

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDP | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidade Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

D598

Direitos Fundamentais em Debate [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Ana Cândida da Cunha Ferraz, Eduardo Biacchi Gomes, Gina Vidal Marcílio Pompeu – São Paulo: RBPDP, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-385-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Cíveis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPFD

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O livro direitos fundamentais em debate, é fruto da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os melhores trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu

**O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**
**THE STATE PROTECTION DUTIES IN THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL
RIGHTS AND THE APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE**

Fernando Roberto Schnorr Alves ¹
Rosana Helena Maas ²

Resumo

Este trabalho analisa dos parâmetros do dever de proteção como instrumento balizador da conduta estatal, observando a inserção na jurisprudência brasileira. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica para responder como a citada teoria alemã e os seus parâmetros, oriundos do princípio da proporcionalidade, foram inseridos na jurisprudência pátria. Constatou-se o dever de proteção - “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot) e “proibição de excesso” (Übermassverbot) - e o princípio da proporcionalidade como formas de averiguar a omissão e deficiência da ação estatal ou quando sua proteção excede o seu dever, inseridas inicialmente em julgamentos criminais.

Palavras-chave: Garantia de direitos fundamentais, Princípio da proporcionalidade, Teoria do dever de proteção

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines the parameters of the duty of protection as regulatory tool of State conduct, observing the insertion in Brazilian jurisprudence. It uses the deductive method of approach and the bibliographic research technique to answer how the German theory and its parameters, derived from the proportionality principle, were inserted in the jurisprudence of Brazil. Concludes the duty of protection - "prohibition of poor protection" (Untermassverbot) and "prohibition of excess" (Übermassverbot) - and the proportionality principle as a way to investigate omission and deficiency of state action or when your protection exceeds its duty, initially involved in criminal Brazilian trials.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights guarantees, Proportionality principle, Protection duty theory

¹ Advogado, Mestre pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Contato: fernandorsalves@hotmail.com.

² Advogada, Doutora pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Contato: rosanamaas@unisc.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos fundamentais exigem cada vez mais um esforço do Estado na sua concretização e garantia. Sua dimensão objetiva implica em uma série de prestações (fáticas e normativas) que estropolam completamente a noção inicial desses direitos como direitos negativos na relação Estado e cidadão. Atualmente, sua complexidade compreende uma gama de ações que, quando insuficiente, acarreta, por vezes, na judicialização do direito.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não possui o intuito de estabelecer uma divisão ou um contraponto a dimensão subjetiva, mas vem com o fim de agregar e qualificar a dimensão subjetiva, devendo-se deixar claro, que uma dimensão não exclue a outra, havendo um ganho de qualidade a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, a teoria do dever de proteção alemã, como decorrência mais importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, contribui com parâmetros mínimos e máximos do nível de proteção que se pode esperar da tutela estatal, na ideia de um dever de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) e um dever de “proibição de excesso” (*Übermassverbot*). E, é nesse momento que o princípio da proporcionalidade surge como grande instrumento balizador da conduta prestacional do Estado.

Como problemática maior encontra-se a interrogação de como a teoria do dever de proteção alemã e os seus parâmetros, oriundos do princípio da proporcionalidade, tiveram a sua inserção na jurisprudência pátria?

Assim, o presente trabalho busca contribuir com uma breve explanação sobre essa inserção, analisando qual o papel do Estado na defesa dos direitos fundamentais (em especial os prestacionais) e como o uso do princípio da proporcionalidade contribui para tanto, dentro do contexto brasileiro, o que se faz em uma breve análise da aplicação da teoria na jurisprudência pátria. Para cumprir com tal objetivo, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se da análise do do dever de proteção, após de seus critérios e, por fim, de sua inserção na jurisprudência brasileira; como técnica de pesquisa, tem-se a bibliográfica.

2 O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No atual Estado Democrático de Direito, a função estatal abrange tanto a proteção negativa (no sentido de que não interfira na liberdade dos seus cidadãos) como um dever prestacional (prestação esta que pode ser tanto fática quanto normativa, associada à dimensão

objetiva dos direitos fundamentais, não se confundindo com a característica positiva dos direitos prestacionais em si, podendo tomar diferentes faces – positiva e negativa), cujo papel positivo, que exige uma ação estatal, é fundamental para concretização de determinado direito. Desse modo, exige-se do Estado um comportamento que garanta os direitos fundamentais, agindo em sua defesa, buscando a sua concretização, seja em um agir positivo (prestacional) ou negativo (de não intervenção).

Conforme defende Streck (2004, < <http://www.leniostreck.com.br>>), a Constituição de 1988 apresenta uma direção para o Estado, sendo que o referido autor destaca que todas as normas da Constituição são dotadas de eficácia, mesmo as que são denominadas normas “programáticas”, que comandam a atividade do legislador na busca de um objetivo do constituinte. Exemplo dessas normas seria a busca da igualdade, da redução da pobreza ou a proteção da dignidade, pois a concretização desses fins só é possível com a atuação do legislador – sendo que este não cumprindo, como os direitos fundamentais constituem dever de todos os Poderes, ao Executivo e ao Legislativo.

Não obstante, deve-se compreender que a Constituição impõe ao legislador essa tarefa/dever de concretizar os direitos, mesmo os dotados dessa característica “programática”. Isso não significa que o legislador possui o poder de decidir se irá agir ou não na proteção desses direitos, mas tão somente terá certa margem de discricionariedade para escolher o modo como irá implementá-los e garanti-los.

Conforme ensina Maliska (2005, p. 274/275), os direitos prestacionais (em sentido amplo) aos quais o Estado está vinculado, subdivide-se em três grupos: o primeiro, direito à prestação em sentido estrito, são típicos direitos fundamentais sociais, como direito à assistência, ao trabalho, à moradia ou à educação. O segundo grupo compreende os direitos à organização e processo, que implica inclusive em direitos subjetivos dirigidos ao legislador, à criação de determinada norma no âmbito da organização e do processo para determinado direito, abrangendo questões como sua conceituação, delimitação, judicialização e discussão sobre seus distintos campos de análise (ou seja, os direitos ao processo determinam os direitos materialmente fundamentais, sendo que estes contém igualmente um direito ao processo). Por fim, o terceiro grupo, trata dos direitos à proteção, que possuem como finalidade a proteção dos indivíduos em face da agressão de terceiros, exigindo do Estado que dê forma e aplicação à ordem jurídica, considerando a relação entre direitos subjetivos igualmente ordenados.

Isso significa dizer que compete ao Estado uma série de ações como a regulamentação do uso pacífico da energia atômica (diante do perigo que o seu manuseio expõe os demais) ou regulamentação de normas de direito penal e processual (garantindo

tanto o direito do réu de não ser condenado à restrição de sua liberdade sem o devido processo legal, como também a criminalização de atos que implicam na violação dos direitos fundamentais como propriedade, vida, segurança pública, etc.). Mas também exige uma série de ações estatais (positivas) fáticas, além das normativas, que possibilitem a delimitação das esferas dos direitos subjetivos ordenados, bem como de aplicação e exigibilidade dessa delimitação como objeto (MALISKA, 2005, p. 274/275).

Assim sendo, a garantia do serviço público de policiamento, uma série de prestações ligadas à saúde como o atendimento público e fornecimento de medicamentos, a tutela judicial de um direito fundamental quando esse é violado em nome do exercício de outro direito de terceiro, etc.

São vários os exemplos que podem ser citados, ainda que a proteção contra esse terceiro seja abstrata como no caso do fornecimento de medicamentos, em que o indivíduo exige uma prestação do Estado, frente à sociedade, para que esta arque minimamente e de forma ordenada os direitos básicos à saúde. Isso não significa custear toda e qualquer medicação, mas ao menos a criação de uma política pública que atenda de uma forma minimamente suficiente o máximo possível da demanda em geral – apesar de não ser esse, em tese, o posicionamento dos Tribunais.

Importante ressaltar, nesse olhar, os ensinamentos de Sarlet (2012):

[...] o dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala [...] no que diz com a aplicabilidade imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente “trunfos contra a maioria” também é preciso que se atente [...] de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto. (Grifado no original).

Voltando-se especificamente para a atuação estatal, quando de sua função de assegurar os direitos fundamentais, em especial os que exigem uma prestação por parte do Estado, é importante ressaltar a preocupação do sistema jurídico em assegurar que este os proteja de maneira suficiente, bem como sem excesso de proteção.

No contexto do neoconstitucionalismo, que se propõe à máxima efetividade dos direitos fundamentais, ocorre uma progressiva vinculação dos Poderes Públicos para a sua realização. Conseqüentemente, sua margem de discricionariedade se reduz, uma vez que

atualmente há em determinados casos, por exemplo, a fixação de percentuais a serem destinados às políticas públicas que se destinam à concretização de um direito, a exigência de observância de princípios como os da moralidade, da eficiência da administração pública e da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de fiscalização, se potencializou diante da judicialização desses direitos (LEAL, 2014, p. 9).

Como afirma Sarlet (2003, p. 66), é nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, não apenas em sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, mas também como elementos da ordem jurídica objetiva. Desse modo, os referidos direitos integram um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico que, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais (parte orgânica ou organizatória da Constituição), formam o núcleo substancial formado pelas decisões fundamentais de ordem normativa para a estruturação do Estado Democrático de Direito.

A importância dos direitos fundamentais no atual constitucionalismo e, conseqüentemente, em todo o ordenamento jurídico resta evidente. Nesse sentido, Luño (2013, p. 15) afirma:

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. [...] Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.

Conseqüentemente a essa amplitude dos direitos fundamentais, entre outras causas, nota-se o já mencionado “protagonismo” do Judiciário, pois este acaba sendo motivado para se manifestar sobre assuntos estratégicos no tocante à concretização de temas fundamentais, tradicionalmente reservados à esfera política e deliberativa, o que torna cada vez mais o direito produto da atuação judicial, construído conforme o caso concreto, pela atividade interpretativa dos magistrados – o que leva as críticas quanto ao ativismo judicial.

Desse modo, constata-se esse cenário favorável à atuação do Judiciário, para uma melhor compreensão do controle desempenhado pela jurisdição constitucional no âmbito das políticas públicas, justamente por essas serem o meio muitas vezes empregado para garantir a concretização desses direitos fundamentais dependentes da atuação do Estado.

Contudo, diante da discricionariedade dos demais Poderes, há a necessidade de, quando do controle jurisdicional, restar devidamente comprovada a omissão, a insuficiência ou até mesmo os excessos cometidos na organização da ação estatal para a concretização desses direitos. Isso tudo, justifica-se, pois, compreende dever de todos os Poderes Estatais na concretização dos direitos fundamentais, dessa forma, caso um desses Poderes se omita, caberá os outros concretizarem estes direitos, não podem eles todos se omitirem frente a garantia dos direitos fundamentais. Para tanto, o princípio da proporcionalidade serve como a ferramenta de discurso adequada para o magistrado realizar o controle jurisdicional.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO ALEMÃ

Os direitos fundamentais sofreram alterações quanto à sua compreensão jurídico-objetiva ao longo dos anos. Sua eficácia não só se verifica na defesa das liberdades individuais, mas também no dever de proteção do Estado, na exigibilidade de prestações estatais ou ainda como um direito frente a terceiros (*Drittwirkung*), o que demonstra uma significativa ampliação de sua abrangência e função. Dessa forma, os direitos fundamentais não se restringem ou se destinam apenas nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas também, nas relações entre particulares, uma vez que também possuem caráter normativo para a ordem social. Do mesmo modo, não se desvinculam da função de proteção e servem como fundamento dos deveres de atuação estatal (GRIMM, 2006, p. 156).

Inicialmente, o modelo de controle proposto no âmbito europeu concedia ao Tribunal Constitucional a função de legislador negativo, como complemento da atividade do Parlamento. Nessa função, ao Tribunal Constitucional tão-somente realizava uma análise das leis contrárias à Constituição, excluindo-as do sistema jurídico (LEAL, 2007, p. 47). Dessa forma, sua tarefa não seria a de criar a norma, mas apenas interpretá-la, o que não levaria a uma disputa entre os Poderes, havendo respeito a sua separação e independência (RUIZ, 2010, p. 89-106).

Com o período pós-segunda guerra, a atividade jurisdicional de países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil ampliou sua atuação de forma a ultrapassar essa função meramente negativa de controle. Desse modo, as Cortes Constitucionais abarcaram uma dimensão ativa, no sentido de proferirem, cada vez mais, decisões construtivas e criativas, com o intuito de concretizar os princípios e direitos fundamentais previstos em sua norma superior (LEAL, 2013).

Assim, houve um aumento significativo da abrangência da atuação do Judiciário não apenas no cenário nacional. Tal fenômeno decorre de inúmeros fatores, como a centralidade da Constituição, sua força vinculativa, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (LEAL, 2013).

Dessa forma, buscou-se maior eficácia dos direitos que dependem da ação do Executivo e do Legislativo, em especial com relação aos direitos de cunho social, muitas vezes dependentes desses Poderes, de modo que esse controle judicial (realizado não somente pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelos demais julgadores, independente do grau de jurisdição, pela via difusa) busca concretizá-los por meio das garantias que a própria Constituição prevê para alcançar os fins por ela almejados.

O primeiro passo para a construção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de sua principal decorrência, o dever de proteção estatal, ocorreu com o julgamento do *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198, 1958), pela Corte Constitucional alemã (apesar de na doutrina já possuir ensaios referente a temática), referente à liberdade de expressão, envolvendo a possibilidade ou não de boicote a um filme considerado anti-semita, produzido por um cineasta que havia colaborado com o regime hitlerista. Em primeira instância, a questão foi decidida favoravelmente aos produtores do filme, no sentido de que o boicote violava a moral e os bons costumes, protegidos pelo Código Civil. Porém, no Tribunal Constitucional, essa decisão foi revertida, em face do entendimento de que os direitos fundamentais contidos no texto constitucional não se constituem em uma ordem neutra, mas que fornecem princípios objetivos para pautar a vida em comum (LEAL, 2007).

Este caso é emblemático por conceder aos direitos fundamentais o caráter axiológico objetivo, ampliando sua força jurídica e sua irradiação sobre o ordenamento jurídico, podendo-se falar em uma “eficácia de irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*). Assim, os direitos fundamentais passaram a apresentar força jurídica de forma que o Legislativo, a Administração Pública e o Judiciário recebem desse sistema de valores diretrizes e impulsos, cabendo à legislação ordinária estar em conformidade com o sistema axiológico de direitos fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Dentro desse contexto, notadamente no período pós-II Guerra Mundial e com especial fundamento na noção de dignidade, os direitos humanos e fundamentais passaram a ser compreendidos não apenas como instrumentos de defesa contra o Estado, mas como verdadeiros elementos integrantes do ordenamento normativo dotados de obrigatoriedade e vinculantes no sentido de sua realização.

Nesse olhar, essa dimensão objetiva requer do Estado uma função de proteção e concretização dos direitos fundamentais, algo além do simples direito subjetivo que impede a sua intervenção na esfera privada. Reforça-se aqui que essa vedação de intervenção garante aos direitos fundamentais a ideia de “dever de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado, bem como sustenta uma “ordem de objetiva valores” (*Wertsystem*) que se projeta sobre o ordenamento, passando a ter um caráter impositivo causador da chamada eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), fornecendo diretrizes para a aplicação e interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais (LEAL, 2007, p. 66-67).

Decorrente desse efeito, tem-se a concepção de *Drittwirkung* (eficácia contra terceiros) ou *horizontalwirkung* (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). A eficácia de irradiação é entendida como uma eficácia vertical dos direitos fundamentais, assim seja, a Constituição irradia a sua força para os demais ramos e Poderes do Estado. Já a eficácia contra terceiros é concebida como uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levando em conta a possibilidade de irradiação nas relações privadas (CANARIS, 1999, p.16-23).

A vinculação opera-se horizontalmente na medida em que ela abre espaço à possibilidade de se confrontarem direitos tidos como paralelos e concorrentes, bem como sujeitos diferentes, resultando, dessa forma, em uma chamada “assimetria” (*Asymmetrie*), o que significa uma eficácia em todas as direções e âmbitos do direito, inclusive nas relações privadas (contratos, negócios jurídicos, etc.), o que veio a ser caracterizado como constitucionalização do Direito Privado (LEAL, 2007, p. 67).

Posteriormente, o caso *Schwangerschaftsabbruch I*, sobre a descriminalização do aborto (BVerfGE 39, 1, 1975), reconheceu de modo expresso o dever de proteção (*Schutzpflicht*). O julgado apontou que o dever do Estado com o compromisso constitucional de defesa dos direitos fundamentais não se satisfaz com a postura abstencionista, mas que é imprescindível uma postura protetora e incentivadora dos direitos fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 265-294).

Com o julgamento do *Schwangerschaftsabbruch II* (BVerfGE 88, 203, 1993), com o intuito de reconhecer a prática do aborto, novamente se ressaltou o direito à vida do nascituro e a sua dignidade humana, reiterando a proibição por princípio de interrupção da gestação e o dever fundamental de levar a termo a gestação como elementos da proteção devida constitucionalmente. Contudo, a nova decisão trouxe novidades para a construção jurisprudencial da Teoria do Dever de Proteção (SCHWABE, 2005, p. 265-294).

Em comentário sobre a decisão do aborto, Sarlet (2005, <<http://www.egov.ufsc.br>>) refere que se considerou, nessa decisão, que o legislador, ao implementar um dever de

prestação que lhe foi imposto pela Constituição, encontra-se vinculado pela proibição de proteção insuficiente, o que faz supor que os níveis de proteção, ou seja, as medidas estabelecidas pelo legislador, deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo e eficaz de proteção constitucionalmente exigida.

A jurisprudência e a doutrina alemã, como aponta Streck (2004, < <http://www.leniostreck.com.br>>), passou a reconhecer dentro do conceito desse dever de proteção, o dever de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*), tanto para o caso da omissão estatal quanto para situações em que existe uma ação estatal de proteção, porém ela é considerada insuficiente. Em contrapartida, como outro extremo desse dever de proteção, no caso do Estado agir de modo desproporcional na proteção de um direito fundamental e violar, dessa forma, outro direito fundamental envolvido no caso, exige do Estado um dever de “proibição de excesso” (*Überrmassverbot*), o que decorre, por sua vez, da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Da “proibição do excesso” decorre a “proibição de proteção insuficiente”.

Tais conceitos podem definir-se como um critério estrutural para a determinação do dever de proteção do Estado na promoção e garantia dos direitos fundamentais, sendo que sua utilização serve justamente para determinar se um ato ou omissão estatal viola ou não um direito fundamental que exige proteção, sendo que sua aplicação está ligada diretamente ao princípio da proporcionalidade. Assim:

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2004, < <http://www.leniostreck.com.br>>).

Maliska ressalta que o princípio da proporcionalidade goza no direito constitucional alemão *status* de norma constitucional não escrita, sendo utilizado como critério jurídico de avaliação da legitimidade da intervenção do legislador na atuação ligada aos direitos fundamentais. Destaca-se que o Tribunal Constitucional alemão tem utilizado significativamente o princípio da proporcionalidade, de modo a fundamentar as suas decisões, especialmente para a invalidação de medidas legislativas que, “[...] não obstante o evidente

arbítrio legislativo, a sua comprovação nem sempre é facilitada pelo confronto com a Constituição” (MALISKA, 2015, p. 273).

Não é diferente no caso brasileiro, uma vez que o Supremo Tribunal Federal também aplica o mesmo princípio para decidir casos que envolvem a colisão de direitos fundamentais, como regra de ponderação (MALISKA, 2015, p. 274).

Logo, verifica-se que o critério utilizado pelos magistrados das respectivas Cortes utilizam o princípio da proporcionalidade para fundamentar sua avaliação sobre os excessos e sobre as omissões da atividade legislativa. Desse modo, permite um controle jurisdicional mais apurado da discricionariedade legislativa para fazer valer o disposto na Constituição, garantindo assim os direitos fundamentais.

Alcalá (2009, p. 41) refere que “el contenido esencial de cada derecho constituye la sustancia o propiedades básicas del derecho que no pueden ser afectadas por el legislador. El contenido esencial de los derechos es una frontera, un límite, que el legislador no puede sobrepasar, si lo hace incurre en inconstitucionalidad”.

Assim, há um mínimo exigível da atuação do Estado, uma vez que todos os Poderes encontram-se submetidos à Carta Magna. Nenhum deles pode violar seus dispositivos, o que implica inferir que a atuação do Judiciário, ao concretizar uma prestação que deveria ter partido dos demais Poderes, está unicamente realizando aquilo que a Constituição determina. Assim, o princípio da proporcionalidade é essencial para compreender esses limites.

O referido autor também assevera que:

Los derechos sociales fundamentales se construyen interpretativamente considerando diversos enunciados normativos o partes de ellos. Así cuando la falta de reconocimiento de una posición jurídica ocasiona un daño a una persona sin justificación, dicha posición jurídica debe ser reconocida. Por lo tanto un derecho social es exigible al Estado, sus órganos o instituciones, cuando la omisión estatal dañe inminentemente a dicho ser humano sin que exista una justificación para ello, en cuyo caso de no asegurarse el derecho social se vulneraría el texto constitucional. (ALCALÁ, 2009, p. 57).

Desse modo, quando injustificadamente se revelarem ineficientes os esforços ou, ainda, for inexistente qualquer ação do Estado para a garantia dos direitos fundamentais, independente de sua dimensão (individuais, sociais, ou coletivos/difusos), como forma de garantir aquilo que se encontra previsto na Constituição, a intervenção judicial busca assegurar o seu devido cumprimento. Para tanto, deve estar devidamente alicerçada em fundamentos que permitem superar o argumento da simples discricionariedade dos Poderes políticos para a implementação dos direitos fundamentais.

Assim, torna-se evidente a necessidade e a importância da demonstração da construção do entendimento alcançado para a prolação da decisão judicial. Diante disso, o critério da proporcionalidade contribui na legitimação do controle jurisdicional, evitando que esse resulte em uma simples análise subjetiva do caso concreto.

Todavia, precisa-se ter o cuidado, também, de que a utilização desses critérios, parâmetros da proporcionalidade, não se resumam a citação dos mesmos nas decisões sem a real e material aplicação destes, para que tais critérios não sirvam apenas para fundamentar as decisões já tomadas ou que sejam tomados em um caráter mais retórico do que propriamente argumentativo.

Assim, como os supracitados direitos necessitam de políticas públicas e outras atividades prestacionais do Estado para a sua concretização, como já referido, o controle jurisdicional se aplica como instrumento que os viabiliza e os protege, possibilitando, como evidente exceção à regra, a intervenção judicial. E, conseqüentemente, apenas uma análise da proporcionalidade da proteção já fornecida pelo Estado permitirá que o julgador, de forma legítima, realize o controle sobre a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse olhar, pretende-se, de forma sucinta, apresentar a inserção do dever de proteção, nos parâmetros de “proibição de proteção insuficiente” e “proibição de excesso” como critérios de controle do dever de proteção.

4 A INSERÇÃO DOS PARÂMETROS DO DEVER DE PROTEÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como decorrência do dever de proteção, a teoria da “proibição de insuficiência” ganhou espaço em vários países da Europa, como França, Itália, Portugal, entre outros, bem como no Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando a teoria em seus julgados, podendo-se citar, em caráter exemplificativo, a decisão no *Habeas Corpus* 96.759/CE, julgado em 2012, referente ao porte ilegal de armas (LEAL, 2015, p. 152). Veja-se:

[...]. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não

apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais (BRASIL, 2002, <<http://www.stf.jus.br>>).

No caso, a arma não estava municada, o que gerou a controvérsia acerca de se tal fato seria típico ou não. O Supremo Tribunal Federal veio a decidir que a Lei 10.826/2003, no seu artigo 14, não prevê a necessidade de munição para a caracterização do crime. A proibição de insuficiência veio a ser invocada para justificar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário (LEAL, 2015, p. 152).

Em comentário, Leal (2015, p. 150) menciona que a decisão acentua a ideia de que a proteção dos direitos fundamentais não é uma faculdade dos agentes estatais, sendo que a sua atuação deve valer-se dos princípios da proporcionalidade, na concepção de que essa não seja nem insuficiente e nem excessiva, o que, por sua vez, demanda a existência de uma escala de intensidade e de possibilidades de intervenção por parte do Estado, que não pode ser ultrapassado nem em seu excesso e nem em sua insuficiência, sob pena de violar os preceitos constitucionais.

Ainda, não se pode deixar de fazer menção ao Recurso Extraordinário 418.376-5/MS, decisão de 2006, que versa sobre o crime de estupro praticado contra criança de nove anos de idade, sendo, talvez, o mais antigo encontrado em sede de Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o questionamento residia na possibilidade de extinção de punibilidade em razão da convivência entre autor e vítima, sendo que, na data, ainda vigorava o artigo 107, inciso VII, do Código Penal, que previa a extinção de punibilidade se a vítima e autor viessem a celebrar matrimônio. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no caso, assume total relevância o conceito de dever de proteção, ficando decidido que a criança era absolutamente incapaz e, dessa forma, não poderia autodeterminar-se, de modo que não

poderia ser configurada a união estável, o que violaria o princípio da proporcionalidade (LEAL, 2015, p. 153). Observa-se:

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção de punibilidade [...] não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente. Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas humanas [...] (BRASIL, 2006, <www.stf.jus.br>).

Nessa decisão, ficou nítido no voto do Ministro Gilmar Mendes, segundo Streck (2004, < <http://www.leniostreck.com.br>>) uma espécie de ruptura paradigmática, no sentido de que o legislador ordinário não possui blindagem e liberdade absoluta para conceder favores legais a criminosos. No caso em comento, observa-se que ao conceder o favor legal de extinção da punibilidade do crime de estupro nos casos de casamento da vítima com terceiro ou com o próprio autor, nitidamente protegeu de forma insuficiente o bem jurídico dignidade da pessoa humana.

Com maior propriedade verifica-se decisões na área penal sobre os critérios, parâmetros da proporcionalidade, sendo seus maiores expoentes no Brasil, Streck (2004) e Sarlet (2005). Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o assunto em ações como a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF sobre a pesquisa com células-tronco, como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF, sobre a importação de pneus usados.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF, sobre a importação de pneus usados observa-se uma construção do Ministro Gilmar Mendes, traz uma construção oriunda do dever de proteção, na ideia de dever de se proibir determinada conduta (dever de proibição - *Verbotspflicht*); de impor ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas (dever de segurança - *Sicherheitspflicht*); e atuação do Estado com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico (dever de evitar riscos - *Risikopflicht*). Refere-se que essa classificação é abordada pelo Ministro Gilmar Mendes em pelo menos um dos seus artigos sobre a matéria, intitulado “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional” (MENDES, 1999).

A questão é, na atualidade os critérios, parâmetros da proporcionalidade oriundos do “dever de proteção estatal” já são de aplicação da jurisprudência pátria, todavia, aqui se

reforça a preocupação que tais critérios se reduzem a formas de argumentação apenas retórica do que argumentativa. Tais critérios precisam ser poderados de forma que possa-se realizar de forma mais eficiente a garantia dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, decorrente de uma construção jurisprudencial alemã, no *Lüth-Urteil*, traz que ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, caracteriza por direitos de defesa, tem-se uma dimensão objetiva desses direitos, que só foi possível de ser implementada nas bases de um Estado Prestacional. O que se verifica entre essas duas dimensões não é uma a exclusão da outra, mas uma a completude da outra. Aos direitos fundamentais apresenta-se um ganho de qualidade, na ideia de uma dupla proteção dos direitos fundamentais.

Como a maior decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, alcança-se o “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*) na amplitude de que ao Estado não cabe apenas o dever de não intervir nas liberdades individuais, mas, também, um dever de proteção dos direitos fundamentais nas relações com o Estado e nas próprias relações particulares (*Drittwirkung*). Os direitos fundamentais passam a irradiar em todas as ações e em todos os ramos do Direito.

No entanto, precisa-se ter o cuidado para compreender que o dever de proteção do Estado, não está apenas ligado a um agir desse Estado, na proteção através de uma ação estatal, mas, ainda, na própria omissão do mesmo. Isso se diz, pois, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como o dever de proteção estatal, apesar de ter suas bases no Estado Prestacional, na concepção de direitos positivos, protege os direitos fundamentais tanto quando de sua ação como da sua omissão. Apesar de a dimensão subjetiva estar originariamente atrelada aos direitos negativos e a objetiva aos direitos positivos, não exclui-se dessa última a atuação na forma de abstenção.

Todavia essa proteção desses direitos não poderia ocorrer de forma indiscriminada, sem parâmetros, critérios, o que foi solucionado com o princípio da proporcionalidade, na ideia de um dever de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) e um dever de “proibição de excesso” (*Übermassverbot*).

E, nesse sentido, um olhar atento para o dever de proteção em suas duas perspectivas se faz necessária, para uma melhor proteção dos direitos fundamentais, sendo que o princípio

da proporcionalidade garante a vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição.

Assim, tendo em vista que o papel do Estado é fundamentalmente a proteção/concretização de determinados direitos fundamentais, tarefa esta de todos os seus Poderes, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, estes devem em suas tarefas estar atentos e levar em consideração o princípio da proporcionalidade e os seus parâmetros, todavia, de uma forma que não sejam utilizados apenas a fim de fundamentar a decisão já tomada, em um caráter mais retórico do que propriamente argumentativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales*. Tomo 3. Santiago: Librotecnia, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*, julgada em 3 de maio de 2006. Ministro Carlos Britto (relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF*, julgada em 20 de junho de 2008. Ministra Cármen Lúcia (relatora). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 96759*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629956>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 418.376-5*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Lüth-Urteil*. BVerfGE 7. Julgado em 15 jan. 1958. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 nov. 2016.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch I*. BVerfGE 39, 1. Julgado em 25 fev. 1975. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 nov. 2016.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch II*. BVerfGE 88, 203. Julgado em 28 maio 1993. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 nov. 2016.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

_____. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Orgs.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 143-163.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013. p. 133-162.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Publicado em 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWABE, Jürgen. (Org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Direito para América do Sul, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.