio de porte, posto que na antiga República Democrática da Alemanha (RDA), desde 1972, o aborto nas primeiras doze semanas de gestação não era penalmente reprovável, equiparando-se a uma doença para fins previdenciários.³⁵

³⁵ MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p.274.

Diante de tal cenário, o Tribunal Constitucional Federal foi chamado a decidir acerca da postura adotada pelo Estado-Legislator que, nos §219 e §218 do Código Penal Alemão (StGB), fez inserir uma causa justificante que afastava a ilicitude do aborto nas condições acima mencionadas.

Para tanto, a corte constitucional alemã estabeleceu algumas premissas de elevada relevância, dentre as quais se destaca aquela segundo a qual a dignidade humana cabe ao nascituro desde o início da vida intrauterina. Também se estabeleceu como parâmetro decisório, que a vida do nascituro não pode ter, no arbítrio da mãe, sua condição de existência. Aliás, reconheceu-se expressamente que a proteção da dignidade e, conseqüentemente, da vida do nascituro, deve se dar, inclusive, em face de sua genitora. Adotadas essas premissas, o aborto deveria ser tido como um não-direito, ou seja, como algo proibido, a fim de que se colocasse a salvo a vida e a dignidade do nascituro, ambos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Então, o Tribunal Constitucional Federal partiu do princípio de que *mesmo que somente por um período limitado, o direito à vida do nascituro não pode ser entregue à livre decisão, não vinculada juridicamente, de um terceiro, ainda que se trate da mãe.*³⁶

A corte constitucional alemã, por ocasião de seu julgamento, não ignorou que a relação entre a mãe gestante e o nascituro que se encontra em seu ventre se reveste de peculiaridades. Ao contrário, admitiu uma relação de “dualidade na unidade” para verificar em que medida a postura adotada pelo Estado-Legislator encontrava respaldo no conjunto normativo da Constituição.

Todavia, verificou-se, à época, que somente seria viável cogitar de uma proteção adequada à vida do nascituro, acaso restasse reconhecido, em princípio, o dever jurídico fundamental de gestar o filho até seu nascimento; bem como a proibição fundamental de interrupção da gestação.³⁷ Assim sendo, a estipulação de um prazo, no caso 12 (doze) semanas, para que um aborto fosse considerado como justificado e, portanto, não antijurídico, seria algo que se revelaria incongruente com os contornos constitucionais conferidos ao conceito de dignidade, o qual tocava, também, ao nascituro. Uma postura considerada ilícita não poderia deixar de ser antijurídica pelo só fato de ter sido praticada em um dado momento,

³⁶ Ibidem, p.276.

³⁷ Ibidem, p.279.

se tanto antes quanto depois das doze semanas o bem jurídico (vida do nascituro) perecerá da mesma forma.

Acaso prevalecesse a norma estipuladora do prazo de doze semanas para o aborto justificável, estar-se-ia abrindo a possibilidade de fazer da vida do nascituro um bem disponível a critério de terceiro, no caso, de sua mãe, algo que, tomadas por base as premissas acima mencionadas, não se sustentava.

Outro ponto que o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu como vetor de orientação para sua decisão é o fato de que o direito à vida intrauterina não deve ser tomado somente como direito à vida humana em geral, mas como direito individualmente considerado.³⁸

Isso remete à discussão já mencionada no capítulo precedente, em que se tratou da divergência na jurisprudência e doutrina alemã acerca da existência de um direito à proteção correlato ao dever de proteção que se dirige ao Estado, ou seja, se existe um direito subjetivo à proteção. Pois da análise do acórdão em questão, percebe-se que a corte se posicionou pela existência do direito subjetivo à proteção da vida intrauterina individualmente considerada.

Ainda que não se possa extrair do texto do acórdão uma posição expressamente adotada quanto à titularidade desse direito subjetivo, não há como se desviar da conclusão de que, uma vez estabelecido que a dignidade humana é bem jurídico que toca ao nascituro, este, e ninguém mais, será o titular do direito a ver protegida a sua vida.

É citado, no precedente em pauta, o dever de proteção (*schutzpflicht*) decorrente do artigo 1, I, da Constituição Alemã como critério de verificação de compatibilidade das normas impugnadas pelo governo da Baviera com aquelas insertas na Lei Maior germânica. Entretanto, levando-se em consideração as questões levantadas no primeiro capítulo do presente estudo, e o fato de que o Tribunal Constitucional Federal reconheceu um direito subjetivo à proteção da vida intrauterina, mostra-se oportuno que o acórdão em questão seja analisado, também, à luz do que aqui se denominou de imperativo de tutela. Não se trata de preciosismo sem repercussão prática estabelecer uma linha divisória entre ambos os conceitos, tanto assim que no próprio acórdão da corte constitucional se teve a preocupação de deixar clara a natureza subjetiva do direito à proteção. Ocorre, apenas, que lá, no precedente do Tribunal Constitucional Alemão, tratou-se o dever de proteção com um viés que extrapola a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, enquanto que aqui se atribuiu

38 Ibidem, p. 275.

a denominação de imperativo de tutela, justamente a essa manifestação subjetiva do que originariamente se conceituou como dever de proteção.

De toda sorte, uma vez que se reconheceu o direito subjetivo à proteção da vida intrauterina e que tal direito, em razão de uma eventual intervenção de terceiro (inclusive da gestante), pode ser deduzido em face do Estado, tem-se que, como era de se esperar, o sopesamento se fará necessário como instrumento de averiguação da constitucionalidade dos meios de proteção do mencionado direito previstos no ordenamento jurídico.

Por ocasião do julgamento, a corte constitucional alemã reconheceu, obviamente, que ao Estado-Legislator incumbe definir os meios pelos quais deverão ser protegidos os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em especial aqueles que servem de objeto a direitos fundamentais. Segundo esse entendimento, a Constituição estabeleceria a meta, ao passo que o legislador infraconstitucional deve buscar atingir essa meta pelos meios que entenda convenientes e oportunos.

Tal como já mencionado anteriormente, a discricionariedade do Estado-Legislator no desempenho de sua atividade fim não se coloca fora da esfera de controle do Estado-Juiz, o qual deve verificar se os meios escolhidos são adequados à obtenção dos fins estabelecidos na norma constitucional. Esse exercício de verificação demanda, em larga medida, o sopesamento, principalmente se considerado que a maioria dos direitos fundamentais contam com natureza relacional, ou seja, convivem em um mesmo ambiente submetido à proteção do Estado, tocando-se e produzindo interferências uns nos outros.

Conforme o próprio Tribunal Constitucional Federal fez constar no acórdão em voga, o primeiro passo para que se averigue a constitucionalidade de uma dada medida protetiva eleita pelo Estado-Legislator seria a definição do significado do bem jurídico tutelado.³⁹

Diante disso, as premissas já mencionadas podem muito bem servir de norte para delinear, ainda que de forma não exaustiva, o conceito de dignidade humana relativa ao nascituro, em especial o fato de que se reconheceu o direito subjetivo à proteção da vida intrauterina e de que se acolheu a igualdade de status entre o valor desta e a vida daqueles que já nasceram.

Estabelecido o significado do direito objeto de proteção, o segundo passo implica a identificação dos direitos fundamentais que podem, eventualmente, conflitar com a dignidade e a vida do nascituro. Somente então será possível analisar se a postura do Estado-Legislator

³⁹ *Ibidem*, p.276.

se perfez em meio hábil e adequado ao atingimento da meta constitucional no que tange à proteção da vida intrauterina.

Nesse ponto, é importante lembrar os métodos de ampliação da esfera de abrangência dos direitos fundamentais e que, por consequência, podem servir de meio de proteção ao objeto desses mesmos direitos: a vedação por meio de normas penais; o estabelecimento de competências; e a instituição de prestações positivas (vide 1.3).

No caso em discussão, o governo da Baviera buscava ver reconhecida a inconstitucionalidade da substituição da proteção conferida pelo Direito Penal à vida intrauterina, por medidas outras eleitas pelo legislador federal. Daí ressurge a questão: seria constitucionalmente adequada a proteção dada pelo Estado à vida intrauterina sem os meios coercitivos do Direito Penal?

O aconselhamento a que se referia a Lei de Ajuda Familiar à Gestante pode nitidamente ser enquadrado na categoria de prestação positiva. Por outro viés, a viabilidade de se interromper a gestação nas suas primeiras doze semanas por conta de um “estado geral de necessidade” seria o estabelecimento de uma competência em favor da gestante.

Resumidamente, a tarefa que se colocava diante da corte constitucional alemã era a de verificar se a estipulação de uma causa excludente de ilicitude do aborto, correlata ao estabelecimento de uma competência em favor da gestante e condicionada ao esgotamento dos meios relativos a uma prestação positiva do Estado consistente no aconselhamento, era bastante e suficiente para que se desse por atendido ao direito subjetivo do nascituro de ver protegida sua vida digna.

Como já mencionado, o sopesamento entre os vários direitos fundamentais que se tocam nessas circunstâncias e, principalmente, entre os diversos meios de proteção disponíveis ao Estado-Legislator, colocava-se como necessário a fim de que se obtivesse uma resposta condizente com o texto constitucional.

Averiguar se o aconselhamento e a indicação do “estado geral de necessidade” era meio legal de proteção adequado demandava que, primeiramente, fosse estabelecido o alcance do direito à dignidade e à vida do nascituro, bem como o alcance dos direitos fundamentais da gestante que, em tese, poderiam ser colocados em questão com o prosseguimento da gravidez. De início, o Tribunal Constitucional Alemão firmou o entendimento de que o nascimento de uma criança, e mesmo as consequências de índole material que decorrem desse evento, tal como a obrigação alimentar, em princípio, não podem ser considerados como fonte de dano.

Identificou-se, ainda, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais à saúde e à própria vida, além do direito à personalidade, como direitos titularizados pela gestante que poderiam, em tese, ser tocados pela proteção à vida intrauterina.

Quanto à possibilidade de contraposição entre a liberdade de consciência da gestante e o direito à vida e à dignidade do nascituro, reconheceu-se que esses devem prevalecer, não se afigurando razoável que se restrinja a sua esfera de abrangência diante de imperativos de consciência da gestante. Isso porque, a princípio, mostra-se plenamente viável resguardar o direito da mãe atinente à sua liberdade de consciência, ainda que com redução de sua esfera de abrangência, mesmo que a ela não seja dado interromper a gravidez. Nesse específico ponto, concluiu-se que talvez a liberdade de consciência da gestante sofra restrição, mas os demais desdobramentos de sua liberdade e até o exercício de outros direitos fundamentais que titularize não serão atingidos de maneira considerável.

Por outro viés, acaso se privilegie a liberdade de consciência da gestante em relação à continuidade da gravidez, não haverá decréscimo na esfera de abrangência da dignidade ou do direito à vida que cabe ao nascituro, porque a interferência do direito ligado à liberdade de consciência de sua mãe, consistente na interrupção da gestação, implicará supressão total e inexorável da vida intrauterina, e não na redução gradual do alcance do direito à vida digna do gestado.

Em um cenário tal, torna-se até mesmo sem sentido averiguar se a proteção é ou não eficiente, uma vez que o próprio objeto da proteção cessará de existir diante da preponderância de um direito concernente à liberdade de consciência da gestante.

A respeito desta última afirmação, é importante destacar que o fato de ser necessário o perecimento total de um direito em face de outro não leva, necessariamente, à conclusão de que a proibição da proteção deficiente foi violada. O que leva à inobservância da proibição da proteção deficiente no caso da prevalência da liberdade de consciência da mãe em face do direito à vida digna cabível ao nascituro é o fato de que este último é substrato necessário e imprescindível ao exercício de uma série de outros direitos, enquanto que aquele primeiro não se reveste de tal característica.

É bem possível que, submetendo-se ao sopesamento, se contraponha com o direito à vida digna do nascituro, outro direito titularizado pela gestante que, ao contrário da liberdade de consciência, leve a uma conclusão que privilegie o direito da mãe, ainda que, ao fim e ao cabo, pereça por completo o direito do nascituro. Porém, não é esse o caso da liberdade de consciência, dados os argumentos acima expostos.

O importante é que se mantenha em foco que nenhum direito seja ou não fundamental, como já indicado no primeiro capítulo deste estudo, pode ser considerado absoluto. Foi justamente por conta disso que a corte constitucional alemã reconheceu que não se pode exigir da mãe que, sempre e a qualquer custo, abstenha-se de buscar interromper sua gestação em detrimento dos interesses do nascituro. Essa conclusão a que chegou o tribunal está claramente ligada ao conceito de inexigibilidade.

A inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*), critério típico da terceira fase do sopesamento, na qual se lança mão da proporcionalidade em sentido estrito, é um conceito que, no caso do aborto, serviu para que o Tribunal Constitucional Federal estabelecesse um parâmetro de verificação de exceções à regra consistente na obrigatoriedade da continuidade da gestação.

Partindo-se da premissa de que a interrupção da gestação deve ser proibida, mostrava-se necessário que se fixasse em que termos poderiam ser estabelecidas as exceções à regra pelo Estado-Legislator. Tal como já mencionado, o mero aconselhamento psicológico e a indicação fundada em um “estado geral de necessidade” como fundamento para exceções à regra proibitiva do aborto, por estarem visceralmente conectadas ao exercício da liberdade de consciência, restaram consideradas inconstitucionais em homenagem à proibição da proteção deficiente.

Considerou-se que a justificação do aborto e conseqüente afastamento de sua ilicitude com base no aconselhamento, na verificação do prazo de 12 (doze) semanas de gestação e na indicação fundada em um “estado geral de necessidade”, não resistia à aplicação do critério da inexigibilidade. Nessa esteira, atente-se a um breve trecho do acórdão em pauta:

Uma inexigibilidade não pode, entretanto, originar-se de circunstâncias que permanecem no âmbito de uma situação normal gestação. Pelo contrário, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que o prosseguimento da gravidez não possa mais ser [racionalmente] esperado da mulher.⁴⁰

A corte constitucional levou em consideração que a inexigibilidade deve estar ligada a circunstâncias excepcionais que se coloquem como motivação idônea à interrupção da gravidez, diante das quais não se afigure “razoável” esperar que a gestante sacrifique a si em favor dos interesses do nascituro.

O estado de espírito da gestante, principalmente nas primeiras semanas de gravidez, sofre alterações previsíveis diante das responsabilidades que decorrem da maternidade, bem

40 Ibidem, p.282.

como dos imperativos de consciência ligados à moral. Desta feita, porque não se está diante de situação que fuja à normalidade a tal ponto de tornar inexigível o resguardo da vida intrauterina, a corte constitucional reputou violada a proibição da proteção deficiente com a exceção fundada no “estado geral de necessidade”, um conceito cercado de abstração, o qual não condiz com a excepcionalidade que se exige para que, do sopesamento, prevaleça o direito da mãe em detrimento do direito à vida digna do nascituro.

Porém, deve destacar-se que não se colocou na vida da gestante, o único contraponto possível ao direito à vida digna do nascituro.

O Tribunal Constitucional Federal reconheceu, também, que outros direitos da mãe, desde que excepcionais as circunstâncias em que esta se encontre, podem servir de razão para que se considere inexigível o prosseguimento da gestação e, portanto, justificável uma conduta que, a princípio, é tida como ilícita.

Na análise das circunstâncias sob as quais é dado ao legislador fixar excludentes de ilicitude do aborto, a corte constitucional entendeu que deve ser adotado um enfoque que tome por base a peculiar interação gestante-nascituro, em especial no que tange à já mencionada “dualidade na unidade”.

Assim, a saúde da mãe pode ser utilizada como critério seguro de verificação de inexigibilidade e, conseqüentemente, de eficácia de proteção. A “dualidade na unidade” pressupõe uma relação única e impassível de ser equiparada à interação ordinária entre sujeitos titulares de direitos fundamentais contrapostos, aptos a serem sopesados. Mãe e feto, ao mesmo tempo em que não se confundem, encontram-se em circunstância de coexistência indissociável, tanto assim que respiram pelos mesmos pulmões, alimentam-se pela mesma boca e praticamente dividem o mesmo espaço físico no mundo dos fatos.

Em atenção a essas peculiaridades decorrentes da “dualidade na unidade”, o tribunal constitucional alemão foi capaz de apontar alguns exemplos de situações fáticas em que o sopesamento envolvendo o direito à vida digna do nascituro pode levar à preponderância do direito titularizado pela mãe.

No tocante à inexigibilidade enquanto critério de aferição da observância do dever de proteção que se dirige ao Estado-Legislador, o Tribunal Constitucional Federal, já em 1975 e também em sede de controle abstrato envolvendo a criminalização do aborto (BVErfGE 39, 1), havia adotado o seguinte entendimento

O prosseguimento da gravidez é inexigível [da mulher], quando o aborto for necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou o perigo de dano grave ao seu estado de saúde. No mais, o legislador está livre para avaliar outros ônus extraordinários para a gestante, que sejam semelhantemente intensos e, nesses casos, isentar o aborto da pena [em geral prevista por princípio – causas excludentes da licitude].⁴¹

Além da situação de fato envolvendo a vida da mãe contraposta à vida intrauterina, na qual a inexigibilidade é óbvia, a corte constitucional também fez menção à possibilidade de o Estado-Legislator fixar hipóteses igualmente extraordinárias como exceções à regra da proibição criminal do aborto.

Exemplos de tais situações são as que envolvem indicação embriopática ou criminal, esta ligada à gravidez decorrente da prática do crime de estupro, como causa possível para o estabelecimento de exceções à regra da vedação ao aborto. Percebe-se que ambas as causas extrapolam o âmbito de questões estritamente médicas referentes à saúde física da gestante, avançando nitidamente pelo campo social. Todavia, diferentemente do “estado geral de necessidade”, que poderia, também, exsurgir de questões de índole social, tanto a gravidez de feto inviável quanto àquela oriunda de um ato criminoso são perfeitamente definidas enquanto modelo abstrato para a subsunção dos fatos reais. Aliás, afastando a possibilidade da adoção de critérios de exceção carregados de generalidade e abstração, no acórdão de 1993, o Tribunal Federal Constitucional fez questão de deixar claro que, no tocante à indicação de aborto embriopático, não se afigura inconstitucional o estabelecimento de exceção à regra, *pressupondo-se sua delimitação suficientemente precisa*.⁴²

Cabe o registro de que o ponto relativo à constitucionalidade da interrupção de gestação envolvendo patologia fetal também foi alvo de discussão no Brasil em passado recente, quando do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF, ocorrido em 12 de abril de 2012. Aqui, ao contrário do que ocorreu na Alemanha, não houve a edição de uma norma alterando o Código Penal, mas a arguição de descumprimento de preceito fundamental que, no caso, consistiria na interpretação da lei penal em sentido que conduzisse à constatação de tipicidade da conduta de antecipar o parto de fetos anencéfalos, em relação aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁴³

⁴¹ Ibidem, p.268.

⁴² Ibidem, p.282.

⁴³ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a

Do cotejo entre a discussão havida na Alemanha e no Brasil, verifica-se que, tanto no Tribunal Constitucional Federal, quanto no Supremo Tribunal Federal, havia a preocupação com a definição clara das circunstâncias em que a proibição do aborto poderia ser excepcionada no tocante a embriopatia.

No Brasil, a questão colocada em julgamento se restringia à anencefalia e, apesar deste estudo não comportar um aprofundamento no que tange às razões invocadas pelo Supremo Tribunal Federal quando de seu pronunciamento, é interessante destacar que os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, em seus votos (vencidos) condicionavam a possibilidade de antecipação do parto de feto com anencefalia a procedimentos administrativos de verificação. O ministro Gilmar Mendes fez constar a seguinte ressalva no seu voto pela procedência da ADPF nº 54/DF: *Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.*

Observa-se, então, que a definição segura da hipótese de exceção à regra consistente na obrigatoriedade do prosseguimento da gestação ditou a tônica da discussão acerca da eficiência de proteção à vida intrauterina, tanto no Brasil quanto na Alemanha.

O fato é que, na Alemanha, o “estado geral de necessidade” a que se referia a Lei questionada no BVerfGE 88,203 se mostrava incompatível com o grau de definição constitucionalmente exigido para que se estabelecesse uma exceção à proibição do aborto.

Nessa esteira, lembre-se que uma das premissas firmadas pelo Tribunal Constitucional Federal foi justamente o fato de que o direito à liberdade de consciência da mãe não pode, por si só, justificar a supressão do direito à vida digna do nascituro. Assim, não seria qualquer embriopatia que poderia ser arguida como causa para que se afastasse a ilicitude do aborto. Somente aquelas degenerescências do feto que, dadas as suas características, fossem capazes de produzir dano extremo no estado de espírito da gestante, a ponto de afetar excessivamente sua própria saúde e dignidade, poderiam fazer com que se tornasse desarrazoado exigir que ela desse seguimento à gestação. Aliás, é pelos mesmos motivos que não se pode exigir da gestante que permita o prosseguimento da gestação quando a concepção se deu por força de relação sexual não consentida: não se afigura razoável que se espere da mulher uma postura que anule por completo sua dignidade humana.

Enfim, estabelecidas todas as premissas a que se fez referência até então, o Tribunal Constitucional Federal se viu diante da tarefa de verificar se era constitucionalmente eficaz a proteção conferida pelo Estado-Legislador à vida intrauterina segundo as condições fixadas na 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15 StÄG).

No capítulo precedente, a proibição pela via da criminalização de condutas foi apontada como sendo uma das formas de ampliação da esfera de autonomia do indivíduo titular de um direito fundamental. Além dessa função da lei penal, não há como negar que a criminalização de condutas serve, também, ao propósito de conferir proteção aos bens jurídicos considerados relevantes pelo Estado-Legislador.

Todavia, a relevância do bem jurídico exigida para que se viabilize a utilização da lei penal como meio de proteção é especial, uma vez que o Direito Penal, considerado o modelo de Estado Democrático de Direito, deve contar com caráter subsidiário em relação aos demais ramos do direito no que tange à intervenção do Estado na esfera de autonomia do indivíduo. Acaso não se tenha critério quando da eleição das condutas a serem consideradas como ilícitos penais, corre-se sério risco de ferir a proporcionalidade no que toca à proibição do excesso e, por conseguinte, de ver o Estado Democrático de Direito degenerar para o modelo de Estado Policial.

Novamente, a discricionariedade deve vir à discussão.

Isso porque ao legislador é dado selecionar quais bens jurídicos merecem a proteção conferida pela lei penal. Todavia, o juízo de valor do Estado-Legislador deve ser constitucionalmente sustentável segundo a ordem de precedência de direitos axiologicamente estabelecida pelo constituinte, ordem que tem a vida em posição de evidente destaque. A esse respeito, destacando a viabilidade de utilização do direito penal como meio de proteção a bens jurídicos constitucionalmente relevantes, revela-se oportuna uma breve remissão à já citada decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal em 1975, também sobre matéria de aborto (BVerfGE 39, 1):

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que

ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária.⁴⁴

Assim, tal como ocorre com o homicídio, a criminalização do aborto tem na vida o bem jurídico tutelado pela norma. Com isso se nota a importância da delimitação do significado dos bens jurídicos, seja no que toca a sua natureza, seja no que diz respeito à extensão do seu conceito.

Como já mencionado, a corte constitucional alemã considerou que a vida do nascituro, bem como sua dignidade não devem ser consideradas em grau menor do que a vida segundo seu conceito ordinário e tradicional. Então, ao Estado-Legislator não só é dado proteger o referido bem jurídico por meio do método mais incisivo disponível no direito, a dizer, a lei penal, como também é vedado que se omita ou que aja de forma ineficaz na proteção do referido bem. A respeito da vida e da proteção que o Direito Penal é capaz de lhe conferir, o Tribunal Constitucional Federal fez constar em seu arresto que, *por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte.*⁴⁵

Entretanto, é importante que se deixe claro que a corte constitucional alemã não afastou por completo a possibilidade de proteção da vida intrauterina por outros ramos do direito que não o penal. O que se decidiu por ocasião do julgamento em voga foi que a fixação de excludente de ilicitude nos termos em que pretendido na 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15 StÄG) redundaria na inobservância da proibição da proteção deficiente.

Da análise do pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal, é plenamente possível identificar o cuidado daquela corte no que diz respeito à preservação da harmonia entre o Estado-Legislator e o Estado-Juiz que o modelo republicano inspira. Nessa esteira, é interessante notar que a construção do raciocínio dos membros da corte constitucional alemã se orientou no sentido de que a forma da qual o Estado-Legislator se valeu para proteger a vida intrauterina era falha, na medida em que causas excludentes de ilicitude somente se sustentam no âmbito penal *se e na [exata] medida em que as causas de justificação forem*

44 MARTINS, Leonardo (org.), op.cit., p.271.

45 Ibidem, p.282.

*limitadas normativa-tipicamente às exceções da proibição do aborto permitidas constitucionalmente.*⁴⁶

Sendo assim, a fixação de uma causa excludente de ilicitude sem as características já expostas neste tópico, tais como a excepcionalidade da situação vivida pela gestante e a segura delimitação do modelo abstrato que servirá de tipo à subsunção do fato à norma, implica violação à proibição da proteção deficiente, principalmente se nos demais ramos do direito não houver meios eficazes de proibição do aborto. Segundo o entendimento que serviu de base para o pronunciamento da corte, estabelecer uma causa de justificação com fundamento no período de gestação (no caso, 12 semanas), na condicionante de submissão da gestante a aconselhamento e na indicação fundada em um “estado geral de necessidade” da mãe acarretaria a permissão do aborto, algo que, conforme já exposto, não se afigura compatível com a extensão do significado do direito à vida.

No próprio acórdão, consta que é viável que se estabeleçam excludentes de ilicitude relativas ao aborto, ou até mesmo que o Estado-Legislator busque proteger a vida intrauterina por meios diversos da lei penal, desde que mantenha como premissa tanto o dever de prosseguimento da gestação iniciada, como a proibição de sua interrupção. Quanto à viabilidade de se contar com uma proteção eficaz mediante a adoção de meios jurídicos estranhos ao Direito Penal, atente-se ao teor do arresto em discussão:

O dever de tutela para a vida humana intra-uterina cria para o legislador, se ele se decidir por um plano de aconselhamento, também vínculos quando da conformação normativa do procedimento do aconselhamento (vide acima, III. 1. a)). Esse passa a ter, com o deslocamento da ênfase da outorga de proteção para a proteção preventiva por meio do aconselhamento, um significado central para a proteção da vida. O legislador deve, por isso, no momento da fixação do conteúdo de um aconselhamento (1.), da regulamentação de sua execução (2.) e da organização do aconselhamento, incluindo a seleção das pessoas que nele atuarão (3.) sob o vínculo à proibição de insuficiência, criar regras que sejam eficazes e suficientes para convencer uma mulher que pensa em realizar aborto, a dar à luz o filho. Só então será sustentável a avaliação do legislador, segundo a qual com o aconselhamento se poderia alcançar o objetivo de uma eficiente proteção da vida.⁴⁷

⁴⁶ Ibidem, p.288.

⁴⁷ Ibidem, p.290.

Desta sorte, percebe-se que a corte constitucional alemã não adotou um posicionamento irreduzível no que diz respeito à necessidade do Direito Penal enquanto meio de proteção eficaz à vida intrauterina. O que se concluiu, por ocasião do julgamento do controle abstrato (BVerfGE 88, 203), foi que o arcabouço legal tal qual construído pelo legislador naquele momento não servia ao propósito de conferir proteção adequada ao direito fundamental à vida digna do nascituro.

Porém, e como expressamente consignado pelo Estado-Juiz alemão no acórdão de que ora se trata, nada impediria que, adotando-se medidas eficazes, orientadas segundo o paradigma de vedação de interrupção da gravidez como regra, o Estado-Legislator deixasse de lado a via do Direito Penal. Em um caso tal, a eficácia das referidas medidas seria aferida segundo sua capacidade de demover a gestante do propósito de ver interrompida sua gravidez e, com isso, proteger a vida do nascituro.

2.2 Espaço de Exercício da Proteção: entre a criminalização e a abstenção; entre *übermassverbot* e *untermassverbot*

Desde o início do presente estudo, tem sido mencionado que o espaço de conformação da proteção no que diz respeito aos meios pelos quais esta vai ser efetivada é matéria que se insere no âmbito discricionário do Estado, principalmente no que diz respeito à atividade legiferante, a qual será exercida nos termos e segundo os limites impostos na Constituição. É o legislador que, em última análise, selecionará os meios que entende eficazes para que o Estado possa se desincumbir do dever de proteção que recai sobre si, uma vez que o “princípio da legalidade” (que não é princípio, mas sim regra) é a pedra de toque no que diz respeito à atuação da Administração.

Daí se extrai, logo de início, que a lei se coloca como condição inafastável do agir do Estado. Levando-se em consideração que o agir do estado é necessário para que se cumpra o dever de proteção, a análise do conteúdo da lei como forma de verificação da adequação da proteção conferida pelo Estado será invariavelmente necessária.

É importante esclarecer, também de início, que o “agir” a que se refere aqui pode, inclusive, implicar uma abstenção, ou seja, a um “não agir”, porém um não agir que resulta de uma norma, ou mesmo da falta dela.

Fato é que o universo de possibilidades de escolha que se abre diante do Estado-Legislator conta com dois limites extremos: de um lado a pura e simples abstenção; de outro a criminalização de condutas.

A escolha que se aproxima de um ou outro extremo desse espectro de possibilidades deve contar com um fundamento racionalmente verificável segundo o significado e extensão dos bens jurídicos que se busca proteger. Mais uma vez, o sopesamento se apresentará como ferramenta de grande valia para que se chegue a uma resposta constitucionalmente adequada.

Ocorre que o sopesamento somente será viabilizado, uma vez que se reconheça o significado e extensão do conceito relativo ao bem jurídico em questão, assim como dos bens jurídicos que possam ser de qualquer forma atingidos pela proteção que se busca conferir ao primeiro.

No tópico precedente, foi possível conhecer os detalhes do procedimento adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão quando da análise da adequação da proteção à vida intrauterina segundo os critérios estabelecidos pelo Estado-Legislator daquele país. Naquela ocasião, como visto, concluiu-se que o Estado, consideradas as peculiaridades do ordenamento jurídico alemão então em vigor, não poderia prescindir do Direito Penal para proteger adequadamente o bem jurídico consistente na vida digna do nascituro.

Quando da edição da 15 StÄG, o Estado-Legislator alemão certamente procedeu ao sopesamento, tomando-se por base os direitos ligados ao nascituro e da gestante, chegando à conclusão de que, nas primeiras 12 semanas de gestação, seria possível estabelecer uma excludente de ilicitude para o crime de aborto, desde que a mãe se submetesse a aconselhamento e que houvesse indicação de interrupção da gravidez com fundamento em um “estado geral de necessidade”. O exercício da discricionariedade pelo parlamento alemão, ainda que decorrente da utilização do método do sopesamento, não passou imune ao controle jurisdicional, tanto assim que o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela inconstitucionalidade da escolha feita pelo Estado-Legislator. Ou seja, o sopesamento realizado na corte constitucional prevaleceu, dado que esta conta com a atribuição de verificar a congruência dos juízos discricionários do Estado-Legislator com as normas constitucionais em vigor.

Naquele específico caso, entendeu-se que os preceitos que decorrem da constituição alemã não permitiam que se abrisse mão da criminalização do aborto segundo as condições fixadas na 15 StÄG.

Todavia, também se constatou que nada impediria que se abandonasse a lei penal como meio de proteção à vida intrauterina, desde que fossem adotadas outras medidas legais eficazes para que se colocasse a salvo o referido bem jurídico.

É na adequação da medida de proteção, na sua eficácia se considerado o significado e extensão do direito fundamental em questão, que reside o critério de verificação da constitucionalidade da postura adotada pelo Estado-Legislator. Determinar se diante de uma dada circunstância é necessário invocar a proteção do ramo do direito que serve de *ultima ratio* segundo o modelo de Estado Democrático é tarefa que envolve a busca pelo equilíbrio entre proibição de excesso e de insuficiência, e que somente pode resultar exitosa acaso se caminhe pela via da proporcionalidade.

Também é necessário tomar por base que a Constituição, enquanto parâmetro de conformação da sociedade com o conceito de justiça democraticamente construído, traz uma ordem de precedência de direitos axiologicamente estabelecida. A título de exemplo, pode-se tomar a propriedade e a vida. Não há dúvida alguma de que, de regra, esta tem nítida precedência sobre aquela, de onde se extrai que as medidas legais de que deve se socorrer o Estado para proteger a vida precisam ser mais incisivas do que àquelas destinadas à proteção da propriedade.

Ainda que ambos os direitos acima mencionados (propriedade e vida) sejam protegidos por intermédio da lei penal, o fato de ocuparem posições distintas na ordem de precedência estabelecida na Constituição servirá ao propósito de justificar a cominação de penas na medida proporcional da distância que os separa na citada ordem.

A proporcionalidade deve servir não somente como vetor de orientação do juízo discricionário do legislador ao determinar em que medida se deve sancionar penalmente, mas também quais bens jurídicos deverão ser afetados pela tutela do Direito Penal que, como já exposto, se coloca como *ultima ratio* no sistema jurídico sobre o qual se sustenta o Estado Democrático de Direito.

Não se pode negar que a opção pelo direito penal e, conseqüentemente, pela criminalização é meio eficaz de proteção, tal como reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional Federal por ocasião de seu primeiro pronunciamento acerca da questão envolvendo o aborto, ao qual já se fez referência no tópico precedente (vide 2.1).

É evidente que a criminalização de condutas confere especial proteção ao bem jurídico objeto de um dado direito fundamental. Por outro viés, também é certo que sua utilização como meio de proteção implica a viabilização da incisiva intervenção do Estado na esfera de

interesses do indivíduo apontado como infrator. Isso porque no âmbito do Direito Penal, cerceia-se a liberdade com a pena de prisão e a pena restritiva de direitos, bem como a propriedade, com a pena de multa, de uma maneira tal que os outros ramos do Direito não permitem.

Dada a possibilidade de tamanha intervenção do Estado sobre a liberdade do indivíduo, o risco de violação à proibição do excesso se torna mais próximo e mais relevante a medida que se avança no sentido da criminalização de uma dada conduta. Diante disso, a cautela de que precisa se cercar o legislador ao selecionar quais bens jurídicos serão afetados pelo Direito Penal deve ter por meta evitar que o modelo de Estado se degenere para um paradigma despótico e policial, o que implicaria a preponderância da segurança sobre a liberdade e, conseqüentemente, o abandono das conquistas das revoluções ocorridas no alvorecer da modernidade.

Na difícil tarefa de encontrar um equilíbrio entre excesso e deficiência, partindo-se de um modelo democrático e social de Estado, incumbirá ao Estado-Legislator ter em mente que o indivíduo e, mais precisamente, o ser humano é a razão primeira do Direito, inclusive do Direito Penal. Assim, a segurança, enquanto direito fundamental que é, deve ter seu significado e extensão medidos segundo a régua dos Direitos Humanos, de forma tal que não se possa, sob a bandeira da proibição da proteção insuficiente, fazer prevalecer a “sociedade” sobre o indivíduo, esvaziando-se de sentido o conceito deste último.

A orientação que deve ser dada para o exercício da atividade legiferante é aquela segundo a qual a sociedade só tem razão de ser porque serve aos interesses da coexistência dos indivíduos que a compõem. Diante disso, não faz sentido algum prover o Estado com um aparato repressor que preserve o meio (sociedade) e sacrifique o fim (o ser humano considerado em sua individualidade).

Por óbvio que não se pretende considerar a sociedade como simples soma de indivíduos, ainda que, em tempos de *modernidade líquida*, como apontado por Zygmunt Bauman, seja exatamente para isso que a humanidade esteja caminhando.⁴⁸ A sociedade é algo mais, maior que a soma de todos e cada um, o que a faz merecedora de atenção e, conseqüentemente, de proteção. Todavia, dita circunstância em nada altera o fato de que sua existência somente se justifica na medida em que sirva ao propósito de estabelecer os meios

48 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

necessários à coexistência dos seus componentes, a dizer, dos seres humanos que, sem a sociedade e as regras de convivência, viveriam em constante estado de guerra.

Aliás, é justamente na coexistência que Zaffaroni e Pierangeli depositam o fundamento da segurança jurídica que se busca atingir com o Direito Penal:

O asseguramento das existências simultâneas (coexistência) se cumpre com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), tornando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que se próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são bens jurídicos ou direitos.⁴⁹

Percebe-se, então, que a segurança que se obtém da utilização do Direito Penal como ferramenta legal de proteção de direitos fundamentais não é um fim em si mesma. Ela serve a um propósito, a dizer, garantir a convivência pacífica entre os homens. De outro lado, como Zaffaroni e Pierangeli destacam de forma muito perspicaz, a convivência, a vida em sociedade, é a única forma pela qual o ser humano é capaz de realizar-se enquanto tal.

Não se pode negligenciar o fato de que sem sociedade, sem coexistência, o conceito de ser humano se esvazia de sentido, já que sem as interações cotidianas entre indivíduos, o homem não passa de um animal que vive segundo comandam seus instintos. É a convivência, a capacidade de interagir a despeito dos impulsos instintivos, que faz do homem um sujeito do conhecimento.

Sendo assim, apesar da centralidade do indivíduo servir de paradigma inegociável quando da seleção de bens jurídicos a serem afetados pelo Direito Penal, não se pode, em absoluto, negar importância à segurança e à coletividade, que se não se constituem em uma finalidade autossuficiente, apresentam-se como condição de possibilidade da existência humana.

Em face de tais pressupostos, o Direito Penal, enquanto ferramenta de proteção a bens jurídicos, pode se apresentar de várias formas segundo a perspectiva ideológica que se tenha do cenário social. Alessandro Baratta, partindo de um enfoque marxista, atribui à desigualdade o título de indicador que definirá se uma dada sociedade tenderá a lançar mão do Direito Penal como instrumento de controle com mais ou menos frequência, afirmando que *quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de*

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2004, p.92

*controle social do desvio de tipo repressivo como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês.*⁵⁰

Zaffaroni e Pierangeli, por sua vez, discorrem a respeito da concepção marxista da função do sistema penal, indicando que, levada ao extremo, demandaria a aniquilação revolucionária do poder, com sua conseqüente substituição por uma estrutura não marginalizante. Apontam, também, ao outro extremo do espectro de concepções do sistema penal politicamente orientadas, o qual tem na “segurança nacional” a sua preocupação primeira, reconhecendo o sistema penal como meio eficaz de prevenção pelo terror. Ainda mencionam que, no centro desse universo de possibilidades ideológicas, há o posicionamento tecnocrático, que atribui ao Direito Penal natureza puramente normativa e alheia às questões pertencentes ao campo da criminologia, sociologia e ciência política. Ou seja, segundo este último viés, o mundo dos fatos pouco importa ao Direito Penal, que prescindir de qualquer dado da realidade para se justificar. Ao fim, os autores adotam um posicionamento que não pressupõe a aniquilação das conquistas liberais em prol de uma utopia, nem tampouco se orienta segundo um modelo que flerta com o terrorismo de Estado, capaz de produzir atrocidades genocidas. Os autores também não se filiam ao entendimento segundo o qual o Direito Penal se constituiu em instrumento aparentemente asséptico, desligado da realidade e comprometido, em verdade, com a manutenção do *status quo*. Zaffaroni e Pierangeli atribuem ao Direito Penal a finalidade de servir de ferramenta à realização dos Direitos Humanos, imbuído do objetivo ideologicamente orientado para a ampliação do espaço social de todos, funcionando, em contrapartida, como meio para redução dos espaços de marginalização, ao passo que promove a integração social daqueles que originalmente frequentam esses espaços.⁵¹

Da lição de Zaffaroni e Pierangeli, dois pontos assumem especial relevo para o presente estudo: a estreita relação entre Direito Penal e Direitos Humanos, bem como a possibilidade de o direito penal servir como meio de ampliação da liberdade ou, nos dizeres dos referidos penalistas, de aumento do espaço social de todos.

Quanto à relação entre Direito Penal e Direitos Humanos, tem-se que a mesma decorre da premissa já estabelecida acima, segundo a qual o indivíduo deve ser a preocupação central

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.206-207.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op.cit., p.80-81.

do Estado-Legislador quando este se dispõe a selecionar o Direito Penal como meio de proteção de bens jurídicos objetos de direitos fundamentais.

Por outro lado, como já indicado no primeiro capítulo deste estudo (vide 1.3), ao lado da instituição de prestações positivas e do estabelecimento de competências, a tutela penal se apresenta como meio para o aumento da esfera de autonomia do indivíduo, assim como meio de proteção dos bens jurídicos afetados à tutela de direitos fundamentais.

Enfim, e diante disso, a questão que se coloca é: quando será necessária a tutela penal para que se dê por cumprido o dever de proteção?

A resposta, dados os argumentos acima expostos, não pode desviar-se das decorrências do caráter fragmentário do Direito Penal que, tal como já mencionado, assume papel de *ultima ratio* no sistema jurídico que tem por modelo o Estado Democrático de Direito.

Para que se chegue a essa resposta, situada na zona de equilíbrio entre proibição de excesso e proibição da proteção deficiente, é imprescindível que se determine, primeiramente, a que finalidade, a qual objetivo serve a pena. A esse respeito, Ferrajoli, quando trata das teorias utilitaristas do Direito Penal, aponta à existência de quatro doutrinas referentes à finalidade da pena:

aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.⁵²

Prosseguindo no estudo da finalidade da pena, Ferrajoli indica a prevenção geral negativa como sendo a única capaz de harmonizar-se com o modelo garantista de delimitação do poder estatal, posto que, aferrada à legalidade estrita, delimita de antemão o que, exatamente, é proibido, fazendo minguar a margem para juízos subjetivos focados no sujeito e não no fato que lhe é imputado.⁵³

Todavia, o próprio Ferrajoli ressalta que mesmo a prevenção geral negativa, em que a pena serve como forma de dissuasão da prática de crimes que afetem bens jurídicos essenciais ao

52 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2º ed. São Paulo: RT, 2006. p.245.

53 Ibidem, p.258-260.

ser humano, escapa à objeção kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para um fim que não é seu. Ocorre que, em relação às outras doutrinas e, principalmente, no que toca à prevenção especial negativa e à prevenção geral positiva, os problemas são ainda maiores.

A ressocialização como objetivo tipicamente ligado à doutrina de prevenção especial negativa é nitidamente uma degeneração do conceito de direito, uma vez que nela confundem-se direito e moral. Uma atitude do Estado que se volte à coerção moral do indivíduo, impondo-lhe que, no seu íntimo, substitua sua ordem hierárquica de valores, consiste em clara violação da proibição do excesso. A intimidade do indivíduo, sua concepção de mundo e seu conceito de certo e errado é território que se situa claramente fora do alcance do Estado Democrático de Direito. A preocupação do Estado no seu mister de dar cumprimento ao dever de proteção sobre os direitos fundamentais de cada um deve limitar-se às manifestações externas da concepção moral do sujeito, ou seja, importa ao Estado coibir e sancionar os fatos, “o fazer”, e jamais “o ser”.

Já no que diz respeito à prevenção geral positiva, tem-se na pena um meio de reforço da lealdade ao Estado. Trata-se de uma evidente desproporção, além de um claro desvio dos preceitos emanados de um Estado que se apresenta como plural, haja vista que, por meio da utilização do Direito Penal como coerção ideológica, se contribui para a manutenção do *status quo* e à esterilização do debate político.

De toda sorte, o homem, como já citado, deve ocupar posição central na escolha dos meios disponíveis ao legislador para proteger os direitos fundamentais. Assim, mesmo se tomada por base a prevenção geral negativa como finalidade precípua da pena, o Direito Penal não deixa de assumir o papel de um mal necessário, mas ainda assim um mal evidente.

Assim sendo, a medida que se avança no sentido da criminalização de condutas e no uso do Direito Penal como forma de ampliação do espaço de liberdades individuais, deve crescer a cautela com relação à observância dos limites impostos pela proibição do excesso.

Por outro viés, na proporção que o Estado deixa de assumir posições interventivas na esfera de autonomia do indivíduo, aproximando-se do outro extremo do universo de possibilidades no que tange aos meios disponíveis para o cumprimento do dever de proteção, deve ser conferida especial atenção à proibição da proteção deficiente.

Porém, tanto quando da criminalização de condutas, quanto nas hipóteses em que a postura do Estado será quase que de uma abstenção, ambos os critérios da proporcionalidade não poderão ser negligenciados a fim de que se cheque a constitucionalidade da opção do

Estado-Legislator. Referida opção, calcada no exercício da discricionariedade legitimada pelo voto popular, será sindicável pelo Estado-Juiz com base na verificação levada a efeito pelo sopesamento entre os direitos fundamentais que se tocam, bem como e, especialmente, entre os meios de proteção disponíveis.

Assim como ocorre no tocante ao Direito Penal, as leis que instituem prestações positivas e as que estabelecem competências também devem ser verificadas sob o pálio da regra da proporcionalidade. O só fato de não implicarem uma incursão tão incisiva na esfera de autonomia do indivíduo não as faz imunes ao controle de constitucionalidade segundo os limites que decorrem da proibição do excesso e da vedação à insuficiência.

Aliás, como já mencionado, a medida que se afasta da criminalização, cresce a preocupação com a insuficiência de proteção e, com ela, a dificuldade de se estabelecerem limites claros à abstenção do Estado. Determinar, por exemplo, se uma dada minoria é merecedora de proteção pela via de ações afirmativas, ou se o significado e extensão do direito à liberdade sexual conduz à conclusão de que deve ser estabelecida a competência para casamento entre pessoas do mesmo gênero: eis aí questões ligadas ao cumprimento do dever de proteção que recaí sobre o Estado e que certamente serão alvo de verificação pelo Estado-Juiz, seja por conta de uma lei que foi inserida no ordenamento jurídico e lá não deveria estar, seja por conta de uma lei que deveria ter sido inserida no ordenamento e não o foi.

Fato é que as omissões e ações do Estado-Legislator, apesar de dirigidas à proteção de um dado bem jurídico, fatalmente tocarão bens jurídicos outros, razão pela qual a verificação da proibição do excesso estará sempre conectada à proibição da proteção deficiente, ainda que sob perspectivas distintas, como são distintos os titulares dos direitos fundamentais que se tocam.

Novamente, e já rematando as considerações pertinentes ao presente tópico, é preciso relembrar que toda a linha de raciocínio ora apresentada se sustenta na premissa de que na aplicação do Direito não há uma única decisão correta. Acaso se adotasse a hermenêutica jurídica como referencial teórico, não poderia ser admitida qualquer resposta, ou qualquer postura do estado-Legislator, que não fosse a correta segundo as regras integrantes do sistema e, em especial, do corpo de normas constitucionais. Ocorre que, como já explicitado, ainda que aqui não se confunda moral com direito, nem tampouco que se admita o arbítrio como componente necessário da atividade jurídica, parte-se do pressuposto de que existem espaços de discricionariedade (e não arbítrio) incontornáveis na realização do direito, principalmente

se considerada a atividade legiferante, a qual se sustenta (ou deveria sustentar-se), inclusive, sobre ideologias políticas de vieses variados.

É certo que existem zonas de certeza positiva e negativa a respeito da compatibilidade com a Constituição. Todavia, tais hipóteses não servem de objeto para uma discussão minimamente útil se levado em consideração o objetivo deste estudo.

O que importa à investigação científica é justamente o que separa as zonas de certeza, é o cinza que se interpõe entre o preto e o branco. Não é porque se admite a incerteza que se estará abraçando o caos do subjetivismo ou se lançando conscientemente ao domínio da arbitrariedade. Tal atitude implicaria a negação do Direito enquanto ciência e o abandono de todas as conquistas liberais representadas no modelo de Estado de Direito. Destarte, se a resposta não pode ser única, então que seja único e determinado o método. E o método que aqui se coloca como sendo o mais adequado, se considerada a natureza mista dos direitos fundamentais (de normas-regras e de normas-princípio), é aquele que a Teoria da Argumentação propõe, o qual tem na proporcionalidade sua viga mestra.

2.3 Mandados de Criminalização x Limites de Criminalização

Logo no primeiro capítulo deste estudo, fez-se expressa menção à existência de mandados de criminalização constitucionais, um conceito presente na obra de Lênio Streck, com especial relevo em artigo publicado a respeito da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.⁵⁴

No referido artigo, o autor aponta a inconstitucionalidade da previsão legal que pode levar a pena referente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, uma pena que se situa abaixo na reprimenda mínima cominada ao delito de furto privilegiado, tipificado no artigo 155, §4º, do Código Penal, qual seja, de 2 (dois) anos de reclusão. Segundo o articulista, o dispositivo da lei de tóxicos padeceria de inconstitucionalidade por conta da inobservância da proibição de proteção deficiente pelo Estado-Legislator, principalmente se considerado o mandado de criminalização contido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. *O Dever de proteção do Estado*. op.cit.

Segundo o entendimento exposto no artigo acima citado, o constituinte teria estabelecido comandos ao legislador infraconstitucional no sentido de que este emprestasse especial proteção a dados bens jurídicos, os quais deveriam ser afetados pela tutela penal.

Tratar-se-ia, na verdade, de uma regra constitucionalmente positivada no que diz respeito à vinculação do Estado-Legislator a uma escolha específica do meio legal para a proteção do bem jurídico. Nessa esteira, cabe uma breve remissão ao texto constitucional, que em seu artigo 5º, inciso XLIII, assim preceitua: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Segundo o teor do referido dispositivo constitucional, no que tange ao tráfico ilícito de entorpecentes, à tortura e ao terrorismo, não há espaço para o exercício discricionário do legislador a respeito da eleição do meio de proteção: deve ser criminalizada a conduta.

Ao Estado-Legislator foi deixada, apenas, a tarefa de definir em que termos se dará a criminalização dessas condutas, não havendo que se falar em margem para que se abra mão do Direito Penal no que toca à proteção dos bens jurídicos alcançados pelas condutas referidas no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Além do mandado de criminalização acima citado, que não é o único no texto constitucional, é importante destacar que o próprio constituinte decidiu criminalizar algumas condutas, situação que não se confunde com aquela retratada no artigo 5º, inciso LXIII, em que se emitiu um comando de criminalização ao Estado-Legislator. Como exemplo dos delitos estabelecidos no texto constitucional, podem ser mencionados os crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos, bem como aquele a que se refere o artigo 5º, inciso XLIV, segundo o qual *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.*

Aqui o texto não traz comando algum, senão ele próprio já estabelece que uma dada conduta consiste em ilícito penal, deixando ao estado-Legislator apenas a tarefa de fixar o preceito secundário, a dizer, cominar a pena.

Enfim, parece evidente que a Constituição, ao menos no que toca à tortura, ao terrorismo e ao tráfico ilícito de entorpecentes, pré-estabeleceu qual o meio de proteção a ser utilizado.

Entretanto, há divergências a esse respeito.

Juarez Tavares, debruçando-se sobre o conceito de bem jurídico, insurge-se contra a existência de mandados de criminalização no texto constitucional, afirmando que, na verdade, o que se denomina mandato de criminalização deve ser tomado como limitação da incidência da Lei Penal.

Entendido como valor e não como dever, é o bem jurídico, pois, reconduzido à condição de delimitador da norma. Essa condição delimitadora é que assinala a característica essencial do bem jurídico e deve ser levada em conta em qualquer circunstância, ainda que sob a idéia de subordiná-lo aos preceitos constitucionais. Embora sob outro contexto, mas levando em consideração, igualmente, a subordinação de seu conceito aos ditames da Constituição, esse mesmo raciocínio foi bem esboçado ainda por DOLCINI e MARINUCCI, que concluem, em oposição a toda forma de autoritarismo legalista e diante dos movimentos em favor de uma acentuada repressão penal sob o manto da proteção de bem jurídico, não haver obrigatoriedade constitucional explícita de incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico, salvo quando demonstrada sua estrita necessidade.⁵⁵

É certo que, na Constituição, existem critérios para que se delimite o espaço de atuação do Estado-Legislator, e que os limites mais relevantes são aqueles que formam as fronteiras da esfera de autonomia do indivíduo no que toca à sua liberdade. Assim, é possível que se tome o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República como um meio de limitação do poder de punir do Estado, no sentido de que restringe a inafiançabilidade aos delitos ali especificados. Todavia, dado o teor do texto constitucional, não há como não reconhecer um comando emanado do constituinte, e dirigido ao Estado-Legislator, segundo o qual se impõe ao último o dever de fazer prever crimes e cominar penas às condutas mencionadas no artigo 5º, inciso XLIII.

No que diz respeito à escolha dos meios de proteção, ao menos em relação aos bens jurídicos expostos à ameaça oriunda de condutas que configurem tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, nem mesmo há que se falar em sopesamento, pois se está diante de uma escolha pautada por norma-regra e não norma-princípio. Acaso o Estado-Legislator pretenda descriminalizar as referidas condutas, incidirá em patente antinomia, ultrapassando a fronteira de uma zona de certeza negativa no que se refere ao cumprimento do dever de proteção.

Ocorre que o mesmo não se pode afirmar no tocante à intensidade com que se vai proteger pela via do Direito Penal.

⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.200.

No artigo do professor Lênio Streck a respeito do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, discute-se justamente se o dever de proteção deixou de ser cumprido pelo Estado-Legislator e se o dispositivo legal em que se estabelece a causa especial de diminuição de pena no caso do crime de tráfico implica violação à proibição da proteção deficiente. A conclusão do referido autor é no sentido de que o Estado-Legislator agiu aquém do que constitucionalmente lhe era exigido, partindo-se das premissas de que há mandados de criminalização da Constituição, bem como que a segurança é um direito humano.

Retomando o paradigma jurisprudencial alemão citado no primeiro tópico deste capítulo a fim de que se estabeleça um paralelo, percebe-se que, em relação ao aborto, não há, na constituição alemã mandado de criminalização algum. Tanto assim que, no acórdão do Tribunal Federal Constitucional, não se descartou por completo a possibilidade de o Estado-Legislator abrir mão do Direito Penal como meio de proteção à vida intrauterina, desde que para tanto existissem meios legais outros igualmente eficientes.

Aqui no Brasil, ao menos no que tange aos delitos especificados no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, como já exposto, não há margem para o exercício do juízo discricionário do Estado-Legislator no tocante à criminalização ou não, mas tão somente em que termos se dará a referida criminalização. A esse respeito é importante destacar que não se trata, apenas, da definição das penas que serão cominadas para cada um dos tipos referidos no texto constitucional, mas também de quais delitos poderão integrar a categoria dos crimes hediondos, com todas as consequências que daí decorrem, pois a tais crimes será conferido trato específico, vedando-se alguns benefícios que alcançam os demais delitos.

Verificar a pena que deve ser cominada para um tal delito é tarefa que não pode prescindir do sopesamento, em especial porque há nítida contraposição entre o direito à liberdade do autor do fato e o direito fundamental tutelado pela norma penal ou, mais precisamente, o bem jurídico que lhe serve de objeto. A pena cominada aos delitos especificados no mandado de criminalização deve ser eficiente em relação ao objetivo para o qual se dispõem: proteger o bem jurídico que serve de núcleo de um direito fundamental.

Porém, tal como já mencionado, quando o Estado lança mão do Direito Penal como meio de proteção, a preocupação primeira do legislador deve ser a proibição do excesso, a fim de que não se abra margem para a degeneração do Estado de Direito e, conseqüentemente, do

esvaziamento das conquistas modernas do liberalismo. Isso porque o único modelo de Direito Penal que se mostra compatível com o Estado de Direito é o Direito Penal Mínimo.⁵⁶

Partindo-se da premissa que não há sempre uma única resposta jurídica correta para uma dada situação de fato, deve-se ter em mente que o Direito Penal, como qualquer outro ramo do direito, conviverá com incertezas.

No Direito Penal Máximo, haverá a busca pela certeza de que nenhum crime passará impune, admitindo-se, de outro lado, a incerteza de que talvez algum inocente possa ser condenado. Já o Direito Penal Mínimo admite a incerteza de não ver punidos todos os crimes, buscando a certeza de que nenhum inocente seja considerado culpado. Parece, então, não haver dúvida do porquê de o Direito Penal Mínimo ser aquele que encontra lugar no modelo de Estado de Direito, em que a lei serve de régua para a atuação do Estado em relação ao cidadão.

Tratando-se a liberdade de um dos substratos lógicos para o exercício de todos os demais direitos, bem como considerando que a atuação do Estado pela via do Direito Penal é aquela que se mostra mais invasiva na esfera de autonomia do indivíduo, é claro que, na dúvida, deve prevalecer a liberdade do indivíduo e, portanto, a prioridade deve ser a observância da proibição do excesso.

Se houvesse a resposta correta, única e indiscutível do ponto de vista técnico-jurídico, o problema que se colocou a respeito do Direito Penal Mínimo e Máximo não faria sentido algum, já que, em um contexto ideal em que sempre haverá uma resposta correta, não haverá incertezas: os culpados sempre serão punidos, e os inocentes sempre absolvidos. Todavia, não é o que ocorre nem mesmo no plano hipotético, já que questões conjunturais sempre influenciarão na definição do que é correto e do que é errado do ponto de vista jurídico.

Assim como não se mostra razoável aceitar a possibilidade de apreensão plena da verdade, independente do campo de conhecimento a que se refira, também soa um tanto quanto autoritário presumir que a resposta correta e única poderá ser obtida em um ambiente intelectual em que as tarefas cotidianas de quem atua envolvem invariavelmente a valoração de fatos reais, como é o caso do Direito.

Não se pode determinar que existe apenas uma pena (ou mesmo um intervalo temporal de penas) correta para um dado delito. A alteração constante da conjuntura social vai fazer oscilar a amplitude do dever de proteção, sendo que a leitura da realidade social pelo Estado-

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. op.cit., p.101-106.

Legislador é um exercício que não prescinde de um certo grau de discricionariedade. Se essa discricionariedade é colocada em discussão aberta, secundada por argumentação racional em um ambiente democrático, como é o caso do parlamento, não haverá nisso mal algum. Ademais, tal característica da atividade legiferante não impede a verificação do Estado-Juiz a respeito do cumprimento, ou não, do dever de proteção. Afinal, foi justamente o que ocorreu no caso envolvendo a descriminalização do aborto.

No caso específico abordado por Lênio Streck, é evidente que o Estado-Legislator não se cercou da melhor técnica ao estabelecer a possibilidade de sancionar mais brandamente um crime de tráfico do que o furto qualificado. É certo que opção do legislador, considerado o cotejo entre o texto do Código Penal e da Lei nº 11.343/2006, não se sustenta diante de um teste de proporcionalidade, haja vista que a conclusão a que chegou não resiste à verificação crítica baseada na gravidade abstrata das condutas: furto / tráfico. Além disso, não se mostra minimamente razoável que, após ter havido, no *caput* do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, incremento na pena-base, seja estabelecida, no §4º do mesmo dispositivo, causa de diminuição de pena em um patamar tal que esvazie o caráter retributivo da pena.

Todavia, em tese e a priori, não se pode afirmar ao certo se para que se cumpra o dever de proteção deve haver uma elevação da pena de tráfico ou se é possível que seja abrandada a reprimenda cominada ao crime de furto privilegiado. Para que se chegue a uma resposta é imprescindível que se faça um sopesamento entre os meios de proteção disponíveis na seara penal, a fim de que se chegue a uma conclusão racionalmente verificável. O que não se revela adequado é extrair do mandado de criminalização um comando referente à intensidade do meio de proteção consistente no direito de punir do Estado.

O simples fato de haver um comando constitucional limitando a proteção dos bens jurídicos atingidos pelo tráfico, terrorismo e tortura à utilização do Direito Penal, não implica a conclusão inafastável de que qualquer abrandamento nas penas se afigura inconstitucional por violação à proteção deficiente. Nessa esteira, cumpre ressaltar a situação envolvendo as chamadas “mulas”, geralmente pessoas deixadas à margem da sociedade, integrantes de minorias que, na iminência de se verem tolhidas dos meios necessários à sua subsistência ou de sua família, são cooptadas pela criminalidade organizada para o transporte de grandes quantidades de entorpecentes. Trata-se de verdadeira terceirização das atividades que envolvem grande risco e que expõem à evidencia que o universo de possibilidades fáticas extrapola a capacidade de previsão estática das leis. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do ministro Carlos Ayres Britto, reconheceu a incidência da causa de

diminuição de pena em caso envolvendo “mula”, registrado da seguinte forma no informativo nº 618, da corte constitucional:

A 2ª Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende seja aplicada, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951 g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tenham reconhecido que a ré seria primária, portadora de bons antecedentes e não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição. O Min. Ayres Britto, relator, concedeu a ordem sob o fundamento de que o fato de transportar droga, por si só, não seria o bastante para afirmar que a paciente integraria organização criminosa. Ressaltou que as organizações criminosas se aproveitariam de pessoas vulneráveis socialmente para a arriscada tarefa de transportar entorpecentes, que tal atividade não teria reconhecimento para o mundo do tráfico e que essas pessoas seriam descartáveis para o grupo criminoso. Em divergência, a Min. Ellen Gracie, denegou a ordem, no que foi acompanhada pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Considerou que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas “mulas”. Após, pediu vista o Min. Gilmar Mendes. HC 101265/SP, rel. Min. Ayres Britto, 1º.3.2011. (HC-101265)

Pergunta-se então: haveria proteção deficiente ou excesso acaso fosse condenada a cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, uma pessoa que se enquadrasse no conceito de “mula”?

A resposta não se mostra única e certa de maneira alguma, haja vista que resultará de uma equação composta de variáveis referentes à realidade dos fatos. A conclusão tomará em conta uma série de fatores, dentre os quais a primariedade do acusado que se não se mostra adequada segundo os preceitos do Direito Penal do Fato (em contraposição ao Direito Penal do Autor) ao menos serve de critério relativamente seguro para que seja dosada a intensidade da reprimenda que, no caso concreto, afigurar-se-á necessária à proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Enfim, a dosimetria da pena não deixa de ser uma espécie de sopesamento, em que os critérios de aferição da proporcionalidade são aqueles discriminados no artigo 59, do Código Penal, assim como as diversas atenuantes, agravantes, causas de aumento e causas de diminuição de pena que integram o ordenamento jurídico penal. Daí se extrai que a verificação de tais critérios, porque ligados a matéria de fato, dependem de uma leitura da realidade, que invariavelmente passará pelo filtro subjetivo do agente humano por meio do qual se manifesta o Estado-Juiz.

Não por outro motivo que, em sentido diametralmente oposto ao adotado pelo professor Lênio Streck, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade do juízo discricionário que subjaz a dosimetria da pena e, em especial, da sua individualização, declarou inconstitucional a vedação à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em se tratando de crime de tráfico, quando presentes as circunstâncias autorizadas do artigo 44, do Código Penal. Por ocasião do julgamento do habeas corpus nº 97.256/RS, o relator, ministro Carlos Ayres Britto, partiu do princípio de que no artigo 5º, inciso XLIII, além de um mandado de criminalização, há vedação expressa à concessão de anistia, graça e fiança aos crimes ali elencados, todavia, naquele dispositivo não se veda a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O ministro relator tomou o dispositivo constitucional como um limitador da criminalização, no sentido de que em matéria de restrição aos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se insere a liberdade, o Estado-Legislator está adstrito aquilo que se fixou no texto constitucional. Sendo assim, se restaram vedadas apenas a fiança, graça e a anistia, vedar, também, a benesse de que trata o artigo 44, do Código Penal, implicaria excesso proibido segundo os preceitos decorrentes da proporcionalidade. Ademais, reconhecendo os espaços insuperáveis de discricionariedade na dosimetria da pena e a ponderação como ferramenta essencial à individualização da reprimenda penal, individualização que, segundo o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, consiste em verdadeira garantia fundamental, o ministro Ayres Britto fez constar em seu voto que

...1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória...

Ou seja, identificou-se uma violação à proibição do excesso com a restrição imposta pelo Estado-Legislator. Referida conclusão não se mostrou infensa a críticas, tanto assim que em interessante voto divergente, o ministro Joaquim Barbosa apontou à incongruência entre a postura adotada pelo plenário em relação ao crime de tráfico e aquela em relação às demais restrições estabelecidas no próprio artigo 44, do Código Penal, tal como a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em se tratando de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Segundo o ministro, se a vedação referente ao crime de tráfico viola a garantia da individualização da pena, os incisos do artigo 44, do Código Penal, por coerência, também deveriam ser reconhecidos como inconstitucionais. A questão, todavia, resolveu-se segundo o entendimento do ministro relator, secundado pelo ministro Cezar Peluso, então presidente da Corte, que, inclusive, citou dados estatísticos envolvendo condenados pelo crime de tráfico, dados que respaldaram o sopesamento levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

De tudo, percebe-se que o artigo 5º, inciso XLIII, serviu tanto como mandado de criminalização, no que diz respeito à escolha do meio de proteção, quanto como limitador de criminalização, no tocante à intensidade da utilização do meio de proteção.

A extensão da via penal como meio de proteção acabou sendo decotada com base em um juízo de ponderação calcado na proporcionalidade e, mais especificamente, na proibição do excesso.

O sopesamento levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal levou em consideração que se contrapunham dois direitos fundamentais, a dizer: a liberdade individual e a segurança. A proteção desta, por certo produz reflexos na esfera de abrangência daquela, motivo pelo qual há que se proceder à verificação da opção do Estado-Legislator sob o prisma da proporcionalidade, partindo-se do princípio que nem mesmo a liberdade é direito fundamental absoluto, assim como a segurança pública não pode ser invocada de modo a colocar em risco o modelo de Estado de Direito. Novamente, percebe-se que se coloca a difícil tarefa de encontrar o equilíbrio entre a proteção eficiente da segurança e a proibição de excesso no tocante à interferência na liberdade individual.

Ainda a respeito do precedente jurisprudencial acima referido, é possível notar que a legitimidade política do Estado-Legislator para estabelecer restrições ao exercício do direito

⁵⁷ O ministro presidente, Cesar Pelluso, citou pesquisa realizada a pedido do Ministério da Justiça em 2008, mediante parceria entre UnB e UFRJ, segundo a qual dos 69.049 presos por tráfico de entorpecentes, 80% seriam microtraficantes autônomos e desarmados; 23% mulheres; e 55% primários, sendo que em 46,3% dos casos é aplicada a causa especial de diminuição de pena.

de punir do Estado foi uma constante recorrente nos pronunciamentos dos membros do Supremo durante o julgamento. O ministro Joaquim Barbosa chamou a atenção para uma questão de grande relevância para o presente estudo, e que será alvo de análise minuciosa no terceiro capítulo: a substituição da discricionariedade legislativa pela judicial.

O ministro prolator do voto divergente no julgamento do habeas corpus nº 97.256/RS, alertou para o risco que se corre com a imposição da pecha de inconstitucionalidade a todos os limites estabelecidos pelo legislador à concessão de benefícios na seara criminal, sob a bandeira da garantia fundamental da individualização da pena. Seguindo-se por esse sentido a que se referiu o ministro, corre-se o risco de ver ampliada ao infinito a discricionariedade judicial, jogando por terra outra segurança igualmente importante: a segurança jurídica, sobre a qual se funda grande parte da teoria garantista e o próprio modelo de Estado de Direito.

De toda sorte, ao menos no que tange ao caso em discussão, o sopesamento realizado no julgamento da constitucionalidade do artigo 33, §4º, última parte, da Lei nº 11.343/06, serve ao propósito de esclarecer que o mandado de criminalização existe, de fato, porém não implica vedação apriorística e abstrata ao abrandamento da intensidade com que se pune, até porque se o constituinte determinou a criminalização de certas condutas, também estabeleceu limites a essa mesma criminalização. Verificar se os limites de interferência do Estado na liberdade individual estão sendo observados é um exercício que demanda sopesamento e especial atenção à proibição do excesso, sem descurar, é claro, da vedação à proibição da proteção suficiente em relação à segurança pública, cujo significado constitucional não pode ser outro que não o de um verdadeiro direito fundamental.

2.4 A Proibição da Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal (STF)

O critério de verificação de constitucionalidade consistente na proibição da proteção deficiente, apesar de recente no âmbito da jurisprudência alemã, já foi introduzido no cotidiano do Supremo Tribunal Federal, tendo servido de *ratio decidendi* pra alguns julgamentos de relevo.

O primeiro precedente no qual a corte constitucional lançou mão do conceito de *untermassverbot* envolveu o julgamento do recurso extraordinário nº 41.8376/MS, decidido em 2005, em que o recorrente buscava ver reformado julgado no qual havia sido afastada a incidência da causa de extinção de punibilidade consistente no casamento da vítima com o autor do crime de estupro.

O caso concreto levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal dizia respeito a crime de estupro cometido contra criança de 9 anos de idade, em que a vítima, após os fatos, passou a conviver com o réu, com quem, inclusive, teve um filho. O réu, em sua defesa, buscava ver aplicada a analogia para que fosse estendida à união estável (que alegava manter com a ofendida), a causa de extinção de punibilidade de que tratava o artigo 107, inciso VII, do Código Penal com redação anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.106/2005.

O voto do ministro relator, Marco Aurélio, orientou-se pelo sentido do provimento ao recurso, da reforma do acórdão do Tribunal de Justiça, com a consequente absolvição do réu, reconhecendo-se, assim, a incidência da causa de extinção da punibilidade naquele específico caso. Para tanto, o relator se valeu do teor do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, fundamentando seu voto nas transformações sociais havidas no país desde a entrada em vigor do Código Penal, bem como na vedação a que a pena passe da pessoa do réu. Nessa esteira, o relator indicou que, com a reclusão do réu, quem sofreria as consequências de sua ausência seria o filho nascido da união entre acusado e ofendida, já que ambos conviviam como se casados fossem.

Já o ministro Gilmar Mendes trouxe à discussão o artigo 227, da Constituição da República, apontando ao fato de que a família que o constituinte buscou proteger é aquela construída sobre relações de afeto, e não o agregado fundado na inobservância dos direitos fundamentais conferidos às crianças e aos adolescentes. A esse respeito, o ministro Gilmar Mendes, prolator do voto vencedor, fundamentou sua decisão no princípio da proibição de proteção deficiente, defendendo a impossibilidade de extensão da causa de exclusão de punibilidade para o caso específico de que tratava o recurso em julgamento. Segundo o prolator do voto, diante das circunstâncias fáticas que cercavam o caso concreto, em especial a peculiaridade de que o réu era casado com a tutora da criança, o Estado-Juiz não poderia obstar o exercício do direito de punir, nem tampouco abrir mão do meio de proteção calcado no Direito Penal.

A união estável, que se equipara a casamento por força do art.226, §3º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento para fins de incidência do art.107, inciso VIII, do Código Penal. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade,

caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Do extrato do voto acima citado, percebe-se, ainda que não expressamente, que o seu prolator não só identificou o dever de proteção que recai sobre o Estado como um todo no tocante ao direito fundamental positivado no artigo 227, da Constituição Federal, como também o imperativo de tutela que, naquele específico julgado, se dirigia ao Estado-Juiz.

Acaso se desse provimento ao recurso extraordinário, equiparando-se a figura do casamento previsto na revogada redação do artigo 107, inciso VII, do Código Penal, à união mantida entre o recorrente e a vítima, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal padeceria de inconstitucionalidade, justamente por deixar de observar a vedação à proteção deficiente. À época, procedeu-se o sopesamento entre os meios de proteção disponíveis ao bem jurídico que, no caso, consistia na dignidade e segurança da criança, tal como conceituado no artigo 227, da Constituição da República.

Os meios de proteção em discussão no caso do julgamento do recurso extraordinário eram basicamente dois: o provimento do recurso com a consequente absolvição do réu e legitimação de seu enlace “afetivo” com a ofendida; ou o desprovimento do recurso, com a consequente condenação do réu e repúdio do reconhecimento de sua união com a adolescente de 12 anos, vítima de estupro cometido pelo seu tutor desde os 9 anos de idade.

O direito fundamental afetado pelos meios de proteção colocados à disposição do Supremo Tribunal Federal na ocasião era a liberdade do recorrente.

Diante de tal cenário, foram sopesados os dois meios de proteção, chegando-se à conclusão de que absolver o recorrente significaria descumprir o imperativo de tutela, deixando ao desamparo o direito da criança à sua segurança, dignidade e, em especial, à liberdade sexual da pessoa em desenvolvimento. Para que se chegasse à referida conclusão, foi imprescindível estabelecer a extensão do conceito de família mencionado no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, assim como também a amplitude da proteção que o constituinte pretendeu emprestar ao direito da criança, tarefa esta facilitada pela expressa previsão de absoluta prioridade que se fez constar no texto da norma constitucional inserta no artigo 227, da Lei Maior, principalmente no que tange ao §4º daquele artigo.

O ministro Gilmar Mendes, neste primeiro precedente em que é citada a proibição da proteção deficiente, entendeu que não era dado ao Estado abrir mão do Direito Penal como meio de proteção ao bem jurídico tutelado, sendo-lhe vedado atribuir sentido ao texto legal e constitucional de forma tal que a conduta do então recorrente fosse considerada

criminalmente irrelevante. Para o prolator do voto, dadas as circunstâncias que envolviam o caso concreto, a norma que se extraía do ordenamento jurídico era a de que a excludente de punibilidade não se aplicava ao fato imputado ao recorrente, norma esta que se obteve por meio da, entre outros argumentos, observância à vedação da proteção deficiente.

O segundo precedente que merece registro no que tange à utilização da proibição da proteção deficiente como *ratio decidendi* é o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade registrada sob nº 3.112/DF, ocorrido em 2007, na qual se discutia a compatibilidade do denominado Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/2003, com a Constituição da República.

Novamente, o voto em que se invocou a proibição da proteção deficiente foi da lavra do ministro Gilmar Mendes.

O ministro iniciou o trato da matéria reconhecendo a existência de mandados de criminalização na Constituição Federal, os quais serviriam ao propósito de conformar a discricionariedade que legitimamente cabe ao Estado-Legislador quando da eleição dos meios de proteção a um dado bem jurídico. A esse respeito, o prolator do voto reconheceu a existência de considerável espaço de discricionariedade no que tange à escolha dos meios de proteção, bem como da intensidade com que tais meios serão utilizados segundo as regras positivadas no ordenamento jurídico. Todavia, também é destacada no voto a legitimidade do Estado-Juiz e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, para proceder à verificação da constitucionalidade desse exercício da discricionariedade pelo Estado-Legislador.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, a avaliação dos diagnósticos e prognósticos de que se valeu o Congresso Nacional para decidir por este ou aquele meio de proteção, ou, ainda, entre esta ou aquela intensidade de intervenção penal, consistirá no critério de averiguação da observância da proporcionalidade por parte do Estado-Legislador.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção deficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização

judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

Ademais, o método do sopesamento é expressamente citado no voto em discussão, tornando clara a proximidade, ou até mesmo identidade, das feições atribuídas pela jurisprudência ao conceito de proibição da proteção deficiente no Brasil e de *untermassverbot* na Alemanha. Segundo o ministro Gilmar Mendes:

O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Outro aspecto importante do voto em questão, perceptível do extrato acima citado, é que nele se parte da premissa de que sempre que há violação à proibição da proteção deficiente, surge daí um direito subjetivo à proteção, questão já tratada no capítulo precedente e que se afigura de suma importância para que se defina a forma pela qual o conceito da proibição da proteção deficiente produzirá efeitos na realização do direito.

De toda sorte, verifica-se que as questões de fato, a dizer, os diagnósticos da realidade realizados pelo Estado-Legislator, e os prognósticos que daí decorrem serão alvo de análise pela corte constitucional quando da averiguação de compatibilidade entre o meio de proteção selecionado e a norma constitucional, esta compreendida pelo prisma da proporcionalidade. Para tanto, no voto em pauta, são citados meios de apreensão dos fatos tomados por base quando da elaboração da lei em que se prevê o meio de proteção, dos quais as audiências públicas e a figura do *amicus curiae* são exemplos. Tais institutos, além de propiciarem um acesso mais direto do órgão julgador com os fatos que subjazem ao processo de sopesamento levado a efeito pelo Legislador, também se prestam a fortalecer a legitimidade democrática do Estado-Juiz como órgão verificador da constitucionalidade das leis, principalmente quando do controle concentrado.

Partindo-se das premissas acima indicadas, o ministro Gilmar Mendes concluiu que, dadas as informações prestadas nos autos pelo Congresso Nacional, das quais era possível verificar que a opção pela fixação da idade de 25 anos como limite mínimo para aquisição de

armas de fogo era fundada em dados fáticos aferíveis estatisticamente, não havia que se falar em inconstitucionalidade da Lei nº 10.826/99 nesse particular. Para o prolator do voto, os diagnósticos da realidade e os prognósticos que daí decorrem foram devidamente considerados pelo Estado-Legislador quando da opção pelo meio de proteção adotado em relação ao direito fundamental à segurança pública e de todos os demais direitos fundamentais que com ele guardam estreita relação (vida, propriedade, liberdade, etc...).

Por outro viés, também se chegou à conclusão, não só o ministro Gilmar Mendes, mas todo o colegiado do Supremo Tribunal Federal à exceção do ministro Marco Aurélio, de que fixar a proibição apriorística da concessão de liberdade provisória para alguns crimes do Estatuto do Desarmamento, tal como se lia no artigo 21, da Lei nº 10.826/99, consistiria em violação à proporcionalidade, principalmente no que tange à sua componente da proibição do excesso. Isso porque, observada a redação do dispositivo legal em pauta, ter-se-ia verdadeira antecipação inexorável da pena, impondo-se ao acusado a prisão antes mesmo do julgamento de sua culpa, subtraindo-se do Estado-Juiz, de forma abstrata, a possibilidade de verificação dos pressupostos da prisão preventiva. A esse respeito, o ministro Gilmar Mendes exemplificou a desproporção do meio de proteção eleito pelo Estado-Legislador, com o cotejo entre o crime de homicídio doloso simples, em que seria dado ao réu aguardar o julgamento em liberdade acaso ausentes os pressupostos da prisão preventiva, e o crime de porte ou posse de arma de uso restrito, em que o acusado necessariamente deveria permanecer preso até o deslinde do feito. No primeiro caso, tem-se um crime contra vida, em que o dano consiste na morte da vítima, com a supressão de um dos direitos fundamentais mais caro ao ser humano. Já na segunda hipótese, tem-se um crime de mera conduta, em que se está diante de um agir que implica perigo abstrato.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado-Legislador, quando da adoção do meio de proteção consistente na vedação apriorística da liberdade provisória para os crimes relacionados no artigo 21, da Lei nº 10.826/99, violou a proibição do excesso e, conseqüentemente, afastou-se da proporcionalidade que deveria servir-lhe de paradigma.

Dos debates travados pelos componentes da corte constitucional quando do julgamento da ADI nº 3.112/DF, percebe-se a constante preocupação com os limites de atuação do Estado-Juiz em face do espaço discricionário de conformação aberto ao Estado-Legislador. A substituição da discricionariedade legislativa, amparada pela legitimidade que lhe confere o voto popular, pela discricionariedade judicial, de todo indesejável, porém impassível de ser completamente suprimida segundo o referencial teórico adotado neste estudo, é um perigo que

deve despertar a vigilância constante do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade.

De toda sorte, o método de averiguação proposto no voto do ministro Gilmar Mendes se não afasta por completo o risco de invasão do Estado-Juiz na esfera de abrangência de atribuições do Estado-Legislator, mormente no que diz respeito à leitura da realidade e à seleção dos meios normativos de proteção aos direitos fundamentais, ao menos restringe a potencial realização desse risco.

No caso específico do Estatuto do Desarmamento, a questão da idade mínima para aquisição de armas de fogo, fixada no seu artigo 28, o sopesamento envolveu a restrição etária como meio de proteção do direito fundamental à segurança, contraposto aos desdobramentos decorrentes da utilização desse meio de proteção no direito fundamental à propriedade e à liberdade individual. O critério de verificação de que lançou mão o Supremo Tribunal Federal para chegar à conclusão de que o meio adotado pelo Estado-Legislator era proporcional e, portanto, constitucional, sustentou-se nas informações prestadas pelo Congresso Nacional, das quais se extraiu que, quando do sopesamento levado a efeito pelo legislador, foram levados em consideração diagnósticos racionalmente verificáveis da realidade, bem como prognósticos razoáveis fundados em dados estatísticos. Em face de tais diagnósticos e prognósticos, o meio de proteção selecionado, a dizer, a limitação etária para aquisição de armas de fogo, ao mesmo tempo em que se mostrou adequada e necessária, revelou-se proporcional na medida em que o grau de interferência da restrição etária causada no direito à propriedade e na liberdade individual não se afigurou excessivo.

De tudo se destaca a importância assumida pela matéria de fato e da leitura da realidade como elemento imprescindível à decisão acerca da proporcionalidade e, conseqüentemente, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio de proteção selecionado pelo Estado-Legislator. “A resposta correta”, única e inexorável parece um objetivo meramente ideal e hipotético diante do desafio de fixar em toda sua completude a realidade, a ponto de se dar por possível afirmar, com absoluta certeza, a verdade no que diz respeito à escolha deste ou daquele meio de proteção.

No que tange à discussão travada na ADI nº 3.112/DF acerca da constitucionalidade artigo 21, da Lei nº 10.826/99, e a vedação da liberdade provisória em relação aos crimes descritos nos artigos 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento, a análise da corte constitucional se assemelhou àquela feita por ocasião da discussão do precedente em que se julgou inconstitucional a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por sanções

restritivas de direito nos crimes de tráfico. Tanto lá quanto no que diz respeito à proibição da liberdade provisória de maneira apriorística e abstrata, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela desproporção da intensidade com que o Estado-Legislator agiu, reconhecendo, assim, o excesso na atividade legiferante.

Em relação ao artigo 21, da Lei nº 10.826/99, o sopesamento aparentemente teria se dado entre o meio de proteção à segurança pública consistente na vedação legal à liberdade provisória e os desdobramentos que a utilização desse meio de proteção produziria na liberdade individual dos eventuais denunciados pela prática dos crimes descritos nos artigos 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento.

Nesse caso, o critério condutor do juízo de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal foi o “princípio” da presunção de inocência.

Aqui há que se fazer uma ressalva em relação ao sopesamento efetivamente conduzido pelos membros da corte constitucional.

Como já mencionado no primeiro capítulo deste estudo, a presunção de inocência, na verdade, não é princípio, mas sim regra.

Então, considerando-se que a vedação à liberdade provisória de maneira absoluta e apriorística implica inevitável execução provisória da pena, bem como que a pena somente se impõe a quem é considerado criminalmente culpado, a adoção do meio de proteção descrito no artigo 21, da Lei nº 10.826/2003 conduz a antinomia constitucional em relação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Daí se conclui que, para que se chegasse ao juízo de inconstitucionalidade do artigo 21, do Estatuto do Desarmamento, bastava simples exercício de subsunção, prescindindo-se, portanto, do sopesamento e, conseqüentemente, do conceito de *übermassverbot*.

De toda sorte, o controle concentrado de constitucionalidade levado a efeito em relação à Lei nº 10.826/2003, principalmente no tocante à limitação etária para o porte de armas, serve bem ao propósito de demonstrar de que maneira o conceito de proibição da proteção deficiente vem sendo utilizado no Supremo Tribunal Federal. Porém, o julgamento da ADI nº 3.112/DF não foi a única oportunidade em que a proibição da proteção deficiente foi trazida à discussão para que se verificasse a compatibilidade do Estatuto do Desarmamento com a Constituição Federal.

A constitucionalidade do artigo 14, da Lei nº 10.826/2003, no qual se encontra tipificado o porte ilegal de arma de fogo, foi alvo de análise do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do habeas corpus nº 102.087/MG, em fevereiro de 2012, ocasião em

que se discutiu se mesmo desmuniada a arma, o seu porte seria materialmente típico. Naquela ocasião, a proibição da proteção insuficiente novamente foi utilizada pelo ministro Gilmar Mendes para verificar a compatibilidade da norma legal com o texto constitucional segundo o critério da proporcionalidade.

A questão assumiu especial relevo, uma vez que o tipo descrito no artigo 14, do Estatuto do Desarmamento é de perigo abstrato e, até então, havia divergência na jurisprudência a respeito da viabilidade da existência de tipos dessa natureza dentro de um modelo de Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito, em especial se considerados os preceitos que decorrem do princípio da lesividade.

Naquela ocasião, o ministro Gilmar Mendes expressamente mencionou o método do sopesamento como instrumento para verificação do equilíbrio entre proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente, bem como a importância dos prognósticos e diagnósticos de que lançou mão o Estado Legislador para eleger o Direito Penal como meio de proteção do bem jurídico. Além disso, tal como ocorrido quando do julgamento da ADI nº 3.112/DF, partiu-se da premissa de que a Constituição Federal traz verdadeiros mandados de criminalização e que, a segurança pública, ao lado da vida e da paz social, são bens jurídicos dignos de proteção por serem objetos de direitos fundamentais.

Da análise do voto condutor do julgamento, é possível perceber que se estabeleceu uma estreita relação entre o dever de proteção dirigido ao Estado Legislador e os argumentos que, em tese, sustentam a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

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. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

“Direito penal preventivo” é algo que, de início, pode parecer incompatível com um modelo de Direito Penal Mínimo, modelo que se orienta segundo os paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a esse respeito é necessário lembrar o aspecto preventivo do dever de proteção, o qual foi tratado no capítulo inicial deste estudo. Tomando-se por base a premissa de que o direito penal é um meio de proteção viável (e por vezes obrigatório por força de mandados constitucionais de criminalização) e que a segurança pública e a vida são objetos de

direitos fundamentais, não se pode atribuir, ao menos não *prima facie*, a pecha de inconstitucionalidade aos tipos de perigo abstrato.

Ademais, segundo a linha de argumentação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus em questão, existem duas balizas para que se garanta a observância da proibição do excesso, quando da utilização do tipo de perigo abstrato como meio de proteção.

A primeira delas se dá em nível de controle de constitucionalidade da discricionariedade atribuída ao Estado Legislador, atinente ao desempenho da tarefa de eleger os meios de proteção dos bens jurídicos núcleos de direitos fundamentais. Aí a proporcionalidade se destaca como critério imprescindível para a atuação do Supremo Tribunal Federal, o qual se utilizará do sopesamento para chegar a uma conclusão acerca da obtenção, ou não, da proteção suficiente e, principalmente, não excessiva. Para tanto, repita-se, os prognósticos e diagnósticos de que se valeu o Estado Legislador serão alvos de discussão pelo Estado Juiz.

A outra baliza que serve de limite assecuratório à observância da proibição do excesso é dirigida diretamente ao Estado Juiz. Ainda que se considere constitucional a existência do tipo de perigo abstrato e mesmo que sua só existência não seja considerada uma afronta ao princípio da lesividade, a aplicação do direito ao caso concreto e a subsunção do fato à norma deverá levar em consideração as circunstâncias fáticas submetidas à apreciação do Estado Juiz. Será o julgador que, em última análise, definirá se um dado agir específico é, ou não, materialmente típico, razão pela qual não se pode rotular a existência do tipo de perigo abstrato como responsabilização penal objetiva. Afinal, a subsunção do fato à norma implicará, invariavelmente, a análise do caso concreto, assim considerado segundo todas as peculiaridades de que se cerca.

De toda sorte, o precedente em voga se revela interessante ao presente estudo, uma vez que indica a extensão possível da proteção conferida pelo Direito Penal na atual conjuntura constitucional. Tal proteção não exclui o conceito de direito penal preventivo, nem tampouco a existência de tipos penais de perigo abstrato, uma questão que será oportunamente revisitada no derradeiro capítulo, em que se tratará da classificação do dever de proteção, integrada pelos deveres de proibição (*Verbotspflicht*), de segurança (*Sicherheitspflicht*) e de evitar riscos (*Risikopflicht*).

Finalmente, tem-se o histórico precedente em que houve referência expressa à proibição da proteção deficiente, relativo ao julgamento da ADI nº 3.510/DF, no qual o objeto

de averiguação constitucional era o artigo 5º, da Lei nº 11.105/2005⁵⁸, também denominada de Lei de Biossegurança, ocasião em que a pesquisa científica com células-tronco embrionárias foi discutida no plenário do Supremo Tribunal Federal.

O referido julgamento, ocorrido em maio de 2008, destaca-se na história recente do Supremo Tribunal Federal, não só por conta da repercussão social da matéria discutida em plenário, mas principalmente porque, durante a instrução da ADI nº 3.510/DF, foi realizada, pela primeira vez, uma audiência pública, tal como previsto no artigo 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99. Para a audiência pública, foram convidadas diversas autoridades científicas com notório saber no campo da genética, o que culminou por contribuir sobremaneira para a fundamentação dos votos proferidos em plenário, principalmente no que diz respeito ao voto do ministro relator, Ayres Britto.

Além da audiência pública, admitiu-se, ainda, a participação de diversos *amici curiae*, dentre os quais a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Tais peculiaridades verificadas no trâmite da ADI nº 3.510/DF são sinais claros da abrangência da discussão que se travou no Supremo Tribunal Federal, quando da averiguação da constitucionalidade da Lei de Biossegurança. A fim de que se chegasse a uma conclusão a respeito da viabilidade constitucional da pesquisa com células-tronco embrionárias nos termos fixados no artigo 5º, da Lei nº 11.105/2005, o Supremo Tribunal Federal, tal como ocorrido em relação ao precedente relativo ao Estatuto do Desarmamento, teve que verificar diagnósticos da realidade e prognósticos que daí decorriam. Para tanto, e tendo em conta que as questões discutidas em plenário tocavam diversos campos do conhecimento, desde a filosofia até a genética, passando, inclusive, pela religião, os instrumentos de fortalecimento da legitimação democrática da figura contramajoritária do Poder Judiciário se revelaram de utilidade ímpar (participação de *amici curiae* e audiência pública).

No caso específico, os direitos fundamentais que se tocavam e, de certa maneira, contrapunham-se, eram, de um lado, a vida e, de outro, a saúde e a livre expressão da atividade científica. Travou-se, então, acirrado debate acerca da extensão e significado do conceito de vida, sendo contrapostas duas correntes acerca do tema: uma que se posicionava

58 Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

pelo início da vida com a concepção e outra que situava o termo inicial da vida em momento posterior.

A esse respeito, o ministro relator ressaltou que *sobre o início da vida a Constituição é um silêncio de morte*. Por conta disso, inicialmente, os membros da corte constitucional se viram diante da tarefa de tentar definir os contornos do conceito de vida, a fim de que pudesse ser verificado se o Estado-Legislator havia procedido dentro das balizas constitucionais ao regular o tema das pesquisas com células-tronco embrionárias. Ocorre que, mais uma vez, o ministro Gilmar Mendes chamou o debate para um contexto menos indefinido, em que o deslinde do controle de constitucionalidade seria tecnicamente possível segundo argumentos racionalmente verificáveis: o cumprimento, ou não, do dever de proteção.

Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infundável debate que se produziu sobre temas como aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões. Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, abstraindo-se a questão (sem resposta moralmente correta) acerca do termo inicial da vida, a premissa que deveria ser adotada é que a pesquisa com células embrionárias toca bem jurídico que deve ser protegido pelo Estado. Desta feita, a questão central que se colocava diante do plenário era se a regulação da pesquisa com células-tronco embrionárias, tal qual prevista no dispositivo legal combatido na ADI nº 3.510/DF, implicava meio de proteção eficiente do bem jurídico passível de ser tocado pela dita pesquisa.

Com isso, evitava-se o inconveniente de ter que fixar o termo inicial da vida e, com isso, lançar mão de um argumento que não poderia ser racionalmente verificado para fixar a constitucionalidade do dispositivo legal.

A preocupação do então ministro presidente, no sentido de não fixar expressamente o termo inicial da vida, uma vez que dita fixação, não seria sustentada sobre argumentos racionalmente verificáveis, é pertinente e, de fato, confirma-se na medida em que não há sequer possibilidade de consenso a seu respeito. Porém, partindo da ideia de que não se estava a tratar da proteção à vida, mas de um bem jurídico diverso, consistente no interesse social que recobre o embrião e sua potencialidade vital, o ministro presidente acabou

estabelecendo uma premissa exclusiva da concepção como termo inicial da vida. Mesmo que tal premissa também não se sustente sobre argumento racionalmente verificável, é certo que não serviria de base para um paradigma jurisprudencial tão amplo quanto aquele decorrente da fixação “do termo inicial da vida”. Afinal, afirmar o que ainda não é vida significa muito menos do que estatuir a partir de quando a vida se inicia.

O ministro Gilmar Mendes, à época presidente da corte, foi o último a votar, tendo sido voto vencido, uma vez que julgava improcedente o pedido, todavia conferindo interpretação conforme a Constituição ao texto legal. Sopesando os meios de proteção disponíveis ao Estado-Legislator, o presidente da corte chegou à conclusão de que a pesquisa com células-tronco embrionárias não conduziria à inobservância da vedação da proteção deficiente, desde que fosse submetida a controle de órgão ligado ao Ministério da Saúde.

Ainda que tenham votado em momento anterior ao presidente da corte e que, portanto, não tenham citado expressamente a proibição da proteção deficiente, os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau também sopesaram os meios de proteção. E sopesando, chegaram à conclusão de que somente poderia se falar de proteção eficaz do bem jurídico vida, se além de controle por órgão público e de outras providências, fosse garantido que, no transcorrer da pesquisa, os embriões não fossem destruídos. Os referidos ministros buscaram emprestar interpretação conforme a Constituição ao artigo 5º, da Lei nº 11.105/2005, excluindo a hipótese de pesquisas que envolvessem a destruição do embrião, além de terem inserido nessa interpretação a exigência de trâmites não expressos na lei para que se desse por constitucional uma dada pesquisa com células-tronco.

Tanto o ministro presidente, quanto os ministros que, com ele, formaram a minoria, acrescentaram elementos normativos ao texto da Lei nº 11.105/2005 por intermédio da interpretação conforme a constituição, uma questão que merecerá análise mais aprofundada no derradeiro capítulo deste estudo. Entretanto, e a esse respeito, é interessante registrar o argumento lançado pelo ministro Ricardo Lewandowski a respeito da postura adotada no seu voto, e nos demais votos da minoria, uma vez que revela nitidamente que a discricionariedade judicial é uma questão a ser discutida quando da integração do sistema legal após a verificação de inconstitucionalidade por deficiência de proteção:

Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do

conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa lei é extremamente vaga e foi formulada, *data vênia*, de forma tecnicamente imprecisa.

Os argumentos acima citados foram expostos pelo ministro Ricardo Lewandowski, logo após ter seu voto questionado pela ministra Ellen Gracie, a qual, com base no fato de haver apenas um registro de pesquisa cujo resultado apontava no sentido da viabilidade de extração de células-tronco sem eliminação do blastocisto e, conseqüentemente, sem a destruição do embrião, opôs-se à condicionante de constitucionalidade decorrente da interpretação conforme a constituição defendida pela minoria.

Daí se extraem duas conclusões.

Primeiramente, que a verificação de diagnósticos e prognósticos, mais uma vez, coloca-se como critério relevante a ser levado em consideração quando do sopesamento, afinal, a possibilidade, ou não, da preservação do blastocisto é matéria de fato, estranha ao direito e que se reveste de evidente complexidade técnica.

Além disso, e ainda mais importante, é a constatação de que, levada ao extremo, a integração do ordenamento jurídico pela via da interpretação conforme a constituição, em casos que envolvam a verificação de inconstitucionalidade por déficit de proteção, pode significar uma ameaça real ao modelo republicano e, em especial, aos preceitos que decorrem do artigo 2º, da Constituição Federal. A discricionariedade, quando da integração do sistema após o reconhecimento da inconstitucionalidade, culmina por tornar-se um sério problema quando se parte da premissa segundo a qual a corte constitucional assume papel de “protagonismo”, como mencionado pelo ministro Ricardo Lewandowski. É certo que, em se tratando de inconstitucionalidade por deficiência de proteção, se estará diante de circunstância em que o Estado agiu menos do que deveria e, portanto, omitiu-se em descompasso com a Lei maior. Dita omissão somente pode ser sanada com uma postura positiva do Poder Judiciário que inexoravelmente deverá atuar no sentido de integrar o sistema, conferindo ao bem jurídico deficitariamente protegido o resguardo que a Constituição recomenda. Todavia, com isso não se pode considerar que os princípios formais que estruturam o modelo republicano devem ser deixados de lado, ou que o texto legal não deva ser tomado em conta como paradigma para interpretação da norma, quando da determinação dos meios pelos quais a integração do ordenamento jurídico será levada a efeito em sede de controle de constitucionalidade.

Enfim, a substituição da discricionariedade legislativa pela judicial e as consequências deletérias que daí decorrem é matéria que merecerá especial atenção no capítulo que se segue. Fato é que, no caso específico da ação direta de inconstitucionalidade que versava a respeito do artigo 5º, da Lei nº 11.105/2005, a maioria dos ministros, dentre os quais o relator, simplesmente julgou improcedente o pedido, uma vez que, ainda que não tenham se referido expressamente à *untermassverbot*, sopesaram e concluíram que o meio de proteção estabelecido no dispositivo legal questionado não implicava inconstitucional omissão do Estado no que diz respeito à proteção do bem jurídico vida.

3 PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E AS PROMESSAS DA MODERNIDADE

A proibição da proteção deficiente desempenha um papel de singular importância na realização dos direitos fundamentais sob o prisma da concepção teleológica da Constituição Federal, segundo a qual a Lei Maior contém um projeto de futuro em que as promessas da modernidade serão cumpridas. Daí resulta a relevância da *untermassverbot*, não só no campo em que tradicionalmente se faz sentir, a dizer, dos direitos fundamentais de defesa. É imprescindível que, ao transportar o conceito originalmente alemão para o contexto periférico em que se insere o Brasil, seja reconhecida na proibição da proteção deficiente uma ferramenta de transformação da realidade segundo as necessidades da América do Sul e não da Europa.

É certo que, nessa tarefa de adaptação, devem ser observadas as cautelas pertinentes, a fim de que o conceito não seja desfigurado a ponto de perder seu sentido.

Além disso, em uma conjuntura política com histórico autoritário e conservador, o cuidado com os juízos discricionários envolvidos na verificação da (in)suficiência de proteção deve ser redobrado para que não se abra margem à arbitrariedade e, com isso, torne-se possível um retrocesso ao modelo de Estado Policial.

3.1 A Proibição da Proteção Deficiente e os Direitos Fundamentais Prestacionais

O dever de proteção enquanto desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais bem como a proibição da proteção deficiente como critério de verificação da constitucionalidade são conceitos, invariavelmente, relacionados com os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou de defesa.

Retomando as ideias já expostas ao longo do presente estudo, é possível firmar como premissa o fato de que os direitos fundamentais de primeira dimensão estão historicamente enraizados no alvorecer da modernidade e, de certa maneira, no primeiro vértice ideológico da Revolução Francesa: a liberdade.

A liberdade a que se referem os direitos fundamentais de primeira dimensão é aquela passível de ser exercida em face do Estado, uma conquista sem precedentes e de suma importância para a consolidação do que posteriormente viria a ser denominado Estado de

Direito, em especial se consideradas as feições ostentadas pelo modelo político do Antigo Regime.

Nesse contexto, a Lei enquanto baliza para a atuação do Estado se colocou como meio eficaz de fortalecimento da segurança jurídica, bem como serviu de ferramenta imprescindível à proscricção do arbítrio. É possível afirmar, sem receio, que, com o abandono do Antigo Regime e com a inauguração do modelo de Estado de Direito, traçaram-se os contornos modernos dos conceitos de Estado e de Cidadão.

Logo naqueles primeiros tempos da alforria do indivíduo, liberto da moldura social estática ligada ao modo de produção feudal, era natural que a preocupação se concentrasse em torno daquele que, antes, apresentava-se como inimigo da liberdade: o soberano. Ocorre que, inaugurada a modernidade, o soberano não era mais identificável com a figura do rei ou mesmo da nobreza, mas poderia ser facilmente relacionado à figura do Estado, posto que era ao Estado que incumbia o monopólio da violência legítima. Daí surge o liberalismo em resposta à contraposição do Estado ao Cidadão.

Como já mencionado, o liberalismo não correspondeu às expectativas decorrentes das ideias que inspiravam o iluminismo. A razão como critério de autogoverno não bastou à humanidade que, na primeira metade do século XX, mostrou ser capaz de cometer atrocidades sem precedentes. Diante disso, bem como em face do temor que tomou conta do ocidente quando da internacionalização da revolução bolchevique se apresentou como uma possibilidade real, inaugurou-se o Estado Social, modelo que caminhava segundo a orientação do segundo vértice da revolução de 1789: a igualdade.

A partir de então, e progressivamente, o Estado se afastou da postura de mero garantidor das regras do jogo para, ele próprio, assumir o papel de jogador, interferindo direta e indiretamente nos rumos tomados pela realidade social. Obviamente que, com isso, não foram abandonadas as conquistas do liberalismo. Ao contrário, o Estado seguiu desempenhando o papel de garantidor das regras, porém de forma diversa daquela tradicionalmente liberal, em que a abstenção era o norte da sua postura. De potencial inimigo dos direitos fundamentais, o Estado passa a ser um provedor dos meios para a fruição de tais direitos pelo indivíduo, inclusive em face de potenciais ameaças partidas de outros atores sociais. Enfim, a esse respeito já se discorreu suficientemente neste estudo, razão pela qual não há motivo para maiores delongas. Todavia, é necessário que se retomem as ideias do capítulo inicial a fim de que se possa estabelecer com segurança o paradigma segundo o qual

será realizada a análise da viabilidade de aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente aos direitos fundamentais prestacionais.

Tendo em conta que o fundamento ideológico principal do Estado Social é o conceito de igualdade, é interessante que se estabeleça, desde logo, um paralelo entre o conceito de igualdade e o de liberdade não-jurídica, tal como delineado por Robert Alexy e já referido no capítulo inicial deste estudo (vide 1.3).

Enquanto a lei e, portanto, o modelo de Estado de Direito, é, em tese, suficiente para que se garanta a liberdade jurídica, esta entendida enquanto permissão ou não vedação de um agir, o mesmo não pode ser dito em relação às liberdades não-jurídicas. Em relação a estas, como já referido, os obstáculos que eventualmente se interpõem entre o titular do direito e a realização deste direito são de ordem fática e não normativa. Como exemplo emblemático de uma liberdade não-jurídica pode ser apontada a própria igualdade, já que os empecilhos à sua realização não são normativos, mas fáticos. O mesmo pode ser afirmado a respeito da saúde e do meio ambiente hígido. A norma não esgota os meios necessários para a concretização do comando constitucional, ou seja, não basta a positivação do direito à saúde para que seu titular disponha dos meios materiais necessários a ser saudável.

Já o direito à vida, por exemplo, basta-se na própria norma, uma vez que ela, a norma, é suficiente para fazer com que, em regra, ninguém legitimamente suprima a vida de um dado indivíduo. Trata-se, o direito à vida, de um direito fundamental que tem como objeto uma liberdade jurídica.

Some-se a tais constatações o fato de que os direitos fundamentais, também como já indicado no capítulo inicial, têm por destinatário o Estado.

Daí se extrai que para cumprir o comando constitucional, a postura que o Estado deverá adotar variará conforme a natureza do direito fundamental de que se esteja tratando.

Cuidando-se de direitos fundamentais que contêm com objeto ligado à liberdade jurídica, exige-se do Estado, antes de mais nada, a abstenção, ainda que não somente isso.

O dever de proteção enquanto desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais exige que, a par da abstenção do Estado, este busque resguardar o bem jurídico núcleo do direito fundamental em face de terceiros. No caso da vida, por exemplo, a fim de que se desincumba do dever de proteção que recai sobre si, o Estado, além de não matar, deve garantir que não se morra pelas mãos de um terceiro. Seguindo no exemplo do direito à vida, o artigo 121, do Código Penal, pode ser apontado como um dos meios de que se valeu o Estado para dar cumprimento ao dever de proteção.

Entretanto, quando se está diante de direito fundamental cujo objeto se insere no âmbito de abrangência do conceito de liberdade não-jurídica, a questão não se afigura assim tão simples.

O titular de um direito fundamental prestacional pode socorrer-se do Estado para ver satisfeita sua pretensão ligada ao referido direito, sendo que, em resposta, o Estado deverá agir, prover, enfim, prestar. Em um caso tal a abstenção não é uma possibilidade.

Diante disso, é considerável a possibilidade de confusão entre a percepção que se tem do agir do Estado para cumprir sua função de destinatário dos direitos fundamentais e da postura por ele adotada no intuito de dar cumprimento ao dever de proteção que lhe é dirigido. Ambas se traduzem em um agir positivo o que, a princípio, poderia levar à equivocada conclusão de que o dever de proteção e a simples observância do direito fundamental se sobrepõem quando se está diante de direitos fundamentais prestacionais.

A mencionada conclusão tem raízes no fato de que, em alguns países, dentre os quais a Alemanha, os direitos fundamentais sociais não restaram positivados nas respectivas constituições. Desta feita, uma vez que foi justamente na Alemanha que, com Canaris, surgiu o conceito de *untermassverbot*, e que lá os direitos sociais não se fazem prever expressamente na Constituição, era natural que algumas dificuldades se interpusessem diante da tarefa de tratar da aplicação da proibição da proteção deficiente aos direitos prestacionais aqui no Brasil.

A esse respeito, é importante que se registre a lição de Jorge Reis Novais que, analisando a realidade constitucional portuguesa e brasileira, rejeita a adoção de uma teoria específica para o trato dos direitos fundamentais de defesa e de outra diversa para os prestacionais.⁵⁹ Isso porque tanto em Portugal quanto no Brasil, os direitos sociais foram positivados no texto da Lei Maior, tendo sido alçados à categoria de direitos fundamentais, juntamente com os denominados direitos de defesa.

O jurista português não pretende, com isso, que se ignorem as diferenças que separam as duas categorias de direitos fundamentais, diferenças estas que, evidentemente, não podem ser negadas sob pena de que se esvazie de sentido qualquer teoria que se pretenda aplicável aos direitos a que se atribui a natureza fundamental. Todavia, ainda que diferentes, direitos de defesa e prestacionais devem ser entendidos como integrantes de uma categoria que requer tratamento uniforme em contraposição à generalidade dos direitos.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis, *op.cit.*, p.254.

Assim, porque os direitos sociais são tão fundamentais quanto os direitos de liberdade, não se afigura adequado pretender que aqueles, ao contrário destes, não ostentem uma perspectiva objetiva e, com ela, não sejam objeto de um dever de proteção dirigido ao Estado.

É certo que o dever de proteção, assim como a utilização da proibição da proteção deficiente enquanto ferramenta de verificação de constitucionalidade deverão ser tomados com as devidas cautelas no que tange aos direitos fundamentais prestacionais. Entretanto, o fato de na Alemanha não haver rol expresso de direitos sociais positivado na Constituição, por si só, não implica a inviabilização da aplicação do conceito de *untermassverbot* no Brasil, em que a saúde, a educação e o trabalho dividem o mesmo espaço de fundamentalidade que a vida, a liberdade de expressão e de locomoção.

A proibição da proteção insuficiente, como referido no primeiro capítulo, é princípio, uma vez que demanda sopesamento para sua aplicação no caso concreto. Serão trazidos ao sopesamento diversos meios de proteção disponíveis ao Estado, sendo que os critérios de aferição da proporcionalidade em sentido estrito guardarão estreita relação com os objetos de direitos fundamentais tocados pelo meio de proteção selecionado.

Atente-se, a esse respeito, que a proibição da proteção deficiente é princípio instrumental, ou seja, integra categoria de princípios diversa daquela composta pelas normas-regra e normas-princípio de direitos fundamentais. Sendo assim, é importante que se mantenha em foco que não haverá sopesamento entre meio de proteção e direito fundamental, ainda que quando da verificação da adequação do meio de proteção seja de crucial importância a definição da esfera de abrangência dos direitos fundamentais, em especial daquele que se busca proteger e daquele que será afetado pelo meio de proteção eleito.

Tendo havido uma análise pormenorizada da utilização da proibição da proteção deficiente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (vide 2.4), revela-se oportuno retomar alguns dos exemplos reais já mencionados para o estudo do citado conceito no que concerne aos direitos fundamentais prestacionais.

Na ADI nº 3.510/DF, em que se discutia a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, referiu-se a um sopesamento levado a efeito entre os meios de proteção selecionados pelo Estado-Legislator e outros sugeridos pelos ministros da corte constitucional. Por ocasião do referido sopesamento, a seleção dos meios de proteção do embrião enquanto potencialidade vital tocava, dentre outros, o direito à liberdade de pesquisa científica e o direito à saúde.

Tomando-se por base que a saúde é objeto de um direito fundamental social e que integrou o processo de sopesamento de vários meios de proteção, é de se concluir que ela, a saúde, também se insere na esfera de abrangência da proibição da proteção insuficiente. Se porventura não fosse possível aplicar a vedação da proteção deficiente à saúde, o direito fundamental que a tem por objeto jamais poderia ser levado em consideração juntamente com os meios de proteção que eram sopesados. Isso porque acaso fosse negado ao direito à saúde uma perspectiva objetiva e, conseqüentemente, o dever de proteção que daí decorre, eventual conflito entre o meio de proteção e o direito fundamental social seria resolvido não pelo sopesamento, mas pela simples subsunção: se o meio de proteção escolhido pelo Estado-Legislator afetasse de qualquer forma o direito fundamental à saúde, sempre haveria uma antinomia em relação à Constituição.

Se o sopesamento é necessário para que se encontre o equilíbrio da proporcionalidade entre proibição de excesso e proibição de deficiência de proteção, é porque as normas-princípio sopesadas, ou os meios de proteção que tocam essas normas ostentam uma perspectiva objetiva e são abrangidas pelo dever de proteção.

No caso específico do exemplo citado, se eliminada por completo a possibilidade legal de realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, o direito à saúde poderia deixar de ser realizado na extensão que a Constituição recomenda. Daí surge uma questão de extrema relevância para o tema que ora se analisa: com a vedação da pesquisa seria verificada a deficiência de proteção ou a simples inobservância do direito fundamental à saúde?

A viabilização normativa da pesquisa com células-tronco não pode ser considerada uma prestação dirigida ao titular do direito à saúde. Aliás, permitir que se realize a pesquisa é postura visceralmente ligada à ideia de liberdade jurídica e à instituição de competências, porém não do titular do direito à saúde, e sim da indústria farmacêutica ou mesmo do próprio Estado-Administração por meio de seus órgãos ligados à inovação tecnológica.

Não há dúvida de que, com a permissão da pesquisa, se criam meios eficazes para a observância do direito à saúde de alguém cujo tratamento dependa do resultado de tais estudos científicos. Porém, entre a permissão da pesquisa e a prestação consistente na observância do direito à saúde há apenas e tão somente uma relação indireta.

Outra característica da permissão da pesquisa com células-tronco que assume especial relevo é o fato de que não se sabe, ao menos não ao certo, qual será exatamente o reflexo da sua realização sobre a gama de tratamentos disponíveis às pessoas acometidas por enfermidades. É nítido que ao permitir a realização dos estudos envolvendo as células-tronco,

o Estado adotou postura preventiva, antevendo o possível, porém não certo, incremento dos meios terapêuticos de uma série de doenças. A condição de medida preventiva, aliada ao fato de que o destinatário da ampliação da liberdade jurídica não é o titular do direito à saúde situam a permissão da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias no alcance do dever de proteção.

Sendo assim, se porventura restasse eliminada por completo a possibilidade legal de pesquisas com células-tronco embrionárias, a proibição da proteção insuficiente seria trazida à discussão, não em relação à vida ou ao embrião enquanto potencialidade vital, mas em relação ao direito à saúde.

As críticas à aplicabilidade do conceito de proibição da proteção deficiente aos direitos prestacionais se concentram na preocupação de que a simples prestação ligada ao direito em questão se confunda com o cumprimento do dever de proteção, sendo este tradicionalmente considerado um desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Na verdade, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) passou a ser entendido como o outro lado da proteção dos direitos fundamentais, isto é, enquanto os direitos fundamentais, como direitos negativos, protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger os indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal. Conforme lembra Dieter Grimm, na Alemanha os deveres de proteção são considerados a contraparte da função negativa dos direitos fundamentais. Isso explica por que o dever de proteção não pode ser visto como outra palavra para os direitos econômicos e sociais. O *Schutzpflicht* tem a função de proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, das liberdades tradicionais.⁶⁰

Se por um lado não se pode concordar com a exclusão dos direitos sociais da esfera de abrangência do dever de proteção, por outro viés, há que se ressaltar que Lênio Streck está certo quanto ao fato de o dever de proteção ter sido inicialmente entendido como contraparte da função negativa dos direitos fundamentais. Também lhe assiste total razão ao afirmar que dever de proteção e direitos prestacionais não se confundem.

Como já referido, na Alemanha, os direitos sociais não estão positivados na Constituição, então, nada mais natural do que lá, onde não se têm os direitos de segunda

60 STRECK, Lenio Luiz. *O Dever de proteção do Estado*. op.cit., p.6.

dimensão positivados no rol de direitos fundamentais, o conceito de dever de proteção ser levado em consideração apenas e tão somente no tocante aos direitos fundamentais negativos, ou de defesa. Quanto à possível confusão entre dever de proteção e direitos prestacionais, a exposição da questão com base no exemplo da ADI nº 3.510/DF foi bastante útil, uma vez que restaram destacadas as diferenças entre a observância, pelo Estado, do direito fundamental prestacional em relação ao seu titular, e o cumprimento do dever de proteção ligado a esse direito.

Nesse ponto, há que ser retomada, mais uma vez, a diferenciação levada a efeito no primeiro capítulo entre dever de proteção e direito subjetivo à proteção (vide 1.2).

Tratando-se de direito fundamental prestacional, não será possível identificar um direito subjetivo à proteção, uma vez que o cumprimento do imperativo de tutela (que segundo as premissas adotadas neste estudo não se confunde com dever de proteção) certamente acarretará o puro e simples atendimento ao direito fundamental em questão, ou seja, consistirá na própria prestação. Exemplificando: negado acesso a um dado fármaco necessário para o tratamento de uma doença específica, o titular do direito à saúde não precisará invocar a proibição da proteção deficiente para ver resolvida a questão, uma vez que, na verdade, o que estará ocorrendo é pura e simples inobservância direta de seu direito subjetivo fundamental. Para tanto, basta verificar que acaso judicializada uma questão semelhante a do exemplo, o provimento jurisdicional imporá ao Estado-Administração uma obrigação de fazer, ou seja, uma prestação. Pois essa prestação é justamente aquela que deveria servir de meio para a observância do direito à saúde titularizado pelo indivíduo.

Ocorre que não se chega à mesma conclusão quando se toma por base o dever de proteção objetivamente considerado.

No exemplo da ADI nº 3.510/DF, a diferença entre a prestação referente à observância ao direito à saúde não se confunde, em absoluto, com o cumprimento do dever de proteção direcionado ao Estado. Da análise feita sobre o mencionado precedente, conclui-se que o dever de proteção objetivamente considerado é perfeitamente verificável quando se está diante de direitos prestacionais, dentre os quais o direito à saúde. Na situação envolvendo as pesquisas com células-tronco, a ampliação das competências e a instituição de uma liberdade jurídica não se dirigiam ao titular do direito à saúde, mas a terceiros que, de certa maneira, interferem na observância daquele direito fundamental por parte do Estado.

O mesmo pode ser afirmado em relação à educação quando o Estado-Administração cria quotas raciais para acesso ao ensino superior, já que as ações afirmativas não se dirigem

especificamente àquele ou este integrante da minoria, mas aos órgãos de ensino e à coletividade componente de uma dada etnia que historicamente tenha sido deixada em posição social desvantajosa.

Percebe-se, então, que, em se tratando de direitos prestacionais, de fato, não há que se falar em direito subjetivo à proteção, este sendo uma decorrência do imperativo de tutela (vide 1.2). A tutela, no caso, a prestação, é justamente o comando que decorre do direito fundamental prestacional, razão pela qual, no que tange a tais direitos, existirá apenas o dever de proteção enquanto desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mas não um direito subjetivo à proteção como se dá com os direitos fundamentais de defesa.

Além dos argumentos acima apontados, a aplicabilidade da proibição da proteção deficiente aos direitos prestacionais se sustenta, também, no fato de que a Constituição da República traz mandados de criminalização que visam resguardar bens jurídicos que integram o objeto dessa classe de direitos fundamentais. Levando-se em conta, tal como já exposto (vide 1.3), que a criminalização de condutas, ao lado da instituição de competências e de prestações positivas, serve ao propósito de proteger bens jurídicos tutelados por direitos fundamentais, não há como negar que o dever de proteção também abrange os direitos prestacionais.

Aqui reside mais um motivo que, talvez, tenha levado boa parte da doutrina a orientar seu entendimento no sentido da restrição de aplicabilidade da proibição da proteção deficiente apenas e tão somente aos direitos de defesa, deixando de fora os direitos fundamentais prestacionais.

Tanto na Alemanha, onde o conceito de *untermassverbot* surgiu, quanto na Espanha, em que foi utilizado como *ratio decidendi* pela corte constitucional daquele país, as constituições não contam com mandados de criminalização com as mesmas feições encontradas na Constituição brasileira. No que tange ao aborto, tal constatação é evidente, haja vista que, no precedente pioneiro para o conceito em estudo, o Tribunal Constitucional Federal não se ateve apenas à verificação da intensidade de criminalização da interrupção da vida intrauterina, mas se debruçou, também, sobre a questão da própria utilização do Direito Penal para a proteção do referido bem jurídico. O mesmo ocorre no Brasil em relação ao aborto, entretanto, no tocante ao crime de tráfico, como já mencionado (vide 2.3), existe sim um mandado de criminalização, o que culmina por reduzir sobremaneira a margem de discricionariedade do Estado-Legislator no que toca à eleição dos meios de proteção a serem utilizados.

Acontece que o mandado de criminalização contido no artigo 5º, inciso XLIII, não se encontra solitário no texto constitucional.

O artigo 225, §3º, da Constituição da República, também contém um mandado de criminalização, estatuído nos seguintes termos: *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

O direito ao meio ambiente hígido é considerado integrante da categoria de direitos fundamentais de terceira dimensão, trata-se, portanto, de um direito fundamental prestacional. O fato de haver no texto constitucional um mandado de criminalização referente ao objeto de um direito fundamental prestacional conduz à conclusão, juntamente com os demais argumentos já indicados neste tópico, de que, realmente, tais direitos se situam na esfera de abrangência do dever de proteção e que, com isso, ostentam uma perspectiva objetiva tal como seus congêneres integrantes da categoria de direitos de defesa.

No tocante ao mandado de criminalização contido no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, é de se registrar que se não se afigura tão incisivo quanto aquele contido no artigo 5º, inciso XLIII, é certo que retira do campo de discricionariedade do Estado-Legislator a possibilidade de eliminar por completo a proteção que propicia o Direito Penal ao meio ambiente. Diferente do que ocorre com o mandado de criminalização referente ao tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e crimes hediondos, o comando relativo ao meio ambiente deixa a cargo do legislador selecionar quais condutas lesivas ao ambiente hígido devem ou não ser alvo de criminalização. Porém, não se pode negar que do texto do artigo 225, §3º, da Constituição da República exsurge a vedação ao abandono completo do Direito Penal enquanto meio de proteção.

Pois é justamente a seleção que será levada a efeito pelo Estado-Legislator a respeito de quais condutas lesivas ao meio ambiente, assim como de qual intensidade de intervenção penal será utilizada, que poderá, eventualmente, ser analisada pelo prisma da proibição da proteção deficiente e sob a luz da proporcionalidade.

Diante das questões acima apontadas, não se pode considerar a proibição da proteção deficiente como sendo um critério de aferição da constitucionalidade restrito apenas aos direitos fundamentais de primeira dimensão. Não há dúvidas a respeito da viabilidade de transposição do conceito de proibição de proteção insuficiente para o contexto jurídico brasileiro. Todavia, uma vez introduzido na conjuntura do Brasil, o conceito deve amoldar-se ao meio que o acolheu. O Brasil não é a Espanha e, certamente, não é a Alemanha, países

centrais, em que a modernidade chegou de fato há muito e onde as promessas que a acompanhavam têm sido cumpridas sem boa parte dos percalços encontrados no Brasil. Aqui, o fato de os direitos sociais terem sido positivados no texto constitucional é revelador do estágio em que o país se encontra na realização do modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Sem que se conte com a vedação da proteção deficiente como argumento de controle de constitucionalidade das posturas do Estado-Legislator e do Estado-Administração, é certo que o Brasil se deterá por um período mais longo do que o desejado neste mesmo estágio em que se encontra.

De toda sorte, é importante que se mantenha em mente a diferença entre o dever de proteção e a prestação objeto do direito fundamental, assim como não se pode confundir a proteção deficiente com a simples inobservância de um direito social.

3.2 Discricionariedade Judicial e Integração do Ordenamento Jurídico Deficitariamente Protetivo

Levando-se em consideração as características estruturais dos direitos prestacionais, bem como as peculiaridades atinentes ao dever de proteção, é possível identificar uma semelhança entre ambos, ainda que, como apontado no tópico precedente, sejam conceitos que não se confundem.

Tanto no tocante ao dever de proteção, quanto no que diz respeito aos direitos fundamentais prestacionais, a postura que deve ser adotada pelo Estado é de ordem positiva, ao contrário do que ocorre quando se está diante de um direito de defesa, em que a abstenção será o meio de cumprimento do dever imposto ao destinatário do direito fundamental. Desta feita, tratando-se de um dever de agir positivo, a discricionariedade entra em pauta.

A esse respeito, é interessante mencionar um exemplo singelo de que se socorre Robert Alexy ao tratar da discricionariedade na eleição dos meios de atuação do Estado. A situação hipotética a que se refere o exemplo de Alexy envolve uma pessoa que se afoga em um lago. Diante de tais circunstâncias, o agente encarregado de salvá-la pode optar entre lançar-lhe uma corda, buscá-la com um bote, ou nadar até ela para trazê-la nos braços. Os três meios, em tese, revelam-se idôneos para atingir o fim, a dizer, o salvamento da pessoa que se

afoga. Sendo assim, não é exigível que o salva-vidas lance mão dos três meios, mas que atinja o fim, ou seja, que salve a pessoa que se encontra em perigo.⁶¹

Situações como a que se refere o exemplo de Robert Alexy serão frequentes quando se estiver diante de comandos constitucionais que impliquem postura positiva do destinatário dos direitos fundamentais (Estado).

Incumbirá ao Estado definir os meios pelos quais cumprirá o comando constitucional, seja ela oriundo de um direito fundamental social, seja um desdobramento da perspectiva objetiva de um direito fundamental de defesa. É certo que em tais circunstâncias, como já referido, o sopesamento entre a diversidade de meios será necessária sempre que a eleição de um dado meio acarrete interferência na esfera de alcance de direitos fundamentais.

O sopesamento entre a diversidade de meios se dá com base em diagnósticos da realidade e prognósticos que daí decorrem, então a questão acerca de quem, dentro da estrutura do Estado, conta com legitimidade para diagnosticar e, na sequência, sopesar, vem à discussão.

Em regra, tomando-se por paradigma o modelo de Estado Democrático de Direito, toca ao Estado-Legislador proceder aos diagnósticos da realidade e à seleção dos meios pelos quais serão cumpridos os mandados contidos na Constituição. Cuida-se de uma decorrência dos princípios formais que exsurtem do Estado Democrático de Direito e da estrutura republicana sobre a qual se sustenta o mencionado modelo de estado. Segundo os princípios formais que servem de parâmetro para a atuação do Estado, é o Poder Legislativo que conta com a margem de discricionariedade para decidir qual meio deve ser adotado para que se atinjam os fins estabelecidos na constituição, uma vez que o exercício de sua atividade-fim encontra respaldo na legitimidade conferida pelo voto popular.

A carga política da discricionariedade na eleição dos meios é evidente, uma vez que os parlamentares são escolhidos pelo voto popular segundo as ideias que defendem durante o pleito eleitoral e que, de certa maneira, se sagram preponderantes segundo a regra majoritária que orienta o conceito de democracia em sentido amplo.

Por outro viés, também como já mencionado alhures, a opção por um dado meio adotado pelo Estado-Legislador não se mostra infensa à sindicabilidade do Estado-Juiz. A legitimação decorrente do voto popular não pode, em absoluto, colocar-se como empecilho à

⁶¹ ALEXY, Robert. *On Constitutional Rights to Protection*. *Legisprudence*, V.3, nº 1, 2009, p.5.

verificação de compatibilidade entre a seleção do meio levada a cabo pelo parlamento e a norma constitucional e, em especial, a norma constitucional revestida de fundamentalidade.

Pretender o contrário significaria deixar aberto o caminho para que a democracia degenerasse para a tirania da maioria⁶², contra a qual a atuação do Estado-Juiz é de fundamental importância. Em relação à interação entre os conceitos de democracia e direitos fundamentais, Fernando de Brito Alves enuncia que

A despeito das ressalvas já realizadas sobre a gênese dos direitos fundamentais (diversa da democracia) e ao caráter elíptico da democracia, de ser ao mesmo tempo, condição de possibilidade dos direitos fundamentais e direito fundamental em sentido estrito, é de se considerar que, quando tomados sob aspectos estritamente organizacionais, os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia em contraposição aos direitos políticos, sua dimensão meramente formal, porque incorporam valores mais importantes, que são seus pressupostos.⁶³

No exercício da jurisdição constitucional, os direitos fundamentais servirão de limitação intransponível ao exercício da discricionariedade legitimada pelo voto popular, a qual encontra respaldado na regra majoritária.

Percebe-se que há verdadeira relação de tensão entre os preceitos que decorrem dos princípios formais e o papel dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito a situações que revelam incertezas acerca dos diagnósticos e prognósticos da realidade. Ditas situações são, sem dúvida, a regra na atuação do Estado-Legislator e do Estado-Juiz, já que questões envolvendo premissas certas e inquestionáveis são raras e, além disso, geralmente dispensam qualquer sopesamento para que se chegue a uma conclusão racionalmente verificável.

Inicialmente, dadas as características de que se reveste o Estado Democrático de Direito, os princípios formais, em regra, devem prevalecer em circunstâncias que revelem incerteza. Sendo assim, havendo uma opção legislativa em um dado sentido, ainda que não se tenha certeza a respeito da idoneidade dos diagnósticos de que o legislador lançou mão, deve se presumir que agiu bem, ou em compasso com as balizas constitucionais que limitam sua atividade.

⁶² ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martinsfontes, 2010, p.12.

⁶³ ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013, p.130.

Todavia, em situações que envolvam opções legislativas que impliquem interferência na esfera de abrangência dos direitos fundamentais, a solução não poderá ser simplesmente a mesma, posto que a incerteza dos diagnósticos poderá levar a atuação do Estado-Legislator para além dos limites intransponíveis estabelecidos pelos direitos fundamentais. Nesse sentido, Robert Alexy esclarece que

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo “princípio procedimental”. Enquanto princípio procedimental, ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado. Decisões como a proibição ou permissão de produtos derivados de *cannabis* são relevantes para a comunidade. Se a decisão sobre essa questão depende de avaliações empíricas, a competência decisória do legislador, exigida *prima facie* pelo princípio formal, inclui a competência para decidir sobre ela também nos casos de incerteza. Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental. Este último exclui *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas; o primeiro requer *prima facie* exatamente esta competência.⁶⁴

Nota-se que a incerteza é pauta necessária para que se defina em que termos deverá se dar a atuação do Estado-Legislator e do Estado-Juiz.

Mais uma vez se revela a dificuldade de se tomar por premissa um modelo teórico que entenda como real a possibilidade de obtenção de uma única resposta correta oferecida pela escorreita compreensão do sistema de normas. Ainda que se supusesse possível extrair do ordenamento jurídico apenas uma resposta considerada adequada, é certo que o próprio ordenamento jurídico se sustenta sobre espaços intermitentes de certeza que flutuam sobre um grande campo de incertezas. A certeza jurídica, ainda que improvável, pode até ser tida por possível, porém o mesmo não se pode afirmar acerca da realidade a que se refere o direito.

Em um contexto de incerteza acerca de diagnósticos e prognósticos utilizados para o sopesamento entre meios jurídicos disponíveis ao Estado-Legislator, quem fará prevalecer o direito fundamental sobre os desdobramentos dos princípios formais será o Estado-Juiz, e é justamente desta possibilidade, do decote do alcance da discricionariedade do Estado-Legislator, que decorre o caráter contramajoritário da atuação do Poder Judiciário.

64 ALEXY, Robert. *Teoria*. op.cit., p.615.

Da relação de tensão entre direitos fundamentais e princípios formais do Estado Democrático de Direito, pode ser adotada uma diversidade de posturas que vai da plena prevalência dos direitos fundamentais à intangibilidade dos princípios formais, sendo certo que nenhum dos extremos se afigura adequado.

A prevalência absoluta dos princípios formais conduziria à inviabilização do controle judicial das opções levadas a efeito pelo Estado-Legislator, ou mesmo do exercício do poder discricionário do Estado-Administração na formulação de políticas públicas.

A respeito da atuação discricionária do Estado-Administração, há que se relembrar de que não é somente ao Estado-Legislator que se dirige o dever de proteção dos direitos fundamentais, tal como já exposto no capítulo inicial deste estudo. A lei não pode prever abstratamente todas as circunstâncias do universo de possibilidades fáticas, razão pela qual, por vezes, é necessário que se deixe a critério do administrador a definição do “quando” e do “como” agir. Essa margem decisória é bem característica do processo de tomada de decisões no que concerne à formulação de políticas públicas.

A sistemática do Estado Democrático em que se vive no Brasil, no tocante ao Estado-Administração, contempla um processo de escolha de representantes que, na qualidade de administradores e chefes do poder executivo dos respectivos entes federados, devem definir quais as prioridades de investimento das receitas públicas. Em tese, essas prioridades deveriam ser traduzidas em políticas públicas afinadas com o arcabouço ideológico do partido político a que pertence o representante eleito, no entanto, o que se observa na prática é que a interação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sob o prisma do presidencialismo de coalizão⁶⁵, acaba restringindo a tomada de posições ideologicamente claras pelo membro do Poder Legislativo individualmente considerado, o qual, invariavelmente, vota por questão de disciplina devotada às suas lideranças.

Também é perceptível no agir cotidiano do Estado-Legislator o receio que toma os membros dos parlamentos em assumir posições claras em relação a matérias que geram grande controvérsia na sociedade. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o seu reconhecimento como unidade familiar, por exemplo, foi uma questão que acabou sendo resolvida pelo Estado-Juiz no julgamento do ADPF nº 132/RJ.

O receio dos parlamentares em face de uma discussão que toque questões delicadas se sustenta, muito provavelmente, nos reflexos que a tomada de posição gerará nas eleições.

⁶⁵ LIMONGI, Fernando; e FIGUEIREDO, Argelina. **Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão**. Revista Lua Nova, nº 44, 1998, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>>, acesso em 29/07/2013.

Assim, torna-se muito mais cômodo que o trato de tais matérias, muitas delas atinentes à eficácia de direitos fundamentais como foi o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, seja tacitamente delegado ao Estado-Juiz, que conta com membros não eleitos. Acerca dessa peculiaridade, também perceptível no Congresso dos Estados Unidos, John Hart Ely conclui de forma bem humorada que

O problema parece ser mais fundamental: talvez não esteja na tendência de tomar decisões politicamente controversas sem explicar os motivos ao povo, mas sim na tendência de *não tomar* decisões politicamente controversas – e deixa-las, em vez disso, a cargo de outros, em sua maioria pessoas que não são nem eleitas nem controladas de modo eficaz pelas que são eleitas. Se conseguirmos fazer com que nossos legisladores efetivamente legislem, teremos uma compreensão bem clara de seus objetivos. Não estou afirmando que com isso não teremos mais um bom número de palhaços no Congresso; mas pelo menos poderemos dizer que, se os legisladores são palhaços, é isso que merecemos.⁶⁶

De toda sorte, no tocante às opções legislativas e administrativas dos órgãos de poder, é importante que se mantenha em foco que a prevalência absoluta dos princípios formais, tornando tais opções imunes à sindicabilidade judicial, culmina por fazer ruir o modelo de Estado Democrático de Direito, além de congelar a evolução social no sentido da concretização das promessas da modernidade, principalmente em relação aos indivíduos desprovidos de voz no contexto político (minorias). Isso porque, não raras vezes, as opções legislativas, ou mesmo aquelas adotadas pelo Estado-Administração, sustentam-se sobre demandas ligadas a benefícios meramente eleitorais e necessidades decorrentes de acordos firmados entre representantes e representados, que não se coadunam com a extensão que a Constituição empresta à esfera de abrangência de direitos fundamentais prestacionais e do dever de proteção. A esse respeito, Dieter Grimm alerta que

Los acuerdos entre el Estado y los privados tienen, como las leyes a las que sustituyen, efectos generales. Pero a diferencia de las leyes, no tienen como origen el debate general y la participación universal. El sistema de negociación premia a los intereses que ya son poderosos. Tales intereses fomentan la estructura existente de privilegios. (...) Víctimas resultan ser, sobre todo, los sectores de la población que, sin haber participado em las negociaciones, se ven afectados por el objeto de los acuerdos.⁶⁷

⁶⁶ ELY, John Hart. op.cit., p.179.

⁶⁷ GRIMM, Dieter. op.cit., p.18-19.

A imunidade das leis e atos administrativos discricionários ao controle judicial e, em especial, ao exercício da jurisdição constitucional, conduz, portanto, à inexorável manutenção do *status quo*.

A princípio, a discricionariedade que recai sobre os ombros dos chefes do Poder Executivo, ou seja, a definição de quais políticas públicas serão implementadas e quais serão deixadas em segundo plano, decorre de escolhas políticas feitas pelos cidadãos, por meio de eleições democráticas de seus representantes, assim como também ocorre em relação aos parlamentares por meio de quem age o Estado-Legislator.

Ocorre que ditas políticas públicas, com frequência, mostram-se estreitamente conectadas à concretização de direitos fundamentais, principalmente os prestacionais, além de consistir em meio para o cumprimento do dever de proteção. Partindo-se da premissa de que as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (art.5º, §1º, da CF), o espaço para o exercício da discricionariedade se retrai, na medida em que todos os direitos sociais devem ter políticas públicas de efetivação que lhes sejam correspondentes, o mesmo podendo ser dito a respeito do dever de proteção. Referida conclusão se mostra problemática em um cenário de escassez de recursos, em que o Estado-Legislator e o Estado-Administração não dispõem dos meios materiais suficientes para a implementação de políticas públicas necessárias à efetivação plena de todos os direitos fundamentais.

Daí decore que, diante de uma omissão do Estado, ou até mesmo de uma política pública que não atenda ao objetivo de tornar plenamente eficaz um direito fundamental de prestação, sua postura pode ser sindicada por intermédio da intervenção judicial.

Dita possibilidade, a dizer, de intervenção judicial, rende ensejo a aproximação do outro extremo do espectro de possibilidades resultantes da relação de tensão entre princípios formais e direitos fundamentais em situações envolvendo incerteza de diagnósticos e prognósticos.

A atuação do Poder Judiciário na verificação das opções do Estado-Administração e do Estado-Legislator no que diz respeito aos meios de cumprimento do dever de proteção deve ser analisada sob a luz dos preceitos originários do modelo republicano, bem como em atenção ao teor do artigo 2º, da Constituição Federal.

Para que não se comprometa o Estado Democrático de Direito, é imprescindível que o Estado-Juiz não se afaste de sua característica mais relevante segundo a distribuição do

exercício da soberania, a dizer, a jurisdição contramajoritária, exercida em observância à separação dos Poderes e sua harmoniosa convivência.

Pretender que os direitos fundamentais serviriam, por si, para justificar a prevalência do sopesamento levado a efeito no controle de constitucionalidade judicial sobre aquele conduzido no parlamento ou mesmo pelo Estado-Administração na definição de suas políticas públicas, significaria reduzir a praticamente zero o espaço para o exercício da discricionariedade dos órgãos de poder legitimados pelo voto popular, com isso esvaziando por completo os princípios formais que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Em face disso, preocupa a ideia de protagonismo do Estado-Juiz em um palco onde não deveria haver coadjuvantes. Nesse ponto é interessante relembrar o já citado pronunciamento do ministro Ricardo Lewandowski quando de seu voto no julgamento da ADI nº 3.510/DF (vide 2.4).

Posicionar o Estado-Juiz na condição de protagonista significa destituí-lo da capacidade de ser contramajoritário sem ser tirânico.

O desafio que se coloca diante do Poder Judiciário consiste em encontrar o equilíbrio entre os dois extremos, sendo que Robert Alexy indica um vetor de orientação para a atuação do Estado-Juiz segundo o método do sopesamento: *Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.*⁶⁸

A mesma regra pode ser adaptada para o dever de proteção e a eleição dos meios pelo Estado-Legislator para vê-lo cumprido. No caso do dever de proteção, além do grau de interferência do meio de proteção eleito pelo legislador na esfera de abrangência de outros direitos fundamentais, deverá ser verificado o nível de proteção de que necessita o direito fundamental ameaçado, sopesando-se os diversos meios disponíveis para aquela dada situação, conforme já exposto no capítulo inicial deste estudo (vide 1.5).

Trazendo a teoria para a prática, é interessante retomar os exemplos reais sobre os quais a jurisprudência já se debruçou.

Na questão do aborto, o Tribunal Constitucional Federal sopesou o meio de proteção consistente no mero aconselhamento, em relação ao direito fundamental relativo à preservação da vida intrauterina (objeto da proteção), bem como em atenção à interferência que a criminalização da interrupção da gestação acarretaria à liberdade individual de terceiros.

68 ALEXY, Robert. *Teoria*. op.cit., p.616.

À época, reflexivamente, perguntou-se: o aconselhamento serviria ao propósito de proteger a vida intrauterina?

A resposta (aparentemente óbvia) foi negativa.

Pois bem, seguiu-se com a seguinte indagação: o grau de incerteza da eficácia da criminalização é inaceitável se considerada a necessidade de proteção do bem jurídico fundamental (vida intrauterina)?

A resposta (não tão óbvia) também foi negativa como já se expôs.

O método para que se chegasse à resposta negativa foi o sopesamento entre os meios de proteção, principalmente entre a criminalização e o aconselhamento, sendo que diante das peculiaridades do caso e, em especial, do grau de incerteza do prognóstico consistente na eficácia do aconselhamento, deliberou-se pela inconstitucionalidade da norma legal que descriminalizava a conduta.

O mesmo raciocínio pode ser adotado em relação aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao artigo 28, da Lei nº 10.826/03, norma esta questionada por meio da ADI nº 3.112/DF, o Supremo Tribunal Federal analisou o grau de certeza revelado pelos diagnósticos e prognósticos de que lançou mão o Estado-Legislator para vedar a aquisição de armas de fogo por menores de 25 anos, cotejando-o com o nível de interferência na liberdade e no direito de propriedade. Na ocasião, chegou-se à conclusão de que o Estado-Legislator sopesou bem e agiu proporcionalmente ao escolher o meio de proteção consistente na limitação etária para aquisição de arma de fogo.

O referido precedente se mostra útil para que se analise o sopesamento sendo realizado na prática, bem como a relevância do grau de certeza dos diagnósticos da realidade no processo de verificação da constitucionalidade segundo a régua da proibição da proteção insuficiente.

Porém, suponha-se que, ao invés de 25 anos, o Estado-Legislator tivesse fixado a idade mínima de 65 anos para a aquisição de arma de fogo. Evidentemente a conclusão do Supremo Tribunal Federal teria sido diversa. O grau de certeza do prognóstico, consistente na eficácia da proteção à segurança, seria nitidamente questionável, não se afigurando bastante a justificar tamanha interferência na liberdade e no direito de propriedade. O meio escolhido pelo legislador teria sido considerado inconstitucional por violação à proibição de excesso.

Mas e diante de tal conclusão, qual deveria ser a postura do Supremo Tribunal Federal?

Em tais circunstâncias, simplesmente declarar a inconstitucionalidade da norma em que restou fixada a idade mínima de 65 anos para aquisição de arma de fogo conduziria a nova inconstitucionalidade, não por excesso, mas por omissão.

A esse respeito, é de se destacar que se o Supremo Tribunal Federal considerou adequada a proteção conferida pelo artigo 28, do Estatuto do Desarmamento, no qual se fixou o limite de 25 anos para a aquisição de armas de fogo, por óbvio que suprimir totalmente a limitação etária conduziria a uma situação de nítida inobservância da proibição da proteção deficiente em relação à segurança pública.

O vácuo deixado pela hipotética declaração de inconstitucionalidade do meio excessivamente interventor nos direitos fundamentais à liberdade e de propriedade deveria ser preenchido de uma maneira tal que restasse observada a proibição da proteção deficiente da segurança pública. Uma tarefa que originalmente se insere na esfera de atribuição do Estado-Legislator acabaria recaindo sobre os ombros do Estado-Juiz, que se veria obrigado a preencher uma lacuna no ordenamento jurídico, proferindo uma decisão aditiva.

Dado o modelo republicano adotado pelo Estado Democrático de Direito, a prolação de sentenças aditivas deve ser considerada uma exceção à regra. Pretender o Poder Judiciário como protagonista significa destituí-lo de sua capacidade de ser contramajoritário sem ser tirânico, tal como já mencionado.

Diante disso, quando da prolação de sentenças dessa natureza, é mister que sejam observadas algumas cautelas, de modo que não reste prejudicada a separação e harmonia entre os três poderes determinadas no artigo 2º, da Constituição Federal. A esse respeito, Georges Abboud aponta duas condições de possibilidade para a prolação de decisões aditivas pelo Estado-Juiz, quais sejam, a prévia declaração de inconstitucionalidade e a vinculação da decisão aditiva ao texto constitucional:

A decisão com efeito aditivo que corrige e reescreve o texto legal necessita de dois requisitos fundamentais para ser admitida. O primeiro é que ela seja antecedida de decisão de inconstitucionalidade seja em razão do que omite a lei, seja em razão do que ela prescreve. O segundo requisito consiste em que a decisão manipulativa deve ser oriunda diretamente do texto constitucional, ou seja, o efeito aditivo deve decorrer de hipótese constitucionalmente vinculada.⁶⁹

Quanto ao primeiro requisito enunciado por Georges Abboud, tem-se, na declaração de inconstitucionalidade, um pressuposto lógico da viabilização da sentença aditiva, uma vez que, ao fim e ao cabo, a deliberação do Estado-Juiz substituirá a norma original a respeito de uma matéria, a qual foi formulada pelo Estado-Legislator. Sendo assim, somente haverá que se falar em substituição, uma vez que seja suprimida a norma original.

No tocante à necessidade de declaração prévia de inconstitucionalidade, Abboud aponta interessante precedente do Supremo Tribunal Federal, no qual em sede de ação popular de autos nº 3.3884/RR, na qual se buscava ver reconhecida a nulidade de uma portaria ministerial atinente à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, a corte se pronunciou pela constitucionalidade da demarcação, desde que observadas nada menos que 19 (dezenove) condicionantes.

Conforme os requisitos acima mencionados, em um caso tal é de se reconhecer que o Estado-Juiz extrapolou os limites de sua atuação, uma vez que não lhe era dado agir de tal maneira. O Poder Judiciário não pode preencher um vácuo que não existe, e que somente passaria a existir no momento em que fosse declarada a inconstitucionalidade. Pronunciando-se pela constitucionalidade da portaria que regulamentava a demarcação da reserva indígena, não era dado ao Estado-Juiz adicionar condicionantes, atuando, assim, em um campo no qual a legitimação pelo voto popular é imprescindível.

O mesmo precedente pode ser utilizado para que seja tratado do segundo requisito autorizador das sentenças aditivas, a dizer, a atuação constitucionalmente vinculada do Estado-Juiz.

Tome-se, por exemplo, uma das condicionantes fixadas no voto condutor do julgamento: *o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade*. Pergunta-se, dita condicionante decorre diretamente do texto constitucional?

A resposta negativa é evidente, já que o direito de locomoção, a liberdade da pesquisa científica e o direito fundamental ao meio ambiente hígido não contam com densidade normativa tal que dela se possa extrair a referida condicionante. Não há relação direta e vinculada entre o texto constitucional e aquilo que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que, no mencionado precedente, o Estado-Juiz substituiu a discricionariedade do Estado-Administração pela sua própria, em descompasso com os

preceitos que estruturam o Estado Democrático de Direito e, principalmente, o modelo republicano que orienta a interação dos três poderes.

De tudo, é importante que se perceba a diferença entre fixar uma idade limite para aquisição de arma de fogo e o estabelecimento de condicionantes sem vinculação constitucional alguma para a demarcação de uma reserva indígena. Para tanto, é imprescindível que se tome por base as consequências do silêncio do Estado-Legislator ou do Estado-Administração.

No caso do já citado exemplo hipotético envolvendo a norma referente à aquisição de armas de fogo, em que não haja limitação etária, o silêncio do legislador implicaria a viabilização legal da compra de armas de fogo por pessoas de qualquer idade. Considerando-se que dita circunstância redundaria em inconstitucionalidade por déficit de proteção à segurança pública, permite-se a prolação de sentença aditiva com a fixação de uma limitação etária que se situe entre vedação de excesso e de proteção insuficiente, tal como já exposto. A vinculação constitucional é evidente, seja em razão do artigo 6º, seja em face do que disposto se faz no artigo 227, ambos da Constituição Federal. No presente exemplo, haveria que ser declarada a inconstitucionalidade decorrente da proteção deficiente emprestada pela norma legal à segurança pública e, também, aos direitos da criança e adolescente, para depois colmatar a lacuna deixada pelo Estado-Legislator, por meio de uma sentença aditiva.

Por outro viés, quando se está diante da questão envolvendo a portaria ministerial relativa à demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, percebe-se que o fato de nela não constar que *o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade*, não conduz a inconstitucionalidade alguma. Aliás, como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade do ato normativo.

Aqui, as consequências do silêncio do Estado-Administração não implicam a inviabilização normativa de circulação na reserva, nem tampouco na vedação de atividades de pesquisa na área afeta à unidade de preservação. Tais matérias se inserem nitidamente na esfera de atribuições do Estado-Administração que, originalmente, deveria se debruçar sobre a questão de como deveriam ser protegidos o meio ambiente, a liberdade de locomoção e a liberdade da pesquisa científica, sem que se ferissem os direitos dos índios, sempre tendo como paradigma a Constituição Federal.

Substituiu-se a discricionariedade do Estado-Administração pela discricionariedade do Estado-Juiz. O problema (grave) é que a discricionariedade do Estado-Administração, assim como a do Estado-Legislator, é legitimada pelo voto popular, enquanto que a atuação aditiva do Estado-Juiz, carente de tal legitimação, encontra respaldo tão somente no paradigma constitucional, em especial no tocante aos direitos fundamentais. Suprimido o paradigma constitucional, tem-se que a atuação aditiva do Estado-Juiz atenta contra o Estado Democrático de Direito, carecendo, portanto, de legitimação.

3.3 Sentenças Aditivas e Espaço Insuperável de Discricionariedade

No primeiro capítulo deste estudo, traçou-se um paralelo entre a teoria dos direitos fundamentais defendida por Robert Alexy e o garantismo de Luigi Ferrajoli (vide 1.4). Naquele tópico, apresentou-se a ideia de que Alexy e Ferrajoli, se não convergem a respeito do tratamento teórico dos direitos fundamentais, também não podem ter seus entendimentos posicionados de forma diametralmente antagônica.

Para Ferrajoli, crítico do modelo proposto por Alexy no tocante ao sistema de direitos fundamentais e a concepção principiológica de que o jurista alemão se utiliza, admite a existência de um espaço insuperável de discricionariedade na concretização do direito, em especial no que tange à tarefa de subsunção do fato à norma. Enfim, não se revela oportuno repetir a comparação feita entre as duas teorias, mas tão somente lembrar que ambas se tocam na medida em que tanto Alexy, quanto Ferrajoli, orientam seus estudos segundo o entendimento de que a concretização do direito deve se dar pela aplicação de uma regra, consistente em um comando de dever ser. A diferença entre as duas teorias que importa para o presente tópico reside no fato de que para Alexy, por vezes, a norma-regra será fruto de um sopesamento entre normas-princípio que servirão de razão para a chamada regra de colisão, enquanto que para Ferrajoli o sopesamento não passa de uma concepção sofisticada da velha conhecida interpretação sistemática.

Ocorre que tanto para Ferrajoli quanto para Alexy, a discricionariedade é de todo impassível de ser suprimida por completo.

Também já foi referido que existe respeitável corrente doutrinária que refuta essa postura complacente com a discricionariedade na atividade jurídica e, em especial, no exercício da jurisdição. Dworkin e, no Brasil, Lênio Streck, admitem a existência de uma única resposta correta capaz de ser extraída do sistema normativo, não existindo, portanto,

espaço algum para a discricionariedade que, tratando-se de atividade jurisdicional, se traduz em arbítrio e subjetivismo (vide 1.3).

Como já referido no capítulo inicial e reforçado ao longo deste estudo, apesar das relevantes questões evidenciadas pela linha de entendimento da hermenêutica, principalmente no tocante ao perigo representado pelo solipsismo e conseqüente enfraquecimento dos direitos fundamentais, a existência da única e correta resposta se apresenta como uma possibilidade meramente ideal. Ou seja, “A” resposta correta, mesmo que exista, jamais poderá ser obtida voluntariamente pelo sujeito, mesmo se for ele o Juiz Hercules de Dworkin.⁷⁰ Isso porque obter a única e inquestionável resposta correta no direito depende da apreensão escoreta da realidade fática em toda sua inteireza, que nada mais é do que a verdade, um conceito igualmente ideal.

Veja-se que não se pretende desconsiderar por completo a verdade, nem tampouco pretender que ela não exista, para então privilegiar uma concepção caótica, arbitrária e subjetiva do que seja o mundo dos fatos. De forma alguma.

É certo que a realidade não depende totalmente do observador, já que a rosa não perde seu perfume se chamada de urtiga. De toda sorte, não é o escopo deste estudo aprofundar-se na filosofia pura, nem tampouco delinear as fronteiras entre pós-modernismo, hermenêutica e materialismo, porém é necessário que se traga a filosofia à discussão do direito, a fim de que se estabeleçam premissas teóricas que serão de muito valor na aplicação prática das normas de dever ser.

O que se busca defender com a linha de entendimento aqui adotada é que, por meio de um método racionalmente orientado, se atinja uma resposta jurídica que, se não é “A” única correta, é, pelo menos, adequada. E mais importante: que a adequação dessa resposta seja racionalmente verificável e, principalmente, passível de ser institucionalmente questionada, algo essencial à manutenção da pluralidade democrática.

Se por um lado a completa abstração da realidade levaria ao caos e ao subjetivismo extremo, a concepção do direito enquanto sistema de normas deontológicas capaz de fornecer uma única resposta correta para cada caso concreto redundaria no perigo de que se caminhe, a passos largos, para um modelo autoritário e nada plural de concretização do conceito de justiça. Assim, ao que tudo indica, no tocante à capacidade de o ordenamento jurídico fornecer respostas aos casos concretos, a virtude está no meio.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

As leis e, principalmente, a Constituição servem de paradigma do qual o Estado não pode se afastar, eis aí uma garantia contra o arbítrio, sem dúvida. Porém, como o paradigma deverá passar pela compreensão do sujeito que extrai a norma do texto quando a aplica ao caso concreto, essa compreensão se perfaz em um fator que pode afastar ou aproximar o risco do autoritarismo arbitrário. De um lado, tomar o paradigma com elevada carga de abstração e com fronteiras conceituais por demais complacentes conduzirá ao próprio esvaziamento do paradigma. Por outro viés, presumir que sempre haverá “A” resposta única hábil a ser considerada correta, em um sistema que comporta soluções de sopesamento e em que certos espaços de discricionariedade são insuperáveis, representa um sério risco ao Estado Democrático, já que se a resposta é, por definição, correta, não poderá ser questionada. Diante disso e a esse respeito, adota-se aqui o posicionamento de Habermas, para quem

Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a ideia reguladora da “única decisão correta” não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.⁷¹

Partindo-se dessa premissa, revela-se pertinente retornar à análise da atuação aditiva do Estado-Juiz, da qual se cuidou no tópico precedente.

Georges Abboud, orientando-se pelo referencial teórico da hermenêutica jurídica, aponta que

Na realidade, a Corte Constitucional, ao proferir as decisões manipulativas, não pode agir com discricionariedade. Mediante essas sentenças, o Judiciário converte a norma negativa em positiva, solucionando a situação de acordo com o que estabelece o texto constitucional, não possuindo liberdade de atuar com discricionariedade. A utilização das decisões manipulativas e aditivas tem como limite o objeto cuja adição ou substituição busca corrigir. Este objeto deve restringir-se à tutela de direitos fundamentais ou à preservação de algum princípio constitucional que o texto normativo sem substituição ou adição é violado. Mister frisar que a simples possibilidade de o Judiciário proferir decisões manipulativas não implica, necessariamente, que assim poderá agir com discricionariedade. Até porque as decisões manipulativas são admissíveis justamente onde entendemos que não existe discricionariedade para o legislador que consiste, principalmente, na tutela dos direitos fundamentais.⁷²

71 HABERMAS, Jürgen. op.cit., p.283.

72 ABOUD, Georges. op.cit., p.250-251.

Abboud, assim como Lênio Streck, rejeitam a discricionariedade como componente da atividade jurisdicional. Além disso, verifica-se que Georges Abboud nega a discricionariedade até mesmo ao Estado-Legislator em certas situações que envolvem a tutela de direitos fundamentais.

Retomando a questão da discricionariedade exercida pelo Estado-Juiz, tem-se que esta sempre deverá ser analisada sob a luz dos princípios formais que sustentam as instituições democráticas no modelo republicano. Entretanto, tal como já exposto no tópico precedente, isso não conduz à conclusão inafastável de que, na dúvida, deva prevalecer o princípio formal ou, mais especificamente, o sopesamento do Estado-Legislator. Por vezes, dita conclusão poderá acarretar prejuízo ao princípio substancial envolvido no caso concreto, ou seja, o alcance da norma de direito fundamental poderá ser inconstitucionalmente decotado.

Em face das características do sistema de direitos fundamentais, composto por normas-regra e normas-princípio, integrado por direitos que ostentam perspectiva objetiva, da qual decorre o dever de proteção, não existe margem para que simplesmente se negue a existência da discricionariedade.

Para tanto, basta que se recorde quais são as etapas do sopesamento: verificação da necessidade; da adequação; e da proporcionalidade em sentido estrito. Nas duas primeiras etapas, é evidente que haverá juízo discricionário, ao menos no que tange à percepção da realidade que será cotejada com a norma. Já na derradeira etapa, quando deve ser averiguada a proporcionalidade em sentido estrito, a atribuição de pesos aos desdobramentos de cada direito fundamental ou de cada meio de proteção é tarefa que, obviamente, se executa mediante juízo que ostenta alguma carga de discricionariedade.

A única saída para a negação da discricionariedade passa pela negação do sopesamento como método e, conseqüentemente, pela negação da existência de normas-princípio no sistema de direitos fundamentais. Todavia, como já exposto no primeiro capítulo do presente estudo, esta não se afigura a opção mais condizente com as feições conferidas pelo constituinte aos direitos fundamentais na Lei Maior de 1988.

A obtenção da regra de colisão pelo sopesamento não é a única evidência de que a discricionariedade se faz presente na atividade jurídica.

Nesse ponto, o já citado exemplo de Alexy, relativo à pessoa que se afoga, é revelador: se não há que se falar em espaço para discricionariedade no tocante ao fim (salvar a vida de quem se afoga), o mesmo não se pode afirmar em relação ao meio (uso do bote, da bóia, nadar até o afogado, etc...).

Ademais, o cumprimento do comando constitucional decorrente dos direitos fundamentais prestacionais envolve, nitidamente, uma escolha com carga discricionária no tocante aos meios pelos quais se dará tal cumprimento. O Estado, em regra o Estado-Legislador, elege quais serão os meios de que se valerá para prestar saúde, segurança, educação e meio ambiente hígido ao indivíduo. Não se pode transigir em relação ao fim, a dizer, o Estado, se ignorar completa e absolutamente seu dever de prestar saúde ou educação, incide em inconstitucionalidade por omissão verificável mediante mera subsunção. Entretanto, eleger um meio dentre o vasto universo de possibilidades que se coloca diante de si é nitidamente uma tarefa que se sustenta sobre um juízo discricionário, juízo este que pode ser levado à verificação do Estado-Juiz.

No capítulo inicial deste estudo, referiu-se ao leque de opções político-ideológicas que variam da prevalência de valores ligados à igualdade, à preponderância da ideia de liberdade. Na eleição dos meios para que se cumpram os comandos oriundos do rol de direitos fundamentais prestacionais, as opções político-ideológicas assumem especial relevância, já que é nelas que se sustentará a escolha do meio. O simples fato de existirem opções já revela que, mesmo na tutela dos direitos fundamentais, há sim espaço para discricionariedade.

Tratando-se do exercício da legislatura, aliás, nada mais natural se considerados os aspectos essenciais da democracia representativa e a regra majoritária que dá sustentação aos princípios formais constitucionais. É a opção político-ideológica vencedora nas urnas que deve prevalecer em geral. Diz-se, em geral, porque a preponderância da maioria sobre a minoria não pode ser de tal monta que implique a supressão desta do processo decisório, sob pena de que se degenere o modelo de Estado Democrático para a já mencionada tirania da maioria, uma possibilidade vislumbrada por Alexis de Tocqueville no século XIX, quando de seu estudo sobre a então nascente democracia americana⁷³.

É justamente em casos tais, nas exceções, que o Estado-Juiz tem respaldo para agir de forma contramajoritária, sem que, com isso, firam-se de morte os princípios formais. As exceções guardam estreita relação com a tutela de direitos fundamentais, já que estes são os indicadores das fronteiras em que a opção político-ideológica dominante da maioria pode prevalecer livremente.

Acaso o Estado-Juiz atue contramajoritariamente quando não se está diante de uma violação constitucional, é certo que a tirania que se deverá temer não é a da maioria, mas a do

73 TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. 4ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia Editora, 1998, Livro 1, 2ª Parte, Capítulo VIII.

Poder Judiciário. Porém, mesmo em se cuidando de uma exceção à regra, a sindicabilidade das escolhas do Estado-Legislator comporta algum grau de discricionariedade, já que, no tocante aos direitos fundamentais prestacionais e ao cumprimento do dever de proteção, o objeto da sindicância judicial estará, ele próprio, originariamente carregado de opções discricionárias.

Verificar se um meio de cumprimento de um dado direito prestacional é, ou não, adequado, demandará sopesamento e, com isso, a discricionariedade, como já exposto, é inevitável.

Ainda a respeito dos direitos prestacionais, no tópico inicial deste capítulo, procedeu-se à exposição dos porquês que sustentam a aplicabilidade da proibição da proteção deficiente em relação aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão. Pois bem, partindo-se da premissa de que é plenamente viável verificar a constitucionalidade de uma norma pelo viés da proibição da proteção deficiente em relação ao direito fundamental, seja de defesa ou prestacional, deve se ter sempre em mente que o Estado-Juiz, agindo em tais circunstâncias, estará sindicando um não-agir ou um agir deficitário do Estado-Legislator ou do Estado-Administração.

Diante disso, percebe-se que, mesmo quando se está diante de um direito de defesa, ou negativo, a atuação jurisdicional envolve certa carga discricionária quando a questão envolva sua perspectiva objetiva e, especificamente, a observância do dever de proteção.

Dentre vários meios de proteção, o Estado-Legislator pode escolher um que não atenda ao comando constitucional diante da conjuntura fática verificada no caso concreto e, com isso, abre-se a possibilidade de intervenção contramajoritária do Estado-Juiz. Foi exatamente o que aconteceu no precedente paradigma da proibição da proteção deficiente: o Tribunal Constitucional Federal reconheceu uma atuação deficitária do Estado-Legislator e, em face dessa atuação (que se mostrava inconstitucional), agiu contramajoritariamente.

Para tanto, o Tribunal Constitucional Federal sopesou e, sopesando, inevitavelmente decidiu com carga discricionária.

Veja-se que não se pretende aqui levantar uma aguerrida defesa da discricionariedade judiciária. Muito pelo contrário.

De tudo que já foi argumentado acima, é evidente que o parâmetro de atuação ordinária dos três poderes é composto essencialmente pelos princípios formais. Desta sorte, discricionariedade na atuação do Estado-Juiz, principalmente quando do controle de constitucionalidade, pode ser rotulado como um mal, porém um mal que não se pode evitar.

Se a discricionariedade não pode ser evitada, deve, ao menos, ser controlada, principalmente quando se está a tratar das já citadas sentenças aditivas.

Georges Abboud, apesar de negar a discricionariedade como inevitável componente do processo decisório judicial, traz diversos precedentes à discussão para demonstrar que, por vezes, o Estado-Juiz extrapola os limites de atuação que a constituição lhe confere. O próprio exemplo da ação popular envolvendo a reserva indígena Raposa Serra do Sol é indicado pelo autor como sendo um caso claro de usurpação da esfera de atribuições do Estado-Administração. Além do referido caso, também é citada na obra de Abboud, a ADI nº 3.510/DF, a qual também foi alvo de análise neste estudo.

Quando o autor se refere ao precedente envolvendo a pesquisa com células-tronco embrionárias, destaca o sentido adotado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto divergente, apontando ao fato de que ali se criou um meio de proteção que não contava com respaldo normativo algum, o que caracterizaria uma violação ao princípio formal que orienta a atuação do Estado-Juiz. Como visto no tópico precedente, para que seja viável a prolação de uma sentença aditiva, é mister que se reconheça uma inconstitucionalidade e que o sentido adotado pelo Estado-Juiz seja constitucionalmente vinculado. Além disso, Abboud aponta a outro critério de verificação da adequação da postura do julgador quando sentencia de forma aditiva: *o efeito aditivo não consiste em criação do direito a partir do nada (ex nihil)*.⁷⁴

Utilizando-se do referido critério, o autor analisou o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 3.510/DF, especificamente no que toca à condicionante de prévia submissão da pesquisa com células-tronco a órgão ligado ao Ministério da Saúde:

Tal hipótese não nos parece ser apta a permitir a utilização da decisão aditiva, não vislumbramos qualquer referência no texto constitucional que dispusesse determinada exigência, sem dizer que a regulamentação das pesquisas com células-tronco poderia ser feita de diversas formas, e, por isso, submeter a pesquisa a um Comitê vinculado ao Ministério da Saúde não parece ser uma resposta constitucionalmente obrigatório.⁷⁵

Para Abboud, condicionar a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco à prévia apreciação de comitê ligado ao Ministério da Saúde consistiu em atuação inadequada do Estado-Juiz que, segundo seu entender, teria criado norma a partir do nada. Sua conclusão se

⁷⁴ Ibidem, p.230.

⁷⁵ Ibidem, p.244.

escora no fato de que existem outras possibilidades de regulação da pesquisa, sendo assim, por não haver vinculação direta entre o texto constitucional e a opção do Estado-Juiz, este teria agido em descompasso com o princípio formal que orienta seu agir.

Ainda que não se concorde com o posicionamento específico do autor, uma vez que o artigo 196 da Constituição Federal fixa a prestação da saúde como dever do Estado, e o Ministério da Saúde integra a estrutura organizacional do Estado-Administração, o critério a que Abboud se refere é de todo adequado.

O preceito que decorre do princípio formal que orienta a atuação do Estado-Juiz admite a colmatção das lacunas deixadas pela declaração de inconstitucionalidade, desde que as decisões aditivas sejam proferidas apenas em circunstâncias excepcionais a que já se fez referência (declaração de inconstitucionalidade e solução constitucionalmente vinculada). Assim, em regra, ao Estado-Juiz não incumbe criar norma a partir do nada, até porque não conta com o poder de conformação que cabe ao Estado-Legislator.

Se a prolação de sentenças aditivas é exceção, e se a atuação do Estado-Juiz não se dá sem certa carga de discricionariedade, é plenamente adequado que se exija respaldo normativo para a solução encontrada pelo julgador diante de uma lacuna aberta com a declaração de inconstitucionalidade. Aliás, não só respaldo normativo, mas suporte constitucional.

Ter o Estado-Juiz, criando o direito a partir do nada, significa permitir que o julgador exerça a discricionariedade em descompasso com a distribuição de competências que decorre dos princípios formais. Nesse compasso, mostra-se oportuno trazer à discussão o voto de outro ministro, proferido na mesma ADI nº 3.510/DF.

O ministro Menezes Direito declarou a inconstitucionalidade parcial do texto da Lei de Biossegurança, condicionando o reconhecimento da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco da seguinte maneira:

3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis”, seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção de células-tronco.

Do trecho acima transcrito, destaca-se a norma criada pelo ministro, consistente na interpretação do que seriam “embriões inviáveis”. Não há qualquer respaldo constitucional para que se fixe a ausência de clivagem após período mínimo de 24 horas como regra para que se dê por viável ou inviável um embrião. Ou seja, o voto cria direito a partir do nada.

A proibição da proteção deficiente, sem dúvida alguma, rende ensejo à prolação de sentenças aditivas, haja vista que se o Estado-Juiz simplesmente declarasse a inconstitucionalidade sem conferir proteção ao direito fundamental deficitariamente resguardado pela norma, ele próprio, o Estado-Juiz, estaria agindo de maneira inconstitucional.

Todavia, ao colmatar a lacuna deixada pela omissão ou atuação deficiente do Estado-Legislator, que deixou de proteger um bem fundamental como recomenda a Constituição Federal, o julgador não pode desconsiderar por completo os princípios formais que orientam a interação entre os três poderes da República. Se por um lado deve agir suprindo a lacuna verificada na norma, de outro turno, tal atuação deve se dar de forma constitucionalmente vinculada e, em hipótese alguma, pode ser criado direito “a partir do nada”, exatamente como referido por Georges Abboud.

A divergência que aqui se estabelece com o mencionado autor é a de que, por vezes, o fato de a decisão aditiva revelar-se constitucionalmente vinculada, não necessariamente elimina por completo a carga discricionária do juízo de valor sobre o qual se sustenta.

Nessa esteira, é possível tomar por exemplo, mais uma vez, o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 3.510/DF.

O prolator do voto condicionou a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco à apreciação prévia de comitê de ética ligado ao Ministério da Saúde. Como já mencionado, considera-se constitucionalmente vinculada a decisão aditiva do ministro Gilmar Mendes, uma vez que o artigo 196, da Constituição Federal, atribui expressamente ao Estado, por meio de seus órgãos (dentre os quais os ministérios), o dever de prestar a saúde.

Todavia, reconhecendo o déficit de proteção conferido pelo meio previsto no artigo 5º, §2º, da Lei nº 11.105/2005, o ministro poderia ter condicionado a constitucionalidade da norma à prévia apreciação de comitê de ética ligado ao Conselho Regional de Medicina ou, da mesma forma, a órgão vinculado ao Serviço Único de Saúde. Em ambas as hipóteses, a decisão se revelaria constitucionalmente vinculada. Na primeira delas, tomando-se por base a

parte final do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República⁷⁶, na segunda, levando-se em consideração o artigo 200, inciso V, da mesma Lei Maior.⁷⁷

O mesmo ocorre com a questão relativa à proteção conferida ao bem jurídico segurança, pela limitação etária para a aquisição de armas de fogo.

Já se mencionou o exemplo hipotético em que o legislador simplesmente deixasse de limitar a idade necessária para a aquisição de armas de fogo. Partindo-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a redação do artigo 28, da Lei nº 10.826/2003, estabelecendo que, acaso não houvesse limitação etária para a aquisição de armas de fogo, a segurança pública restaria deficitariamente protegida, é de se reconhecer que dita inconstitucionalidade, se porventura viesse a existir, haveria de ser suprida por meio de decisão aditiva.

O Supremo Tribunal Federal, em face de uma tal circunstância, teria que decidir fixando a limitação etária. Obviamente que não é possível extrair do texto constitucional uma única idade exata, considerada suficiente para que se dê por adequadamente protegida a segurança pública e os interesses da pessoa em desenvolvimento. A vinculação que o Estado-Juiz buscaria no texto da Constituição estaria respaldada, muito provavelmente, no *caput* do artigo 228, em que se atribui ao Estado, ao lado de outros atores sociais, o dever de *assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, (...), além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Atente-se que o texto constitucional faz referência à criança, ao adolescente e ao jovem, sem discriminar a idade exata a partir da qual o referido dispositivo deixa de ser aplicável. Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 2º, fixa os 12 anos de idade como o momento em que a pessoa em desenvolvimento deixa de ser criança e passa a ser adolescente. Já no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, deixa-se aberta a possibilidade de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente aos menores de 21 anos e maiores de 18. Ocorre que a decisão acerca da limitação etária não poderia buscar respaldo no ordenamento infraconstitucional, ainda que este pudesse servir de reforço argumentativo à

⁷⁶ Art. 5º. (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁷⁷ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

opção do Estado-Juiz quando da prolação da decisão aditiva, a qual, lembre-se, deve ser constitucionalmente vinculada.

De toda sorte, não se pode considerar que restaria ao Estado-Juiz socorrer-se apenas do artigo 228⁷⁸, ou mesmo do artigo 227, §3º, inciso I⁷⁹, da Constituição Federal para, por analogia, fixar a limitação etária para aquisição de armas de fogo em 18 ou 14 anos respectivamente, até porque neste último caso é evidente a inobservância da proibição da proteção deficiente, seja em relação à segurança pública, seja no que toca aos interesses da pessoa em desenvolvimento.

As normas que respaldariam a decisão aditiva seriam aquelas decorrentes do artigo 6º, *caput*, e do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, ambas normas-princípio já que contêm determinações *prima facie*, ao contrário da norma contida no artigo 228, da Lei Maior, que consiste em clara norma-regra.

Sendo assim, a fixação da idade em um caso tal passaria, inevitavelmente, pelo sopesamento e, como já referido em diversas oportunidades, sopesar requer certa carga de discricionariedade. Se o Supremo Tribunal Federal estabelecesse os mesmos 25 anos de idade que, de fato, fixou o Estado-Legislador, por certo que não se poderia afirmar que o Estado-Juiz teria agido em descompasso com o princípio formal que orienta o desempenho de suas atribuições. No entanto, também não se poderia negar que, quando decidiu, utilizou-se de juízo de valor com certa carga discricionária, dado que o limite etário poderia ter variado para mais ou para menos, ainda que dentro de uma margem cujos limites seriam aferíveis pelo método do sopesamento e sob a luz da proporcionalidade.

O controle da discricionariedade na atividade judicante, em especial quando o Estado-Juiz se vê diante da necessidade de suprir a proteção deficiente conferida pelo Estado-Legislador, passa pelos critérios indicados por Georges Abboud, dentre os quais se destaca a impossibilidade de criação de direito a partir do nada. Ao Estado-Juiz, segundo os preceitos que decorrem dos princípios formais que alicerçam a República, não é dado criar, mas apenas e tão somente concretizar aquilo que se faz prever na Constituição Federal.

Posicionando-se além ou aquém das balizas fixadas pela proporcionalidade, o julgador violará a norma constitucional, tomando-se por base a regra de colisão que resulta do sopesamento no caso concreto.

⁷⁸ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁷⁹ Art. 227. (...) §3º (...) I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

3.4 A Proibição da Proteção Deficiente na Constituição Compromissória: a proibição, a segurança e os riscos.

Logo no primeiro capítulo do presente estudo (vide 1.2), mencionou-se que o ordenamento jurídico, ao contrário de regular os fatos presentes, na prática culmina por projetar um modelo de mundo considerado desejável no futuro. Ou seja, o direito acaba por preceder os fatos.

Também se fez referência (vide 1.5) ao fato de que o Brasil, país periférico que é, não experimentou jamais o Estado Social em sua plenitude e, por conta disso, não viu serem cumpridas as promessas da modernidade.

Em face de tal cenário, há que se reconhecer na Constituição da República, um corpo de direitos, de comandos de dever ser, porém comandos deontológicos estabelecidos com base em uma ordem de valores teleologicamente orientada. Não há como negar que da Constituição, ainda que de forma implícita, decorre uma tal ordem de valores.

Com isso não se pretende confundir valores com direitos, nem muito menos enfraquecer o conceito destes em prol de uma inadmissível mistura entre direito e moral. Até porque, diante dos pontos levantados nos tópicos precedentes, é possível perceber quão tênue é a linha que divide o agir constitucional e o mero arbítrio quando da verificação de constitucionalidade sob o prisma da proibição da proteção deficiente.

A discricionariedade, como mal indesejado, porém inevitável, demanda controle, sendo que tal controle deve se dar pelo método e, principalmente, pela possibilidade de questionamento daquilo que resulta da aplicação desse método.

A proibição da proteção deficiente desempenha um papel de relevo na concretização dos direitos que decorrem da ordem de valores estabelecida implicitamente na Constituição Federal, uma vez que serve de régua para a atuação do Estado, não mais como potencial inimigo dos direitos fundamentais, mas como verdadeiro garantidor desta especial classe de comandos constitucionais, questão já abordada no primeiro capítulo.

Os imperativos de tutela e o dever de proteção, este como manifestação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, são instrumentos essenciais a que se coloque em prática, por intermédio do Estado, o projeto social traçado pelo constituinte.

Agora que já restaram identificados os contornos dos conceitos teóricos relevantes para o estudo da proibição da proteção deficiente (vide primeiro capítulo), bem como a aplicação destes conceitos na prática jurisprudencial (vide segundo capítulo), além de terem sido

indicados os problemas que exsurtem da carga discricionária inevitável envolvida no sopesamento (vide tópicos precedentes), revela-se oportuno que se trate das formas pelas quais a proibição da proteção deficiente e o dever de proteção devem manifestar-se para que se cumpram as promessas da modernidade.

Nesse aspecto, a jurisprudência alemã, seguida pela brasileira, mais especificamente no já mencionado voto do ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento da ADI nº 3.510/DF, fixou como classificação do dever de proteção:

a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Tratar da proibição da proteção deficiente, assim como do dever de proteção, é discutir a efetividade dos direitos fundamentais. Apesar disso, é imprescindível que se mantenha em mente que o simples cumprimento, ou observância dos direitos fundamentais, não pode ser confundido com a manifestação dos desdobramentos da perspectiva objetiva desses mesmos direitos. O risco de que tal confusão acabe ocorrendo não é desprezível, principalmente quando se está diante de direitos fundamentais prestacionais (vide 3.1).

No capítulo inicial deste estudo, foram apontadas exemplificativamente três formas disponíveis ao Estado para que desse cumprimento aos comandos constitucionais decorrentes da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e, em especial, do dever de proteção. Relembrando, são elas: a criminalização de condutas, o estabelecimento de competências e a instituição de prestações positivas (vide 1.3).

Valendo-se dos meios acima referidos, o Estado, para ver cumprido o dever de proteção, poderá proibir condutas (*Verbotspflicht*), fazer valerem os direitos fundamentais em sua dimensão horizontal (*Sicherheitspflicht*) e evitar riscos considerados intoleráveis (*Risikopflicht*).

Quanto à proibição de condutas, o que vem à mente logo de pronto é a criminalização. Entretanto, dita associação não é, em absoluto, necessária.

Para tanto, basta que se recorde do arredo paradigma do Tribunal Constitucional Federal de que se tratou no capítulo precedente (vide 2.1). Lá restou fixado que, naquele

momento específico, a criminalização não era prescindível, dada a fragilidade dos demais meios normativos orientados para o objetivo de proibir o aborto. Partiu-se da premissa de que o aborto deve ser proibido, ainda que não necessariamente por meio do Direito Penal, tratando-se, este dever de proibição, nada mais nada menos do que uma condicionante da observância do dever de proteção que tem por objeto a vida intrauterina.

Segundo o sentido adotado pelo Tribunal Constitucional Federal, dada a extensão do dever de proteção à vida intrauterina e, em especial, da dignidade da pessoa humana que toca, também, ao nascituro, a premissa de que se deve partir para verificação da constitucionalidade de uma norma a respeito da matéria é a de que a interrupção da gestação é, em regra, proibida (*Verbotspflicht*). Proibindo-se o aborto de maneira eficaz, protege-se a vida intrauterina, resguardando-se a dignidade da pessoa humana em relação ao nascituro.

No tocante ao dever de segurança, pode-se relembrar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal atinente à constitucionalidade da tipificação de crimes de perigo abstrato, em que o conceito de direito penal preventivo acaba por fazer-se presente. Trata-se dos julgados relativos aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (vide 2.4), em que o perigo potencial decorrente da posse de uma arma de fogo por pessoa não autorizada (terceiro), ainda que não tenha sido criada circunstância de perigo concreto, foi tomado como intolerável diante da abrangência que a Constituição da República confere ao dever de proteção ligado aos direitos fundamentais à vida e à segurança pública.

Atente-se, aqui, que além do dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), resulta evidente o dever de proibir condutas, sendo que ambos os conceitos se justificam mutuamente. Aliás, esta é uma característica perceptível, em maior ou menor medida, em todas as circunstâncias envolvendo a proibição da proteção deficiente enquanto critério de aferição de constitucionalidade. Mesmo no que tange ao exemplo extraído da criminalização do aborto, é possível notar que se o dever de proibir condutas é a manifestação mais evidente do dever de proteção que recai sobre a vida intrauterina, é certo que o dever de evitar o risco e o dever de segurança também se farão sentir na solução dada pelo sopesamento. Em relação ao primeiro, basta que se observe a análise levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal sobre os prognósticos do abandono do Direito Penal como ferramenta normativa de proibição do aborto, principalmente no que diz respeito à eficácia do aconselhamento e à abstração do conceito de *estado geral de necessidade*. Já no que concerne ao dever de segurança, o fato de a criminalização atingir a gestante, e também aquele que promova ou auxilie o aborto, é um

indicativo de que os direitos fundamentais ligados à vida intrauterina são protegidos, inclusive, na perspectiva horizontal, em face de terceiros.

Quanto ao dever de evitar riscos, o exemplo em que esta classe de dever de proteção se mostra mais evidente é o julgamento da ADI nº 3.510/DF, referente à constitucionalidade da Lei de Biossegurança (vide 2.4).

Na discussão dos diagnósticos da realidade e dos prognósticos que deles decorrem, o Supremo Tribunal Federal demonstrou especial atenção aos riscos envolvidos na pesquisa com células-tronco embrionárias. Tal como já exposto de forma detalhada no capítulo precedente, os riscos com os quais o Estado-Juiz se preocupou quando da aferição da constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005 representavam perigo potencial a direitos fundamentais sobre os quais o Estado deveria estender seu manto protetor. A dificuldade experimentada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, amenizada pela audiência pública e pela admissão de *amici curiae*, consistia não apenas na verificação da esfera de abrangência do dever de proteção relativa a cada direito fundamental, mas também na delicada tarefa de mensurar a extensão dos riscos ligados à pesquisa com células-tronco embrionárias, questão esta que, em grande medida, escapa ao campo do Direito e adentra nos domínios da genética.

Além disso, a viabilização normativa da pesquisa com células-tronco embrionárias se coloca como clara fixação de competência, ou seja, um meio pelo qual o Estado-Legislator buscou cumprir o dever de proteção em relação à vida e à saúde, estes objetos de direitos fundamentais titularizados por aqueles enfermos que se beneficiariam com os resultados de tais pesquisas.

Diante de tal cenário, o sopesamento foi essencial, tendo se chegado à conclusão de que os meios normativos estabelecidos na Lei de Biossegurança (em que se fixava uma competência), não implicavam riscos intoleráveis à vida embrionária enquanto objeto abrangido pelo dever de proteção. Percebe-se que meios (fixação de competências) e fins (*Risikopflicht*) se tocam, sendo, o sopesamento, o método pelo qual ambos se harmonizam em compasso com o paradigma constitucional.

Outra questão que serve bem ao propósito de exemplificar o dever de evitar riscos como classe do dever de proteção é o princípio do risco do desenvolvimento atinente ao Direito do Consumidor.

Existe acirrada discussão na doutrina acerca da extensão da responsabilidade do fornecedor no que diz respeito aos denominados riscos do desenvolvimento. Ditos riscos estão

ligados à inovação tecnológica posterior à colocação de um dado produto ou serviço no mercado de consumo. Resumidamente, cuida-se da situação em que um produto (ou serviço) originalmente considerado seguro segundo critérios técnico-científicos tidos como válidos, com o evoluir da ciência e revisão de tais critérios, verifica-se nocivo à saúde do consumidor.

Em circunstâncias como a acima descrita, a responsabilização, ou não, do fornecedor, vai depender da extensão que se empreste ao dever de proteção que recai sobre o direito fundamental à saúde. É importante registrar que aqui não se trata da pura e simples observância do direito fundamental à saúde titularizado pelo consumidor. A fixação de regras protetivas estabelecidas em relação a terceiros, e não ao Estado, colocam-se nitidamente como meio pelo qual se dá cumprimento aos preceitos que decorrem do dever de proteção enquanto desdobramento da perspectiva objetiva do direito fundamental, no caso, o direito à saúde.

Feita essa ressalva, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor não excluiu a responsabilidade do fornecedor em hipóteses envolvendo o risco do desenvolvimento, nem tampouco fez prever expressamente a referida responsabilização. Entretanto, o Código Consumerista deve ser interpretado como sistema, razão pela qual a exclusão da responsabilidade do fornecedor em casos tais se afigura contraditória com os princípios orientadores do dito ramo do Direito, como bem aponta Antonio Herman Benjamim.

O Código não inclui, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que - em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço - eram desconhecidos e imprevisíveis. Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no risco da empresa, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco do desenvolvimento.⁸⁰

Diante da garantia fundamental estabelecida no artigo 5º, inciso XXXII, e, principalmente, do teor do artigo 170, inciso V, da Constituição da República, acaso se atribuísse ao risco do desenvolvimento a qualidade de excludente da responsabilidade do fornecedor, além de violar a proibição da proteção deficiente em relação ao direito fundamental à saúde, o Estado-Legislator incidiria em antinomia constitucional em face dos referidos dispositivos contidos na Lei Maior.

Se a defesa do consumidor é princípio vetor da ordem econômica, é certo que os riscos do desenvolvimento devem ser internalizados pelo fornecedor, já que este extrai lucro da

⁸⁰ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leandro Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2009, p.131.

atividade econômica que envolve o produto ou serviço nocivo à saúde do consumidor. Por outro viés, também é certo que, ainda que indiretamente, o risco acaba sendo socializado, na medida em que o fornecedor se vale do preço para amenizar as consequências de uma eventual responsabilização por danos causados ao consumidor. O que não se afigura viável diante do panorama constitucional que se adota desde 1988 é fazer pesar sobre o consumidor lesado todas as consequências do dano verificado pelo desenvolvimento da ciência e da técnica.⁸¹

Sendo assim, o risco do desenvolvimento no âmbito do Direito do Consumidor perfaz-se em exemplo claro da manifestação do dever de proteção como forma de evitar riscos (*Risikopflicht*), assim como todo o microsistema consumerista ostenta nítida orientação fundada no dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), posto que os direitos fundamentais titularizados pelo consumidor têm nas atividades do fornecedor, e não nas do Estado, uma fonte de risco potencial. Eis aí o Estado, por meio das leis que integram o microsistema consumerista, cumprindo seu dever de proteção em relação aos direitos fundamentais do consumidor.

Na mesma linha de raciocínio, pode ser trazido à discussão o princípio da precaução referente ao Direito Ambiental.

Segundo o mencionado princípio, cujos contornos foram fixados por ocasião da conferência Rio-92, medidas preventivas devem ser adotadas pelo empreendedor, ou mesmo pela Administração, ainda quando não se tenha certeza científica a respeito das consequências decorrentes da atividade potencialmente danosa ao meio ambiente. Ou seja, na dúvida, adotam-se medidas de prevenção de danos que sequer podem ser previstos pelo estado atual da técnica. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1285463/SP de relatoria do ministro Humberto Martins, em 28/02/2012, pronunciou-se da seguinte maneira:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS. 1. O princípio da precaução, consagrado

81 Ibidem, p.132.

formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. 2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. 3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu no art.27, parágrafo único da Lei n. 4.771/65 que o Poder Público poderia autoriza-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais. 4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo. 5. A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009). 6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei n. 6.938/81. Precedente: (REsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010). Recurso especial provido.

Do acórdão acima colacionado, percebe-se que ao adotar o princípio da precaução, o Estado buscou cumprir o dever de proteção que recaia sobre si em relação ao direito fundamental ao meio ambiente hígido. Veja-se, mais uma vez, que não se está diante do simples cumprimento de um dever correlato a um direito fundamental subjetivo de natureza prestacional, uma vez que o caráter preventivo do meio de proteção é evidente. Aliás, nem mesmo é possível determinar previamente se de uma dada atividade potencialmente lesiva, advirá algum dano ao meio ambiente. No entanto, e ainda assim, impõe-se ao empreendedor a tomada de providências.

Com a adoção do princípio da precaução, o Estado cumpre o dever de proteção em suas três perspectivas: a) fortalece a proibição de condutas lesivas ao meio ambiente; b) provê a segurança instituindo regras protetivas direcionadas ao empreendedor particular que desenvolve a atividade potencialmente lesiva; e c) evita os riscos advindos de uma atividade

cujas consequências para o meio ambiente ainda são desconhecidas segundo o estado atual da técnica científica.

Além de mostrar o princípio da precaução e, conseqüentemente, o dever de proteção, sendo colocados em prática, o arresto do Superior Tribunal de Justiça também indica outros dois pontos que merecem destaque no que concerne à proibição da proteção deficiente e que já foram alvo de análise no presente estudo: o sopesamento enquanto método de ponderação entre meios de proteção; e a tensão entre princípios formais e substanciais.

Quanto à tensão entre princípios formais e substanciais e o alcance da separação dos poderes que funda o modelo republicano, é interessante notar a premissa, já referida neste estudo (vide 3.2), segundo a qual ordinariamente incumbe ao Estado-Legislator sopesar entre os meios de proteção disponíveis, restando ao Estado-Juiz, nos termos do julgado, intervir apenas e tão somente *no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador*.

Já no que tange ao sopesamento, o Superior Tribunal de Justiça identificou no artigo 27, parágrafo único, do antigo Código Florestal⁸², uma forma de o Estado *compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer*. Destaca-se do trecho citado a compatibilização, e não o sopesamento, de *valores*.

Logo no início do presente tópico, fez-se referência à Constituição Federal como corpo de normas sustentadas sobre uma ordem de valores teleologicamente orientada. Nesse sentido, o seu artigo 3º é um argumento de peso, já que nele são estabelecidos os objetivos fundamentais da República, dentre os quais a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade solidária, justa e livre.

Há, então, uma razão de ser para a Constituição, qual seja: o conjunto de objetivos discriminados no já citado artigo 3º. Diante disso, não há dúvida alguma de que existe, de fato e de direito, uma orientação teleológica consistente na realização dos objetivos fundamentais da República.

A conclusão não é tão óbvia quando se questiona acerca da existência, na Constituição, de uma ordem de *valores* a ser considerada para a realização dos referidos objetivos.

⁸² Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação. Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

Isso porque a utilização do conceito de *valor* torna perigosamente próximos direito e moral. Para Habermas:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que valores têm um sentido teleológico. (...) Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.⁸³

O mesmo entendimento é compartilhado por grande parte da doutrina, que rejeita que se possa extrair da Constituição uma ordem de valores, senão apenas um corpo de normas capaz de regular os procedimentos de interação do Estado com o cidadão, bem como, e principalmente, meios de participação na tomada de decisões políticas.

Constata-se que o referido posicionamento rejeita uma orientação teleológica *da e na* Constituição, atendo-se ao caráter procedimental desta no tocante à salvaguarda do Estado de Direito.

Partindo-se da premissa de que direito e moral jamais se confundem, ainda que dos direitos fundamentais possam decorrer normas de dever ser que se cruzam com imperativos morais, realmente se afigura correta a rejeição da existência de uma ordem constitucional de valores. Afinal, se há de prevalecer uma ordem de valores calcada na moral, dificilmente haverá espaço para verificação racional dos juízos que levaram à priorização deste ou daquele valor.

Assim, incumbe à Constituição apenas e tão somente estabelecer normas carregadas de conteúdo deontológico e não uma ordem de *valores* teleologicamente orientada.

Porém, a análise de Habermas e de constitucionalistas americanos, como John Hart Ely⁸⁴, acerca da questão, não pode ser simplesmente transplantada e aplicada no Brasil. Isso, basicamente, por conta de dois motivos: a) o Brasil é um país periférico de modernidade tardia, em que o Estado Social jamais foi uma realidade; e b) no Brasil há nitidamente uma orientação teleológica estabelecida na Constituição Federal (art.3º), além de ter sido positivado um extenso rol de direitos fundamentais sociais.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. op.cit., p.316 e 318.

⁸⁴ ELY, John Hart. op.cit., p.132-133.

Em face de tais peculiaridades, é de se reconhecer que, apesar de a Constituição da República não representar, ela própria, uma ordem de valores, é certo que o corpo de *normas* que dela se extrai se sustenta sobre uma ordem de *valores* orientada a uma finalidade específica: cumprir as promessas da modernidade.

Na busca do cumprimento das promessas da modernidade, o papel da proibição da proteção deficiente assume especial relevo, posto que é nela que o Estado encontrará legitimidade para evitar riscos intoleráveis, proibir condutas lesivas, bem como prover segurança do cidadão no que tange aos seus direitos fundamentais em relação aos demais atores sociais. Para tanto, é imprescindível que se reconheça, não na própria constituição, mas naquilo que a torna socialmente relevante, uma ordem de valores.

Com isso, evita-se a confusão entre direito e moral, algo inadmissível em um contexto de pluralidade, em que o paradigma é o modelo de Estado Democrático de Direito. É interessante registrar que, na busca do meio de proteção adequado a um dado direito, deverão ser sopesadas normas e não valores, ainda que valores estejam na raiz social do corpo de normas. Aliás, a esse respeito, revela-se oportuno lembrar o tratamento dispensado pelo ministro Gilmar Mendes quando da prolação de seu voto no julgamento da ADI nº 3.510/DF, em que o magistrado fez questão de deixar de lado a discussão acerca do termo inicial da vida, por tratar-se de definição impassível de ser racionalmente verificada, já que tocava convicções morais que não deveriam pautar o posicionamento da corte constitucional (vide 2.4).

Fato é que não se sopesam valores, mas normas, estas verdadeiros comandos de dever ser. Todavia, isso não quer dizer, em absoluto, que valores são irrelevantes e que, portanto, não desempenham papel algum na eleição dos meios de proteção. A respeito do papel transformador da Constituição, Eduardo Cambi leciona no seguinte sentido:

a Constituição deve ser também uma ordem-fundamental, impondo, para a sociedade, mediante mandatos e proibições, questões essenciais ou um sistema de valores (no qual se incluem os direitos fundamentais, além de outros princípios como o do Estado Democrático e Social de Direito) que servem não como limites, mas como fundamentos, fins ou tarefas que devem nortear a atividade estatal ou não, por intermédio de deveres de proteção.⁸⁵

Segundo se infere do que já restou exposto, há, então, uma ordem de valores que subjaz à Constituição. Porém, tal ordem de valores se traduz à realidade por intermédio de normas que

85 CAMBI, Eduardo. op.cit., p.25.

visam a uma dada finalidade. Isso parece claro, por exemplo, quando se toma a redação do artigo 170, da Lei Maior, em que, após ser fixado que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, são estabelecidos diversos princípios que devem servir de paradigma para a ordem econômica. Dessa relação de princípios, ressaltam-se aqueles referidos nos incisos IV e VIII do citado dispositivo constitucional: a livre concorrência e a busca do pleno emprego respectivamente. Não há como deixar de identificar que ditos princípios se sustentam sobre valores, sendo estes considerados como *comportamentos recomendáveis*.⁸⁶ Enquanto o inciso IV traz uma norma-princípio de caráter nitidamente liberal, o inciso VIII contém um princípio ligado a uma postura intervencionista do Estado.

Tomando-se por base a Constituição de 1988, verifica-se, então, que a mesma pode ser considerada dirigente e compromissória, uma vez que traz em seu bojo um projeto de futuro, assim como também consiste em um corpo de normas que, mesmo implicitamente, reflete o equilíbrio harmônico entre valores ligados a posições ideológicas liberais e valores afetos ao modelo de Estado Social. A esse respeito, mostra-se oportuna a lição de José Joaquim Gomes Canotilho a respeito da Constituição Portuguesa, mas que, neste particular, serve bem à classificação da Lei Maior brasileira.

O carácter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de “conflitos profundos” (*deep conflict*), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialéctico-social dos direitos económicos, sociais e culturais, o compromisso entre “legitimidade eleitoral” e “legitimidade revolucionária”, o compromisso entre princípio da unidade do Estado e o princípio da autonomia regional e local, o compromisso entre democracia representativa e democracia participativa.⁸⁷

Enfim, a Constituição reflete, indiretamente e por meio de normas, uma ordem de valores que, se não são ponderados entre si para a concretização dos objetivos estabelecidos no artigo 3º, da Constituição Federal, influem quando da atribuição de pesos aos desdobramentos de cada direito fundamental ou meio de proteção na terceira fase do sopesamento: a verificação

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. op.cit., p.317.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p.218.

da proporcionalidade em sentido estrito. Justamente por conta disso, como já exposto alhures (vide 3.2), devem ser reconhecidos espaços insuperáveis de discricionariedade na atividade do Estado, mesmo em se tratando da *praxis* dos direitos fundamentais. O sopesamento, ainda que levado a efeito entre normas deontológicas, tocará valores e, portanto, sofrerá influência da visão de mundo de quem sopesa.

Isso, todavia, não altera o papel que deve desempenhar a Constituição Federal na atualidade, que se não está avulsa no fio que conduz a história, também não se encontra espelhada àquela realidade revolucionária de 1789. O panorama se alterou e os desafios que se colocam ao Estado de hoje diferem daqueles de outrora. Acerca dessas mudanças, é interessante que se mencionem as conclusões de Ferrajoli, ainda que o jurista italiano divirja em considerável parcela das premissas aqui adotadas, em especial no que toca ao sopesamento enquanto método idôneo para a harmonização do sistema de direitos fundamentais:

...enquanto o Estado de direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem. Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. [garantias liberais e garantias sociais ou positivas] (...) As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas para o futuro e têm um alcance inovador.⁸⁸

Recusar à Constituição Federal um papel transformador da realidade periférica brasileira, implica tornar estéril a proibição da proteção deficiente já que esta é uma importante ferramenta de ruptura do *status quo*, servindo ao propósito de, nos termos referidos neste estudo, tornar realizáveis os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CONCLUSÃO

Diante das tragédias que a humanidade foi capaz de produzir no último século e meio a despeito da racionalidade que inspirou a aurora da modernidade, uma conclusão é inafastável: é preciso mudar.

A sociedade atualmente não passa de uma soma de individualidades, quando, na verdade, deveria perfazer-se em algo mais, algo representativo daquilo que confere humanidade ao homem, a dizer, sua capacidade de interação para além da satisfação de seus instintos. A cultura, o modo de fazer, de produzir e de amar esvaziam-se de sentido em um mundo no qual o contato se dá por vias impessoais que acabam por posicionar as mazelas da atualidade em local distante dos olhos de cada um, a não ser daqueles que com elas sofrem no cotidiano. Como bem percebido por Baumann, na obra já citada no presente estudo, em tempos de *modernidade líquida* os indivíduos se unem quase que somente para consumir e, consumindo, deixam de lado ideias, sentimentos e sonhos que os tornam humanos.

Nesse cenário, a utopia se mostra ridícula, ultrapassada e fora de propósito dentro do âmbito de abrangência do debate político, cada vez mais estéril pela insuficiência dos princípios formais sobre os quais se sustenta a República, nos termos em que colocados em prática atualmente pelos poderes constituídos.

O Estado-Legislator se esquivava de sua missão institucional, em homenagem a objetivos puramente eleitorais. Colocando na balança os prós e os contras de uma tomada de posição firme e resoluta em relação a questões polêmicas, os parlamentares levam em consideração apenas as consequências que se produzirão no outubro de eleição. O mesmo ocorre com o Estado-Administração, que se vê diante da tarefa de instituir políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais e, simultaneamente, é compelido a fazer inchar a máquina administrativa para poder acomodar os interesses eleitorais dos aliados que lhe são essenciais para governar.

Em um ambiente de escassez de recursos, a tomada de decisões unicamente pela régua do interesse eleitoral se revela desastrosa, posto que faz recair sobre o Estado-Juiz um protagonismo que lhe é deveras nocivo diante do papel a que se presta: servir de instrumento de controle contramajoritário.

A tensão entre princípios formais e substanciais, como visto no transcurso do presente estudo, tende a acirrar-se com esse famigerado protagonismo do julgador.

Se é no Supremo Tribunal Federal que acabam sendo decididas as questões mais relevantes para a sociedade e se a própria sociedade, por mero pragmatismo, não se preocupa com essa nítida violação aos princípios formais, a consequência não será outra senão a permeabilização do Estado-Juiz a ingerências de seus poderes congêneres. Com isso, o julgador não poderá mais ser contramajoritário sem ser, ele próprio, tirânico.

Em face ímpeto autodestrutivo da humanidade e da completa subversão dos princípios formais que estruturam o modelo republicano, há que serem retomadas as utopias, reinserindo-as no debate político. As utopias são importantes, não como projetos de uma realidade apta a ser implementada, mas como fonte de esperança de um futuro de harmonização entre princípios formais e substanciais no ambiente democrático.

Nessa esteira, a proibição da proteção deficiente se apresenta como ferramenta eficaz para a ruptura com o *status quo*, principalmente no que concerne à sua aplicabilidade no campo dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, já que o Brasil jamais experimentou as decorrências práticas de um verdadeiro Estado Social.

Todavia, a defesa do coletivo, da sociedade, não pode, em hipótese alguma, sobrepor-se aprioristicamente sobre a defesa do indivíduo, uma vez que a razão de ser da sociedade, como visto no segundo capítulo, é servir de meio para garantia da coexistência pacífica entre os indivíduos. Assim, não se pode sacrificar o fim em prol do meio.

Trata-se de uma tarefa difícil, encontrar o justo equilíbrio entre proibição da proteção deficiente e proibição de excesso. A defesa da sociedade, enquanto mera abstração coletiva, pode muito bem resultar na inauguração de um modelo totalitário e policial de Estado, ao passo que a supremacia absoluta da faceta liberal dos direitos fundamentais e, com ela, da proibição do excesso, conduzirá fatalmente à manutenção do triste estado em que se encontra a sociedade.

Equilíbrio, tão difícil e tão necessário...

Fato é que, como já mencionado, se caminha para a autodestruição, razão pela qual, em tal conjuntura, ser conservador não significa ser estático, mas caminhar para trás. Por mais paradoxal que possa parecer, adotando-se uma postura liberal agora, a sociedade colocará em risco as próprias conquistas do Estado de Direito no futuro. Nesse sentido, basta relembrar que é justamente no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, pedra fundamental do Estado de Direito, que o dever de proteção e, com ele, a proibição da proteção deficiente, mostra-se mais evidente.

Para que seja possível cumprir o dever de proteção, é imprescindível que se possa contar com um estado dotado dos meios minimamente adequados. Não só meios normativos compatíveis com a Constituição Federal, mas também, e principalmente, meios materiais que sirvam ao propósito de buscar atingir os objetivos fundamentais corajosamente estabelecidos no artigo 3º, da Lei Maior.

No presente estudo, um singelo passo no sentido da compreensão da proibição da proteção deficiente, chegou-se a algumas conclusões, dentre as quais se destacam as seguintes: a) ao dever de proteção, desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, corresponde, em regra, um direito subjetivo à proteção correlato; b) a proibição da proteção suficiente conta com natureza principiológica instrumental em relação aos direitos fundamentais; c) o espaço de conformação do Estado-Legislator para observância do dever de proteção varia da simples abstenção à criminalização de condutas; d) as escolhas dos meios de proteção pelo Estado-Administração e pelo Estado-Legislator são sindicáveis pelo Estado-Juiz segundo o critério da proibição da proteção deficiente; e) o sopesamento é o método a ser seguido para verificação da (in)suficiência de proteção; f) os direitos prestacionais se inserem na esfera de abrangência da aplicabilidade do conceito de proibição da proteção deficiente; e g) a proteção adequada dos bens jurídicos objetos de direitos fundamentais é medida necessária para que se cumpra o projeto contido na Constituição de 1988, que é dirigente e compromissória.

Enfim, proteger adequadamente os bens jurídicos fundamentais como forma de ver atingidos os objetivos fundamentais da República não deixa de ser uma pretensão que, em certa medida, se carrega-se de utopia. Em um cenário de destruição desenfreada dos recursos naturais, de esfacelamento do tecido social e de ostracismo completo do sentimento de amor ao próximo que deveria animar as interações humanas, fixar como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é sim reflexo de uma visão utópica da engenharia social.

Por conta disso, ainda há razões para se mirar o futuro com esperança, crente na superação das dificuldades e na obtenção do justo equilíbrio, não só entre proibição de excesso e de proteção deficiente, mas também, e principalmente, entre os três vértices que sustentam a modernidade: liberdade, igualdade e fraternidade.

Desta feita, desistir das utopias é desistir do futuro.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martinsfontes, 2011.
- _____. **On Constitutional Rights to Protection**. *Legisprudence*, V.3, nº 1, 2009.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leandro Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2009.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martinsfontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista in Garantismo, Hermenêutica e (neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 2º ed. São Paulo: RT, 2006.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial.** 28/11/2011. 98f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.** Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade.** V.1, Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LIMONGI, Fernando; e FIGUEIREDO, Argelina. **Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão.** Revista Lua Nova, nº 44, 1998, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>>, acesso em 29/07/2013.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo in Os Pensadores.** V. 18. São Paulo: Abril, 1973.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência.** Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Vol.LXXXI, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-positivismo in Garantismo, Hermenêutica e (neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O Dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 de março de 2013.

STRECK, Maria Luiza Schäffer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. V.1, 5ª ed., São Paulo: Método, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. 4ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia Editora, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2004.