

## DIREITOS DE DEFESA, DEVERES DE PROTEÇÃO, PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Michael Schneider Flach\*  
Patrícia Maldaner Cibils\*\*

**Resumo:** O artigo realiza o exame dos direitos fundamentais a partir da perspectiva dos seus direitos de defesa e dos deveres de proteção. Em decorrência do sistema constitucional, o Estado possui determinadas obrigações frente aos seus cidadãos, as quais não podem ser violadas, nem por imposições desmedidas, tampouco pela ausência da devida proteção. Contudo, na hipótese de colisão de tais categorias, devemos recorrer à ponderação dos bens e direitos no caso concreto, dentro de um juízo de proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direitos de Defesa e Deveres de Proteção. Colisão e ponderação. Direitos Fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Direito Constitucional.

**Abstract:** This article examines the fundamental rights from the perspective of their defenses and protections. As a result of the Constitutional system, the State has obligations in favor of its citizens, which can not be violated, either by excessive impositions, or by the absence of due protection. However, in the case of clashing rules between them, we must utilize the considerations in the case, from a judgment of proportionality.

**Keywords:** Rights of Defense and Duties of Protection. Clashing rules and considerations. Fundamental rights. Principle of proportionality. Constitutional Law.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direitos de Defesa. 3. Deveres de Proteção. 4. Colisão de Direitos e Ponderação. 5. Considerações finais. Referências.

\* Promotor de Justiça, Mestre em Ciências Criminais (PUCRS), Especialista em Direito Penal Contemporâneo (Unisinos), Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Ambiental Nacional e Internacional da UFRGS, Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas e da Pós-graduação da FMP. E-mail: mflach@mprs.mp.br.

\*\* Procuradora do Estado do RS, Bacharela em Direito pela UFRGS, Pós-graduanda em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FMP. E-mail: pmcibils@gmail.com.

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1998 inaugura uma nova geração em termos de garantias jurídicas e de direitos fundamentais. Prova disto é que no seu preâmbulo está gravado o propósito de instituir um *Estado Democrático*, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, com harmonia, ordem e busca de soluções pacíficas.

Igualmente, estabelece entre os seus Princípios fundantes a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, o *pluralismo*, os *valores sociais* e a *soberania*. Por sua vez, o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais está lançando no art. 5º, cujo texto reconhece, sem a possibilidade de retrocessos, a *igualdade* máxima de todos, perante a lei e o Estado, “sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nessa perspectiva, iremos analisar um dos núcleos básicos do nosso arcabouço constitucional, consistente na imposição inarredável para o Estado de observar os direitos de defesa, os deveres de proteção e a sua relação com os direitos fundamentais, com a possibilidade de colisão entre tais institutos e a necessidade da devida e proporcional *ponderação*.

## 2 Direitos de defesa

Conforme a concepção clássica de matriz liberal-burguesa, num primeiro plano os direitos fundamentais constituem-se em direitos de defesa do cidadão contra as ingerências do Estado em face da sua vida, liberdade e patrimônio. A partir disso, na função de defesa os direitos fundamentais objetivam limitar o poder estatal, garantindo ao indivíduo um patamar de liberdade, bem como “outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas” e eliminar agressões que esteja a sofrer no âmbito dos seus direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.<sup>1</sup>

Desta forma, no plano defensivo, os direitos fundamentais são voltados a proteger o indivíduo contra as intervenções dos Poderes Públicos, como direitos de defesa do cidadão em face do Estado. O que gera um dever de abstenção de parte dos poderes públicos e uma obrigação de respeitar determinados inte-

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 186, citando Starck, Jarass-Pieroth e Bleckmann e Manssen.



resses individuais, de modo a omitir-se da prática de ingerências indevidas e a intervir na esfera pessoal de liberdade do cidadão “apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”.<sup>2</sup>

Nota-se, porém, que a função de defesa dos direitos fundamentais não importa a plena exclusão do Estado nesta relação, mas uma formalização e uma limitação do seu poder interventor, vinculando o âmbito de ingerências dos poderes públicos a dadas condições e pressupostos de índole material e procedimental. De modo a não implicar, meramente, a vedação interventiva na esfera de liberdade pessoal, e, sim, bloquear as condutas ameaçadoras e agressivas que estejam desconformes com a Constituição.<sup>3</sup>

Assim, para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva. No plano objetivo, constituem-se em “normas de competência negativas para os poderes públicos”, de modo a proibir “as ingerências destes na esfera jurídico-individual”. E, no patamar subjetivo, implicam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva)” e exigir omissões do Estado para “evitar agressões lesivas por parte” deste (liberdade negativa).<sup>4</sup>

Nesse lastro, na categoria de defesa os direitos fundamentais operam como limitadores do uso abusivo do poder público, de modo a garantir ao indivíduo uma tutela especial contra as ingerências externas, notadamente as do Estado. Mas não apenas isto, pois também se projetam frente aos particulares, para que se abstenham de atos que possam perturbar o exercício de comportamentos permitidos. De onde, possibilitam ao cidadão um relativo arbítrio nas suas condutas, desde que tal zona de liberdade não importe a violação de outros direitos protegidos.

Para tanto, os direitos de defesa assumem identificação com os “fundamentais da primeira dimensão, integrados pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade”. Abrangem ainda “as mais diversas posições jurídicas que os direi-

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433 e 442.

<sup>3</sup> DREIER, Horst, 1994, p. 506, apud SARLET, op. cit., *A Eficácia [...]*, 2008, p. 186. Ver ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas em Torno da Relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais, Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. 2. ed., São Paulo, Método, 2008, p. 155-185.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408. Vide CANOTILHO, Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 346-348; e CANOTILHO, Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros (Org.); GUERRA Filho W. S. *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.



tos fundamentais intentam proteger”, contra as ingerências indevidas dos entes públicos e privados, assegurando a personalidade e a autonomia do indivíduo, nos limites e na forma da lei.<sup>5</sup>

Conforme Alexy os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: “direitos a que o Estado não impeça” ou dificulte “determinadas *ações* do titular”; direitos a que “o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito”, e “direitos a que o Estado não elimine” certas “*posições jurídicas* do titular do direito”.<sup>6</sup>

O primeiro grupo consiste no direito ao não embaraço de ações, no sentido de que o Estado não impeça, dificulte ou represente algum obstáculo indevido a tais atos, como no caso de manifestações lícitas de opinião, de credo ou de expressão artística. Aqui, quando algum ente estatal for o responsável pelo ato perturbador, a não violação do direito fundamental assume a característica de direito de defesa puro, impondo ao causador do obstáculo um dever de não impedir o comportamento permitido. Mas, como tais impedimentos também podem ser praticados por particulares, nesta hipótese ao direito de defesa alia-se um dever prestacional por parte do Estado, para que o entrave seja proibido, removido e o direito fundamental possa ser exercido lícitamente.<sup>7</sup>

O outro direito consiste na não afetação de certas características e situações do titular do direito fundamental por parte do Estado, que podem ser exemplificadas no direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações (art. 5º, XI e XII CF), como o impedimento de que uma situação *jusfundamental* reconhecida seja afetada.

O terceiro grupo de direitos de defesa como “ações estatais negativas” é o dos “direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”. Aqui, tomando como base a necessidade de conformação pelo legislador ordinário do direito fundamental insculpido na Constituição, este grupo representa uma posição de defesa, no sentido de que a norma válida, correspondente a um direito, não sofra um ato estatal que a prejudique, de modo a descaracterizar ou a eliminar tal direito (posição).<sup>8</sup>

Contudo, importa observar que, nos casos em que é exigível o não impedimento de condutas e a não afetação de situações do titular, pode ser necessária a chamada “prestação negativa”, não como um direito de proteção direta, mas como complemento ao de defesa. Pois, no plano subjetivo, este implica tanto a liberdade positiva de exercer certos direitos, como a negativa de exigir a omissão de atos que sejam prejudiciais.

<sup>5</sup> SARLET, op. cit., *A Eficácia [...]*, 2008, p. 187, inclusive com amparo no escólio de Stern.

<sup>6</sup> ALEXY, op. cit., p. 196, grifos no original. O autor apresenta a estrutura do que denomina de “direitos a algo”, nos quais estão os “direitos a ações negativas (direitos de defesa)” e a “ações positivas”.

<sup>7</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 196.

<sup>8</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 199.

Ocorre que embora da leitura dos direitos fundamentais desponte uma função de primazia defensiva, a qual assegura ao indivíduo uma ampla margem de liberdade e de autodeterminação, verifica-se que tal liberdade roga a presença de certos pressupostos onde a fruição efetiva dos direitos de defesa pode conectar-se a dadas prestações, cuja incidência indireta nem por isso confunde a função de defesa com a de proteção.<sup>9</sup>

Em tais situações, o dever de abstenção de atos que embarquem ou afetem os citados direitos fundamentais é um autêntico “direito de defesa”. Ao qual, de modo indireto, também corresponderá um determinado âmbito de proteção, para que não seja frustrado o seu devido exercício e nem afetada a fruição das garantias que lhe são inerentes. Tudo de modo a cumprir na íntegra a sua função original defensiva, e sem que isso altere esta sua característica. Já que aqui, tal modalidade protetiva é instituída por um direito de igual conteúdo ao que comina que o Estado ou o particular não venham a impedir, nem afetar o gozo do respectivo direito.

Nesse lastro, é interessante referir a teoria dos quatro *status* de Jellinek, para a qual Alexy apresenta uma elaboração, onde o “*status* negativo em sentido *amplo* – que extrapola a sistemática de Jellinek – diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o *status* negativo em sentido *estrito*” (este apenas quanto às “liberdades jurídicas não protegidas”). Já “ao *status* positivo em sentido *estrito* pertencem somente direitos a ações positivas”. Enquanto que ao positivo em “sentido *amplo*, pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas”. Ou seja, os direitos que são acrescidos ao “*status* negativo em sentido *estrito*, para que se possa convertê-lo em um *status* negativo em sentido *amplo* (direitos de defesa), são uma subespécie dos direitos do *status* positivo em sentido *amplo*”.<sup>10</sup>

Por sua vez, Battis e Guzy entendem que, como na sua condição de defesa os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade do cidadão contra interferências estatais ilegítimas, a violação de tal preceito gera uma correspondente pretensão do indivíduo em face do Estado, consistente em abstenção, revogação e anulação.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., 2006, p. 259. Aqui, expomos que a prestação negativa não incide só sobre o “não impedimento” (como direitos ao exercício e ao não embaraço de condutas). Mas também sobre os direitos a “não afetação”, para garantir a manutenção e a ausência de ataques às situações que estas representam.

<sup>10</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 267 (grifos no original). Sobre a teoria dos *status* de Jellinek, v. p. 254-75.

<sup>11</sup> BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, 1999, p. 236, apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3. Aqui, os autores acrescem as pretensões de “consideração”, e “defesa” contra terceiros. Já FREITAS, L. F. Calil. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-69, explica que ao “direito a não obstaculização de um ato cor-

Entretanto, salienta-se que na classificação dos direitos fundamentais os direitos de “defesa” e de “proteção” pertencem a categorias diferentes. Sendo que o ponto em comum é apenas a natureza dos bens protegidos e as pretensões que em ambos são dirigidas ao Estado. Mas, com a crucial diferença que no direito de defesa a ameaça é estatal, e no de proteção é de terceiros, de modo que aqui incumbirá ao poder público defender o cidadão do ataque ilícito.

Afinal, na sua função de defesa “os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídico-fundamentais”. Ao passo que, no desempenho da função ligada aos deveres de proteção, como imperativos de tutela, “as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado”, em cujo desempenho é autorizado e obrigado a agir preventiva ou repressivamente.<sup>12</sup>

### 3 Deveres de proteção

Da evolução do Estado de Direito sob a figura do Contrato Social, decorre que este não pode ser visto apenas como um instrumento de mediação das relações entre o cidadão e o poder público, mas que tal pacto também é válido em face dos membros da sociedade, na medida em que todos tem o dever de respeitar os direitos dos demais. Afinal, por vivermos em comunidade, o direito de um requer, por parte dos outros, condutas compatíveis com seu exercício, fazendo com que o Estado tenha a obrigação não apenas de respeitar os direitos fundamentais, mas também de garanti-los.

Considerando-se que os direitos, as liberdades e as garantias reúnem direitos de conteúdo diferente, de estrutura variável e passíveis de formas diversas de serem realizados, para a sua concretização não é exigível apenas uma conduta de abstenção por parte do Estado, mas também ações em nível prestacional. Inclusive em face de certas liberdades nas quais a ausência de prestações positivas poderia inviabilizá-los, tendo em vista que seu livre exercício também roga condições de segurança mínima.<sup>13</sup>

Na sua versão mais conhecida, os direitos fundamentais estão voltados a resguardar o indivíduo contra as intervenções dos poderes públicos, como direitos

responde à proibição de atos que configurem” embaraço. E que “a proteção que esse estabelece é do tipo proteção negativa.”. Pois, as normas fundamentais “expressamente permissivas constituem” as chamadas “liberdades protegidas”, as quais “correspondem às ações incluídas no âmbito de proteção daquelas.”

<sup>12</sup> SARLET, op. cit., 2008, p. 217-219. V. SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-75.

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 100-102.

de defesa do cidadão frente ao Estado, devendo este abster-se de agir contra aquele. Porém, em favor do indivíduo incide ainda um direito a uma ação estatal positiva, o qual, em termos prestacionais, engloba obrigações variadas, incluindo as de proteção do sujeito contra condutas de outros cidadãos, mesmo que por meio de normas sancionadoras,<sup>14</sup> sejam estas administrativas ou de teor criminal.

Assim, de um lado, se a função primeira dos direitos fundamentais é defender o cidadão perante as ingerências do poder público; de outro também milita em favor daquele um direito de proteção. Sendo que este impõe ao Estado o dever de tutelar os direitos fundamentais dos titulares, diante de eventuais agressões alheias; como no caso do direito à vida, o qual o Estado está obrigado a proteger de forma eficiente.<sup>15</sup>

Nesse norte, diante do dever geral de efetivar os direitos fundamentais, ao ente estatal incumbe zelar pela sua proteção, o que desencadeia a obrigação de adotar medidas positivas para garantir e tutelar a fruição destes direitos de forma eficaz. De modo a disponibilizar os meios materiais adequados e “implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”.<sup>16</sup>

Tal categoria é a dos direitos fundamentais à prestação, os quais garantem a liberdade tanto perante o Estado, como por intermédio dele, seja de ataques públicos ou privados, partindo do fato de que a conquista e a manutenção das liberdades cidadãs “dependem em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”. Assim, o ônus estatal reside tanto em se abster de intervenções indevidas na área de liberdade do indivíduo, como em realizar ações objetivando garantir e proteger os direitos fundamentais.<sup>17</sup>

A partir disso, os direitos fundamentais passam a emanar um duplo comando, que, de um lado, firma resistência sob a forma de proibições de intervenção, e, de outro, requer proteção, sob pena de insuficiência. Nesta face, incidem os imperativos de tutela a serem exercidos pelo Estado em favor do cidadão, os quais podem ser decompostos em deveres de: proibição (proibir certa conduta), segurança (proteger o indivíduo contra ataques alheios por meio de dadas medidas) e evitar riscos (prevenção e proteção).<sup>18</sup>

<sup>14</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 442.

<sup>15</sup> CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 408-9. Na mesma linha, VIEIRA, Iscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46-47.

<sup>16</sup> SARLET, op. cit., *A Eficácia [...]*, 2008, p. 204 e 210. Vide, SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-151; e KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. In: *Dimensões da Dignidade*, idem, op. cit., p. 153-184.

<sup>17</sup> SARLET, op. cit., *A Eficácia [...]*, 2008, p. 204 e 210, remetendo à lição de Pieroth e Schlink.

<sup>18</sup> RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke, 1996, p. 35-6, apud MENDES, op. cit., 2007, p. 12.

Conforme Alexy, todo o direito à ação positiva do Estado assume a forma de um direito de prestação, nos quais se incluem desde a tutela do indivíduo contra os seus pares por meio das leis penais, passam pelas normas de organização e procedimento, e englobam as prestações sociais específicas de bens e serviços. Aqui, os direitos a prestações em sentido amplo são por ele divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito.<sup>19</sup>

Desta forma, os *direitos de prestação em sentido amplo* são dotados de uma pretensão “prima facie” dirigida para que os poderes públicos desenvolvam meios e cumpram deveres de atuação destinados a garantir a fruição efetiva das liberdades (proteção em sentido estrito); a dispor de procedimentos e de organização institucional para que o Estado tutele adequadamente os direitos fundamentais (direitos à organização e procedimento), e a prover os mecanismos sociais indispensáveis ao exercício de tais direitos e a satisfação das necessidades básicas (direitos sociais).<sup>20</sup>

Explica Alexy que os direitos de tal natureza podem ser considerados como prestacionais apenas quando “se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional”, devendo ser diferenciados dos direitos subjetivos sem gabarito constitucional e dos que, tendo este nível, não outorguem direitos subjetivos, assumindo o caráter de objetivo. Aqui, “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva” deste em favor daquele, o qual “tem a competência de exigir judicialmente esse direito”.<sup>21</sup>

Com efeito, adverte Grimm que o dever de proteção não se confunde com os direitos sociais e prestacionais de segunda geração. Mas, sim, é um direito de primeira geração, ligado às liberdades tradicionais e individuais na sua dimensão horizontal, e que se constitui numa outra face dos direitos fundamentais. Sendo que estes, em verdade, não assumem apenas o polo negativo de proteção das liberdades pessoais em face do Estado, mas também representam o dever de tutelar o indivíduo diante de outros agentes e formas de ataques.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ALEXY, op. cit., p. 442-444.

<sup>20</sup> BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007, p. 806-807. Ver BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, C. Pereira (Org.); SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>21</sup> ALEXY, op. cit., p. 445.

<sup>22</sup> GRIMM, Dieter. *A Função Protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, C. Pereira (Org.); SARMENTO, D. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 156-157, 2007.

No presente artigo, estamos analisando os deveres de proteção a partir de conceitos como os de Alexy, que os qualifica como sendo os que detêm o “titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, diante das mais diversas formas de perigo e lesão aos respectivos bens jurídicos, o que deverá ser realizado de modo compatível e eficiente, inclusive por meio de normas criminais.<sup>23</sup>

Na espécie, este autor alemão considera os direitos à proteção como “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas do Estado”, para “demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia”, além da “exigibilidade e a realização” desses limites. Tal nexos ocorre num processo de configuração e aplicação estatal, para cuja análise correta também devem ser considerados os problemas conexos relacionados “a existência, a estrutura e a justiciabilidade desses direitos”.<sup>24</sup>

Para tanto, com o fim de realizar os direitos à proteção, entre as ações positivas que o legislador deve desempenhar as “fáticas” podem ser exemplificadas na figura de medidas de direito administrativo, ou mesmo ações ligadas à segurança pública. Já as ações “normativas” consistem na elaboração de normas, como as de caráter penal voltadas para a tutela eficaz dos direitos fundamentais e para a criminalização dos atentados contra eles.<sup>25</sup>

Contudo, assinala Novais sobre a aceitação de duas formas de integrar o dever estatal de proteção. Uma como obrigação correspondente de um “eventual direito subjetivo, em sentido lato, dos particulares à proteção ou à segurança”. A outra como “consequência jurídica dos conteúdos objetivos positivos dos direitos fundamentais ou da sua natureza de decisões objetivas de valor”, posição esta na qual ele se filia.<sup>26</sup>

A tal respeito, Alexy informa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha “não é muito clara em relação à alternativa direito subjetivo ou (mera) norma objetiva”, e que, embora a citada Corte prefira “formulações e construções objetivas”, também são “percebidas indicações claras no sentido de uma interpretação subjetiva”. De modo que, no âmbito da jurisprudência deste Tribunal estrangeiro, é possível afirmar “que o problema da subjetivação dos deveres de proteção ainda está em aberto”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> ALEXY, op. cit., p. 450. Vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>24</sup> ALEXY, op. cit., p. 450-451, acrescentando que tal “é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica”.

<sup>25</sup> ALEXY, op. cit., p. 202; e ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52. Ver também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança, *Revista da Ajuris*, ano 35, n. 109, p. 57-71, mar. 2008.

<sup>26</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 86-87.

<sup>27</sup> ALEXY, op. cit., p. 452-453.

Da mesma forma, Dieter Grimm observa “uma tendência geral de ‘subjeter’ os elementos objetivos dos direitos fundamentais”, o que tem sido realizado pela Corte Constitucional alemã em relação aos direitos de proteção. Isto significa que o “indivíduo cujo interesse constitucionalmente protegido pode vir a ser violado por terceiros tem uma pretensão contra o Estado caso as leis existentes não o protejam de forma suficiente.” Então, aqui, o legislador, que se queda omissivo nas situações em que deveria agir, viola tanto o direito constitucional objetivo quanto o individual do cidadão.<sup>28</sup>

Neste particular, entende Robert Alexy que apenas a “subjeterização dos deveres de proteção faz justiça ‘ao sentido original e permanente dos direitos fundamentais’ como direitos individuais”, sendo que tal subjeterização pode ser justificada “por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais.”. A vantagem principal deste viés é “que o reconhecimento de direitos subjeterivos implica um maior grau de realização que o simples estabelecimento de um dever objetivo”, pois uma mera “proibição objetiva de intervenção significaria menos que um direito subjeterivo de conteúdo similar.”. De modo que a faceta objetiva seria um reforço da proteção jurídica dos direitos subjeterivos.<sup>29</sup>

Por sua vez, Jorge Reis Novais considera que a “dedução de deveres concretos de atuação estatal, designadamente por força do encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros” é uma decorrência da dimensão objetiva de tais direitos, a partir da sua inserção comunitária. Assim, adviria daqui a obrigação estatal de “velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das atividades por ele tipicamente protegidas”, seja por entes públicos ou por terceiros.<sup>30</sup>

Para este autorluso, resultando dos conteúdos jurídico-objetivos positivos o dever de proteção, o Estado está obrigado a uma atuação normativa ou fática “tendente a garantir os bens e as atividades protegidas dos direitos fundamen-

<sup>28</sup> GRIMM, op. cit., p. 163. V. SCAFF, Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. O Efeito Vinculante e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Brasil, *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 527-56, jan./jun. 2005.

<sup>29</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 452-456. Mas, explica que em certas decisões o Tribunal fala apenas em “dever do Estado, e não em direitos do indivíduo à proteção” (Schleyer: BVerfGE 46, 160 [164-5]), ou apresenta distinção entre direitos fundamentais e “deveres jurídico-objetivos de proteção, que podem ser derivados da ordem de direitos fundamentais” (Kalkar: BVerfGE 49, 89 (140)], demonstrando uma tendência objetiva. Mas sobre a “subjeterização do dever de proteção” na decisão Mülheim-Karlich tal é “inevitável, pois esse caso dizia respeito a uma reclamação constitucional que só pode se basear em uma violação de direitos”.

<sup>30</sup> NOVAIS, op. cit., p. 86-87. Ainda, entende que a maioria da doutrina adere à posição objetiva, enquanto que, na de direito subjeterivo, “o dever de proteção integrar-se-ia na vertente negativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, como conjunto de deveres impostos ao Estado por tais normas fundamentais.

tais” contra ataques. Aqui, o dever de proteção pode ser traduzido “numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica”, onde, nela e por via dela, “os direitos fundamentais estejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efetivação”.<sup>31</sup>

Por tal concepção, da face objetiva dos direitos fundamentais é que resultariam as diretrizes sobre o dever de proteção e o ônus estatal de garantir um padrão mínimo de tutela, que se não observados redundariam em violar a proibição constitucional de atuação deficiente. Diante da qual estão vinculados os poderes públicos com vistas a propiciar condições mínimas para o resguardo e o exercício dos direitos fundamentais.<sup>32</sup>

De onde, conforme Böckenförde, “o dever de proteção pode constituir o conceito central da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais”, nos quais este produz efeitos de promoção e proteção, gerando ao Estado o dever de propiciar condições objetivas mínimas para o exercício dos mesmos.<sup>33</sup> Não apenas na via material, mas também por meio de prestações normativas, no sentido de possibilitar um padrão mínimo que garanta o efetivo exercício das liberdades lícitas dos cidadãos, bem como as condições para a concretização e observância das garantias constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, Hesse explica que, dentro da ordem constitucional, o especial significado dos direitos fundamentais gera a correspondente aspiração de proteger e conservar a sua eficácia, obrigando o Estado a fazer o possível para a sua realização. Em decorrência, daí abstrai-se que dos direitos fundamentais resulta diretamente um “dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas” de pessoas ou poderes, não só por omissões, mas também por ações.<sup>34</sup>

Quanto à celeuma no qual “até que ponto ao dever de proteção objetiva do Estado corresponde um direito subjetivo do cidadão no sentido de uma pretensão individual processável”, esgrima Hesse que “tal pretensão pressupõe que ela se deixe desenvolver com precisão suficiente do direito objetivo”. O que, em regra, gerará para o Estado o dever de agir, sem que ele esteja vinculado ao modo “como” tal ação será realizada, salvo quando o seu espaço de conformação estiver reduzido a zero.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> NOVAIS, op. cit., p. 82-83 e 88-89, acrescentando que tal atuação também pode ser judicial.

<sup>32</sup> FERNÁNDES SEGADO, Francisco. El Derecho a la Libertad y a la Seguridad Personal en España. In: *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem [...]*, op. cit., 2001, p. 416-423; e NOVAIS, op. cit., 2003, p. 76-77.

<sup>33</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, 1990, p. 12, apud NOVAIS, op. cit., 2003, p. 89.

<sup>34</sup> HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 264 e 278. Ver também, HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: SAFE: 2008; e HECK, Luís Afonso. “O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais”. Porto Alegre: SAFE: 1995.

<sup>35</sup> HESSE, op. cit., p. 280-281. Mas é claro, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Para tais situações, entende Vieira de Andrade que só se deve aceitar um direito subjetivo à proteção, correspondente a tal dever estatal, “quando se trate de uma atuação pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjetivo”, no seu aspecto nuclear e na proporção do seu relevo.<sup>36</sup>

De qualquer forma, a dimensão dupla dos direitos fundamentais exige não só uma abstenção estatal, mas também uma ação positiva, e que, como imperativo de tutela, seja capaz de proporcionar a proteção efetiva que se espera e se necessita de um autêntico Estado de Direito. Sendo ônus do Poder Público “recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.<sup>37</sup>

Portanto, como o Estado se encontra obrigado por uma norma fundamental a proteger de forma eficaz um bem jurídico especialmente importante, com frequência será inevitável que as liberdades dos demais detentores de direitos fundamentais sejam atingidas por tais meios protetivos. Afinal, é dever de aquele zelar pela dignidade da pessoa e dos valores a ela inerentes, nem que para tanto, por vezes, tenha de restringir certas liberdades, justamente para que os outros possam usufruir da devida liberdade.<sup>38</sup>

#### 4 Colisão de direitos e ponderação

Conforme visto, além de se abster de certos atos que violariam os direitos, o Estado ainda está obrigado a agir diante das ameaças aos bens jurídico-fundamentais, encontrando-se numa dupla posição na qual, ao deter o monopólio da força legítima, pode se apresentar como um agressor dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que deve assegurar a proteção de tais direitos diante dos ataques de terceiros.<sup>39</sup>

Aqui, para a compreensão das duas faces do princípio da proporcionalidade, é preciso observar que os deveres de proteção e de defesa possuem estrutura diferente. Neste, resta proibida toda e qualquer conduta que afete nega-

<sup>36</sup> ANDRADE, op. cit., p. 156, alertando sobre a tentação de “ressubjetivar” tais efeitos.

<sup>37</sup> MACHADO, João Batista, 1983, p. 59, apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 434.

<sup>38</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, p. 203. Nesta linha é a decisão da corte suprema da Alemanha, BVerfGE 39, 1, de 25/02/1975, apud SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. MARTINS, Leonardo. (Org.) e Introdução; Trad.: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 271.

<sup>39</sup> GRIMM, op. cit., p. 160.

tivamente o bem jurídico, enquanto que naquele, para proteger o objeto, basta realizar um ato que seja idôneo, embora, quando existe um só meio adequado, será ele o necessário para tal fim.

Assim, é possível estabelecer que para a proteção do bem jurídico o Estado terá de adotar pelo menos uma medida eficaz, e, no caso de existir apenas um meio efetivo, este terá de ser acolhido pelo Estado. Porém, o problema é que os mecanismos de tutela não são distinguíveis facilmente apenas em duas modalidades: de eficazes e ineficazes, pois também existem meios de proteção que são mais ou menos efetivos.

Igualmente, na medida em que os deveres de proteção assumem natureza de princípio, passam a exigir uma tutela o mais ampla possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis. De onde, também poderão representar restrição a outros direitos fundamentais e colidir com os princípios a eles correlatos, o que exigirá o sopesamento dos objetos envolvidos e a análise do âmbito discricionário legislativo.<sup>40</sup>

Nesse particular, aduz Pulido que, quando se apresentar uma colisão entre um direito fundamental de defesa e um de proteção, deve ser aplicado simultaneamente os princípios da proibição do excesso e da deficiência. Aqui, a não realização máxima do direito de proteção só é exigível na medida em que assim o exija o direito de defesa. Já a intervenção, neste direito, só é admissível na medida em que tal for exigível para realizar o direito de tutela, observada, em ambos, a margem de atuação legislativa.<sup>41</sup>

Dessa forma, o cumprimento do dever de proteção justificará a restrição dos direitos de defesa, mas desde que na devida proporção, ponderando-se as garantias de tutela do indivíduo contra a coletividade e desta contra o indivíduo, com o objetivo de assegurar as liberdades exigíveis e cabíveis. Já que aqui não se trava uma relação a dois, mas, sim, uma conexão tripolar entre o cidadão, o Estado e o terceiro.<sup>42</sup>

Portanto, deve-se avaliar simultaneamente as vantagens e os inconvenientes que a restrição ao direito fundamental provoca, junto com o peso dos bens envolvidos, de modo a ponderar os ganhos e as perdas que a alternativa cons-

<sup>40</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 461-464. Ainda, explica que a intervenção na liberdade jurídica, a mensurar a partir “de direitos de defesa, pode ser justificada não apenas por meio da referência à sua exigibilidade para a proteção de interesses coletivos, mas também [...] para a proteção de posições individuais de terceiros.” Já a não garantia de tutela é justificável não só “por meio de uma referência à sua exigibilidade para o respeito de posições individuais de terceiros, mas também [...] para a proteção de interesses coletivos”.

<sup>41</sup> BERNAL PULIDO, op. cit., p. 810-811.

<sup>42</sup> ÁVILA, Tiago, op. cit., p. 59-60; e NOVAIS, op. cit., 2003, p. 92. Ver CRISTÓVAM, José Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 207-266.

truída representa frente a outras que poderiam ser empregadas naquela situação,<sup>43</sup> sem perder de vista a eficácia que o meio representa no âmbito de proteção do outro direito fundamental.

No caso, as colisões podem ser de dois tipos. Num grupo estão as em sentido estrito, que se referem só aos conflitos entre direitos fundamentais, os quais podem ser diversos ou idênticos. Entre estes, destacamos os conflitos dos direitos de defesa com os de proteção, já entre os diversos, a liberdade de opinião frente ao direito à honra. No outro grupo estão as colisões em sentido amplo, envolvendo direitos fundamentais e outros valores constitucionais relevantes, citando-se os “conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional”, a título de exemplo.<sup>44</sup>

Nas colisões de direitos idênticos, de um lado nos deparamos com os de defesa, que ao determinarem abstenções do Estado, no sentido de não interferir no direito de liberdade do cidadão, limitando o poder público pela proibição de excesso. Já no outro, nos defrontamos com os direitos de proteção, os quais exigem que o Estado tutele os bens jurídicos mais relevantes, inclusive com o uso dos instrumentos penais, quando diante das ofensas mais graves, no que se manifestará a proibição da infraproteção.<sup>45</sup>

Na espécie, todos os poderes estatais estão vinculados aos deveres de respeito e de proteção dos direitos fundamentais. Porém, com frequência o seu o cumprimento gera uma limitação de certas liberdades, embora o propósito da proteção seja aumentar a liberdade em geral para atender todos os detentores de direitos fundamentais. De onde, a aparente restrição para um grupo pode ser uma libertação para um outro.<sup>46</sup>

Assim, nota-se que a tutela eficiente do direito fundamental também esbarra em limites quando estiver frente a uma colisão com outro direito desta categoria. Então, se de um lado pende a obrigação estatal de conferir proteção jurídica adequada a determinado objeto, por força da cláusula da proibição deficiente, por outro lado a proibição de excesso também fornece fronteiras para a tutela, em especial a penal.<sup>47</sup>

Portanto, como uma das limitações substanciais surge exatamente dos direitos e liberdades fundamentais dos outros, quando uma determinada proteção

<sup>43</sup> NOVAIS, op. cit., 2003, p. 701.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e a Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, p. 268-73.

<sup>45</sup> ÁVILA, Tiago, op. cit., p. 55. Ver FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus Liberdade de Expressão e Informação*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, p. 115-63.

<sup>46</sup> GRIMM, op. cit., p. 160.

<sup>47</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128.

de direitos “possa por em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por ponderação de bens ou valores em presença e respeite o princípio da proporcionalidade” na sua dupla face. Tudo, conforme as circunstâncias da colisão, a qual determinará uma “preferência específica, condicionada pelas circunstâncias do caso”.<sup>48</sup>

Aqui, na medida em que a Constituição tutela os diversos valores e bens colidentes, assim como não é obrigatória, nem possível a realização plena de cada um deles, também resta vedado o mero sacrifício puro e simples de um em favor do outro. O que torna necessário que os objetos divergentes sejam harmonizados da melhor forma possível, em face daquelas circunstâncias, do seu conteúdo e da sua função, num processo de ponderação concreta dos bens, atento aos preceitos constitucionais aplicáveis.

Em tal procedimento também incide o princípio da proporcionalidade, na medida em que se exige que o sacrifício de um dos valores seja adequado e necessário para a salvaguarda do outro, bem como se impõe que a escolha entre as maneiras de resolver o conflito, em sentido estrito, realize-se de modo a comprimir o menos possível o bem que cederá, atento ao peso e à função constitucional que cada um deles representa.

Nesse quadro, “é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos” do Estado, “a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas”, além do princípio da divisão dos poderes e os limites de liberdade de conformação do legislador, de modo que a figura do Estado protetor não retroceda ao viés totalitário.<sup>49</sup> Ao mesmo tempo em que também não poderá se quedar inerte diante de ataques aos bens jurídicos fundamentais, sob pena de aqui violar a proibição da insuficiência.<sup>50</sup>

Desta forma, nas situações onde o dever de proteção implica intervenções na esfera alheia protegida jurídica e fundamentalmente, nas quais a tutela de um direito signifique uma carga do outro, “torna-se necessária uma compensação proporcional”.<sup>51</sup> De regra, esta caberá ao legislador, o qual dispõe, em

<sup>48</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 149, 157 e 327.

<sup>49</sup> ANDRADE, op. cit., p. 157, 324-326.

<sup>50</sup> Para aprofundar ver FLACH, Michael Schneider. A Intervenção Estatal no Direito de Propriedade e a Salvaguarda de Bens Culturais, *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Plenum, n. 18, jun. 2018, p. 161-167; FLACH, Michael Schneider. A Relação Entre os Direitos Fundamentais e os Coletivos, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 / mar. 2018, p. 107-122; FLACH, Michael Schneider. O Princípio da Proporcionalidade como Limite Penal, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 68, jan./abr. 2011, p. 157-186; e FLACH, Michael Schneider; CIBILS, Patrícia Maldaner. Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Constitucional, *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Caxias do Sul, 2019, n. 22.

<sup>51</sup> HESSE, op. cit., p. 280.

geral, de liberdade conformativa, para avaliar “diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de se estabelecer prioridades”.<sup>52</sup>

Para tanto, é fundamental o emprego da ponderação como técnica de solução dos conflitos normativos que não possam ser resolvidos por outros métodos de caráter jurídico e constitucional. De onde, os diversos “interesses em oposição e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto”. Orientando-se pela quantidade de elementos normativos em prol de uma dada decisão, o peso que eles assumem naquelas condições e o princípio da proporcionalidade.<sup>53</sup>

Assim, atentando a três fatores, primeiro será analisado o “âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito”, avaliando em que medida e peso cada um dos direitos está presente. Após, será verificada a natureza do caso nos seus aspectos relevantes, apreciando tipo, conteúdo, forma e demais circunstâncias. E, por fim, a condição e o comportamento das partes. Todos ponderados num juízo global, mas em função de cada um deles, conforme as diferentes normas e a repercussão dos fatos sobre elas, para apurar os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa.<sup>54</sup>

Além do caso em concreto, a ponderação pode ser realizada de modo abstrato, formulando modelos prévios de solução a serem empregues em situações simétricas e que podem ser modificadas conforme as circunstâncias específicas de um contexto; podendo ser desenvolvidos parâmetros gerais aplicáveis a qualquer ponderação e os específicos que são construídos diante de conflitos entre normas em particular. Mas, com especial destaque para os direitos fundamentais, a dignidade humana e o fato de que os valores relativos às pessoas (v.g. a vida) preferem os de índole material.<sup>55</sup>

Contudo, apesar do relevo, a lei da ponderação não lança indicações prontas e vinculantes que, de forma predeterminada, forneçam um resultado acabado para as colisões em concreto. Ocorre que a Constituição não cria regras de prevalência entre os direitos fundamentais, para fins de solucionar casos de colisão. Mas, sim, confere a alguns deles regimes especiais de tutela, diante da

<sup>52</sup> SARLET, op. cit., *A Eficácia [...]*, 2008, p. 211, referindo aqui a lição de Manssen, Pieroth e Schlink.

<sup>53</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís R. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117 e 57-58.

<sup>54</sup> ANDRADE, op. cit., p. 327-328.

<sup>55</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 107-109, 117-118; e MENDES, op. cit., 2007, p. 80. Ver também ANTUNES, Maria João; D’ÁVILA, Fábio Roberto, GIACOMOLLI, Nereu; SANTOS, Cláudia. *Direito Penal e Constituição. Diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.



sua natureza e para efeitos específicos, os quais operam como ponto de partida numa presunção “prima facie”, suscetível de ser alterada pelos bens e pelas condições específicas da situação.<sup>56</sup>

Ainda assim, segue a ponderação válida e de uma “necessidade ineliminável”.<sup>57</sup> Afinal, é na Constituição que serão localizados os critérios que regem a realização normativa dos direitos fundamentais, bem como os subsídios para solucionar os casos de colisões, de modo a orientar os juízos de valoração e os procedimentos de ponderação concretizadores dos direitos fundamentais, nela estabelecidos não como uma ordem escalonada, mas como um conjunto de valores que interagem entre si.<sup>58</sup>

Exemplo prático é a decisão BVerfGE 7, 377, da Corte Constitucional alemã, aogrifar o relevo do juízo ponderativo, quando afirma que, em se tratando de direitos fundamentais, as intervenções normativas devem realizar uma ponderação cuidadosa entre liberdades individuais e interesses coletivos, de modo que aquelas só podem ser restringidas naquilo em que forem indispensáveis para estas e não violarem o conteúdo essencial do direito fundamental. Para tanto, o legislador deverá optar por meios adequados, que atinjam o direito contraposto da menor forma possível e apenas naquilo que seja necessário para a realização do objetivo lícito pretendido.<sup>59</sup>

Então, ainda que seja possível partir de uma análise em abstrato, é só após um processo de sopesamento e de harmonização que se poderá estabelecer uma “relação de precedência condicionada entre os princípios”. Em que, naquelas condições, um será preferível ao outro; embora, sob outras circunstâncias, a solução pudesse ser diversa, por se tratar de uma ponderação sem “preferências e cedências generalizantes”.<sup>60</sup>

Portanto, diante da ausência de uma hierarquia fixa dos direitos fundamentais, os conflitos de colisão de direitos podem ser resolvidos com base na ponderação e no exame da dupla face da proporcionalidade, onde a importância do direito em discussão, a probabilidade do ataque e a intensidade do dano assumem elevado relevo, devendo ser harmonizados os valores conflitantes e preservado o possível de cada um.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> NOVAIS, op. cit., 2003, p. 702-703, advertindo de que a ponderação não é solução mágica para tudo.

<sup>57</sup> CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1274-1275, destacando a importância fundamental deste critério.

<sup>58</sup> NOVAIS, op. cit., 2003, p. 720-721, citando Hotz e reconhecendo o valor da ponderação em concreto; e LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1997, p. 490-499.

<sup>59</sup> BVerfGE 7, 377, sobre liberdade profissional, apud SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 593-616.

<sup>60</sup> ALEXY, op. cit., 2008, p. 96-99, sobre a “dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos”.

<sup>61</sup> GRIMM, op. cit., p. 161-162; e HESSE, op. cit., p. 255, referindo-se à chamada “produção da concordância prática”.



## 5 Considerações finais

- I – Os *Direitos de Defesa* atuam na tutela do cidadão frente ao Estado, fazendo com que os direitos fundamentais estejam voltados à proteção individual contra intromissões indevidas e excessivas em suas garantias e liberdades, por parte dos Poderes Estatais, frente aos quais recai o ônus de abstenção em tais circunstâncias.
- II – Os *Deveres de Proteção* determinam que o Poder Público conforme o sistema como um todo, de tal modo que tanto o indivíduo quanto a sociedade tenham tutelados os seus direitos fundamentais de maneira eficiente, ainda que pela utilização de mecanismos sancionadores (sejam eles civis, administrativos ou penais).
- III – A interação e a dualidade de tais direitos e deveres pode ocasionar uma colisão entre ambos. Contudo, para medir e equilibrar os vetores da restrição e da fruição de direitos fundamentais é preciso um juízo de *ponderação*, fazendo com que os bens e valores envolvidos sejam realizados de forma *adequada, necessária e proporcional*.

## Referências

- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e a Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, p. 268-273.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANTUNES, Maria João; D'ÁVILA, Fábio Roberto, GIACOMOLLI, Nereu; SANTOS, Cláudia. *Direito Penal e Constituição. Diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís R. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. SOUZA NETO, C. Pereira (Org.); SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.



*Direitos de defesa, deveres de proteção, ponderação constitucional e direitos fundamentais*

---

CANOTILHO, Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado, Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CRISTÓVAM, José Silva. *Colisões entre Principios Constitucionais. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus Liberdade de Expressão e Informação*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Derecho a la Libertad y a la Seguridad Personal en España. In: *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, op. cit., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 416-423.

FLACH, Michael Schneider. A Intervenção Estatal no Direito de Propriedade e a Salvaguarda de Bens Culturais, *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Plenum, n. 18, jun. 2018, p. 161-167.

FLACH, Michael Schneider. A Relação Entre os Direitos Fundamentais e os Coletivos, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 / mar. 2018, p. 107-122.

FLACH, Michael Schneider. O Princípio da Proporcionalidade como Limite Penal, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 68, jan./abr. 2011, p. 157-186.

FLACH, Michael Schneider; CIBILS, Patrícia Maldaner. Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Constitucional, *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Caxias do Sul, 2019, n. 22.

FREITAS, L. F. Calil. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRIMM, Dieter, A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. Pereira (Org.); SARMENTO, D. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 156-157, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Principios Constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, SAFE: 1991.



KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 100-102.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança, *Revista da Ajuris*, ano 35, n 109, p. 57-71, mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 186, citando Starck, Jarass-Pieroth e Bleckmann e Manssen.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Notas em Torno da Relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais, Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. O Efeito Vinculante e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Brasil, *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 527-556, jan./jun. 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. MARTINS, Leonardo (Org.) e Introdução; Trad.: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

VIEIRA, Iscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.