

## **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e “proibição de excesso”: espectro de sua conformação e desenvolvimento pela teoria constitucional alemã**

*“State’s duty to protect”, “prohibition of insufficient protection” and “prohibition of excess”: spectrum of its conformation and development by the german constitutional theory*

*Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>1</sup>  
Rosana Helena Maas<sup>2</sup>*

Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional

- 
- 1 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com doutorado sanduíche e com pós-doutorado pela Universität Heidelberg, Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.
  - 2 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com doutorado sanduíche pela Universität Greifswald, Alemanha e pós-doutorado pela Universität Salzburg, Áustria. Professora permanente Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS.

de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa - Processo 309115/2021-3); do projeto de pesquisa "Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9); bem como do projeto de pesquisa "A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH", financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor - ARD - Edital 10/2020 - Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

**RESUMO:** O dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) aparece como uma das maiores decorrências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consolidada pela doutrina e pela jurisprudência alemã no II Pós-Guerra. Nesse sentido, pretende-se verificar quais são os seus fundamentos e como se deu a sua conformação teórica, bem como analisar dois de seus principais desdobramentos: a "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e a "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*). Utiliza-se, para tanto, o método hermenêutico, baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir da qual se estabelecerá a demarcação teórica de categorias fundamentais à investigação, com base no trabalho de doutrinadores que são referência à temática, tais como Christian Callies, Günter Dürig, Claus-Wilhelm Canaris, Josef Isensee e Johannes Dietlein. Busca-se, com isso, permitir uma aproximação dos operadores jurídicos brasileiros às

teorias aportadas, para que seus critérios possam, igualmente, ser mais amplamente aplicados na efetivação e no controle da atuação estatal em relação aos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*). Dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Proibição de excesso (*Übermaßverbot*). Proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*).

**ABSTRACT:** The state's duty to protect (*Schutzpflicht des Staates*) appears as one of the greatest consequences of the objective dimension of fundamental rights, consolidated by the German doctrine and jurisprudence after the Second World War. Thus, we intend to verify what are its bases and how its theoretical conformation has occurred, as well as to analyze two of its main developments: the "prohibition of insufficient protection" (*Untermaßverbot*) and the "prohibition of excess" (*Übermaßverbot*). For this, the hermeneutical approach is used, based on bibliographical and jurisprudential research, from which the theoretical demarcation of fundamental categories for the investigation will be established, according to the work of scholars who are a reference to the theme, such as Christian Calliess, Günter Dürig, Claus-Wilhelm Canaris, Josef Isensee and Johannes Dietlein. With that, the aim is to allow Brazilian legal operators to get closer to the theories contributed, so that their criteria can also be more widely applied in the implementation and in the control of the state activity in relation to fundamental rights.

**KEYWORDS:** State's duty to protect (*Schutzpflicht des Staates*). Objective dimension of fundamental rights. Prohibition of excess (*Übermaßverbot*). Prohibition of insufficient protection (*Untermaßverbot*)

## 1 Introdução

A construção teórica e jurisprudencial da dimensão objetiva dos direitos fundamentais aparece, embrionariamente, na sentença do caso *Lüth*, decisão histórica do Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), proferida em 1958, constituindo-se em um dos mais importantes desenvolvimentos constitucionais do período pós II Guerra Mundial, sendo que dela também decorrem os contornos da noção de "dever de proteção estatal" (*Schutzpflicht des Staates*) e, posteriormente, da "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e da "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*). Partindo-se dessa concepção, pretende-se verificar quais são os seus fundamentos e como se deu a sua conformação teórica.

Para tanto, o método utilizado é o hermenêutico, baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir da qual se estabelecerá a demarcação teórica de categorias fundamentais à investigação: dimensão objetiva dos direitos fundamentais, "dever de proteção estatal" (*Schutzpflicht des Staates*), "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*).

A importância do presente trabalho encontra-se, ainda, na bibliografia utilizada, que se baseia em textos originais de doutrinadores que são referência sobre o tema na teoria constitucional alemã, tais como Christian Calliess, Günter Dürig, Claus-Wilhelm Canaris, Josef Isensee e Johannes Dietlein.

O artigo possui a seguinte estrutura: num primeiro momento, discute-se o surgimento e o desenvolvimento da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas implicações à teoria do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*); após, aponta-se o histórico e a elaboração da teoria do dever de proteção estatal, bem como suas implicações para a efetivação dos direitos fundamentais; na se-

quência, abordam-se os conceitos de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e de “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), enquanto critérios de controle da atuação estatal em relação aos direitos fundamentais.

O trabalho apresenta relevância, pois busca sistematizar essas teorias surgidas no âmbito da teoria constitucional alemã, a partir do estudo do pensamento de autores e de textos originais que são referência sobre o tema, com destaque, também, na jurisprudência alemã e sua aplicabilidade no direito brasileiro, possuindo, assim, potencial para servir como uma fonte qualificada de consulta a todos os pesquisadores da área.

## **2 O dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais leva à noção de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, subjetiva e objetiva. A compreensão se amplia à ideia de que ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, caracterizada pelos direitos negativos, típica do Estado Liberal, encontra-se uma dimensão objetiva, na face de direitos positivos, prestacionais.

No entanto, deve-se ter o cuidado de não se atrelar a dimensão objetiva apenas aos direitos positivos, visto que direitos negativos e positivos podem possuir uma dimensão objetiva. Tem-se que tanto os direitos de defesa ou individuais (*Abwehrrechte*) como os direitos prestacionais ou sociais possuem uma dimensão subjetiva e objetiva, de modo que essa dimensão não se encontra conexa a determinada qualidade dos direitos fundamentais, sendo comum a todos eles<sup>3</sup>.

---

3 Para fazer clara a diferença e contraponto dos direitos de defesa e de prestação, oportuna é a concepção de Leal, 2015, p. 145, quando trabalha

Nesse contexto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, juntamente com o princípio da proporcionalidade, aparece como a construção dogmática mais importante quanto à teoria dos direitos fundamentais e com maiores consequências pós II Guerra Mundial<sup>4</sup>.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais ganha espaço e maiores discussões com a sentença do caso *Lüth*, decisão histórica do Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). A decisão, datada de 15 de janeiro de 1958, envolve o exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, mais precisamente, quanto à possibilidade de incitação a um boicote de um filme considerado antissemita. No processo, encontravam-se, de um lado, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburg e, do outro, Veit Harlan, cineasta (*BVerfGE*, 1958, 7, p. 198 e seg.)<sup>5</sup>.

O contexto se dá devido ao boicote público realizado por Lüth, em 1950, ao filme "*Unsterbliche Geliebte*" ("Amada Imortal"), dirigido pelo cineasta Veit Harlan (considerado uma celebridade do cinema nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu, principalmente por meio de seu filme *Jud Süß*<sup>6</sup>, de 1941), pois o

---

a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas: "[...] esses direitos diferenciam-se significativamente daqueles tidos como negativos – que correspondem aos direitos de defesa ou de abstenção (*Abwehrrechte*) – pois, quando algo é proibido (*verboten*) – como é o caso dos últimos – então toda e qualquer ação que significar ou implicar uma violação do direito protegido é imposto numa dimensão positiva, nem toda e qualquer ação que proteger ou promover esse direito é tida como devida, abrindo-se espaço, então, para uma ponderação (entre meios e fins) que na esfera administrativa, se traduz no conceito de discricionariedade"

4 "Die objektive Dimension der Grundrechte ist in der Grundrechtsdogmatik der Nachkriegszeit das wichtigste Instrument zur Gewinnung neuer Grundrechtlicher Gehalte". ALEXY, 1990, p. 49.

5 BVERFGE, 1958, 7, p. 198 e seg.

6 Harlan foi julgado pela sua participação no filme *Jud Süß*, todavia foi

filme possuía cunho notoriamente antissemita, em um tempo marcado pela ditadura nazista.

No Tribunal de Justiça de Hamburgo, com decisão fundamentada no Código Civil Alemão, Harlan e seus parceiros comerciais obtiveram êxito, devendo, assim, Lüth abster-se de boicotar o referido filme. Contra a decisão, Lüth ingressou perante o Tribunal Constitucional Alemão, que reverteu a sentença, entendendo estar o referido boicote abarcado pelo direito fundamental de liberdade de expressão, devendo-se proteger os direitos fundamentais frente aos demais particulares, ou seja, nas relações privadas<sup>7</sup>.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Alemão expõe, em primeira linha, que os direitos fundamentais são direitos de defesa dos cidadãos frente ao Estado (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*) – ao que reporta a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. No entanto, afirma que há outra dimensão a ser ponderada, sendo essa a objetiva, no sentido de que os direitos fundamentais também conformam uma ordem objetiva de valores (*Wertordnung oder Wertsystem*), a fim de que normas de direitos fundamentais previstas na Constituição sejam orientadoras de todos os ramos do direito (no caso, o direito civil), de maneira que nenhuma regra do sistema jurídico possa ser contrária à disposição constitucional<sup>8</sup>.

---

absolvido. SCHWABE, 2005, p. 381.

- 7 *“Die äußersten Positionen in diesem Streit liegen einerseits in der These, daß die Grundrechte ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien, andererseits in der Auffassung, daß die Grundrechte oder doch einige und jedenfalls die wichtigsten von ihnen auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gälten. [...] Auch jetzt besteht kein Anlaß, die Streitfrage der sogenannten ‘Drittwirkung’ der Grundrechte in vollen Umfang zu erörtern”*. BVERFGE, 1958, 7, p. 198 e seg.
- 8 *“Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt”*. BVERFGE, 1958, 7, p. 198 e seg.

Fica assentado na decisão, ainda, que a norma de direito fundamental não é uma norma tida como neutra<sup>9</sup>, sem valor; há conteúdo e esse projeta-se a todos os ramos do direito, havendo, dessa forma, incidência nas relações entre particulares (*Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht*).

O pilar dessa teoria deriva do fato de que é concebido que o Estado de Direito, em um aspecto meramente formal, não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais – o que foi comprovado pela ditadura nazista –. Nesse olhar, os direitos fundamentais passam a ser inseridos no início da Constituição (na Constituição Brasileira do artigo 5º ao 17), para justamente serem nortes às demais normas constitucionais e ordinárias, pressupondo uma vinculação também material das leis, com forte conexão com o conteúdo dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Na prática, o Tribunal Constitucional Alemão implantou a ordem para que, nas relações privadas, entre particulares, seja em uma questão possessória, contratual ou de família, os direitos fundamentais também sejam observados, não se podendo conceber relações jurídicas (de qualquer natureza, e não apenas aquelas que envolvam diretamente os direitos fundamentais), à margem da Constituição, devendo o Estado zelar pela defesa dos direitos fundamentais não só nas relações em que é parte, mas, ainda, nas relações privadas.

Nesse contexto, estuda-se a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>11</sup> em virtude do que foi decidido

9 "Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will". BVERFGE, 1958, 7, p. 198 e seg.

10 LEAL, 2007, p. 63.

11 NOVAIS, 2003, p. 67; SARLET, 2015, p. 149. Refere-se que após o desenvolvimento da teoria ter ocorrido na Alemanha, veio a se generalizar a outros países, podendo-se incluir Portugal, Espanha e Brasil (como se verá no que segue frente aos exemplos abordados).



pelo referido Tribunal, embora a elaboração embrionária dessa teoria já pudesse ser encontrada, por exemplo, em autores como Günter Dürig (*Festschrift für Nawiasky*, 1956) e Henrich Lehmann (*Laufke in der Festschrift*, 1956), que haviam trabalhado com essa noção antes mesmo do caso *Lüth*<sup>12</sup>, sendo, inclusive, citados na decisão.

Não só isso, a própria sentença elucida que esse já foi o entendimento do Tribunal em outro caso, fazendo referência a uma decisão do Primeiro Senado<sup>13</sup>, de 23 de outubro de 1952 (*BVerfGE*, 1952, 2, p. 1 e seg.), envolvendo o tema da constituição de partido político e mandatos. De fato, tem-se que antes, na República de Weimar, não havia tal concepção sido desenvolvida e nem na Constituição de 1949, sendo a dimensão objetiva dos direitos fundamentais oriunda da literatura alemã e da construção do Tribunal Constitucional Alemão.

O que leva a concluir, com Böckenförde<sup>14</sup>, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é uma teoria construída “sob” os preceitos do texto constitucional e não “a partir” dos mesmos, visto que não havia dispositivo específico na Constituição Alemã com esse fim<sup>15-16</sup>.

---

12 BVERFGE, 1958, 7, 198 e seg.

13 SACHS, 2007, p. 27. Note-se que o *Bundesverfassungsgericht* é formado por dois Senados (que, no Brasil, equivaleriam às Turmas ou Câmaras), compostos por oito membros cada, sendo dotados de competências distintas.

14 BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 160

15 “*Es handelt sich um eine Entwicklung unter dem Grundgesetz, nicht um eine Vorgabe des Grundgesetzes*”. BÖCKENFORDE, 1991, p. 160.

16 Corroborando, não se pode deixar de elucidar que, “sob o marco da Lei Fundamental de Bonn de 1949, abriu-se aos países do sistema romano-germânico nova dinâmica de atuação do Direito Constitucional, a partir do reconhecimento da imperatividade dos princípios e regras superiores, obrigando o intérprete ao redirecionamento das relações privadas (códigos civilistas) em direção ao Direito Público, que, na ocorrência da viragem hermenêutica, se mostra como ente acessível à pré-compreensão

Em síntese, o que se verifica é uma construção da doutrina e do Tribunal Constitucional Alemão de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais<sup>17</sup>, ao se conceber que, ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, encontra-se uma dimensão objetiva<sup>18</sup>.

Já se afirmou que, em primeira linha, os direitos fundamentais atingem uma posição subjetiva, assim seja, do cidadão frente ao Estado (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*), não podendo o Estado intervir na esfera de liberdade e de igualdade social. Com a dimensão objetiva e a atribuição de uma ordem de valores objetiva, tem-se uma projeção maior, multidimensional, segundo a qual deve haver a proteção e incidência dos direitos fundamentais não apenas na

---

(*Vorverständnis*) da totalidade do sistema jurídico-político-social. Esse caminho novo é receptivo à contingência e à temporalidade, segundo o modo de atuar do ser-no-mundo, cujo significado, pautado na linguagem como condição de possibilidade, é encontrado no contexto de uma antecipação compartilhada. À luz da compreensão como existencial e sob a ascendência da fenomenologia heideggeriana, o dirigismo constitucional, ainda que acossado pela capacidade regulatória da economia-mundo e pelas redes informais do capitalismo financeiro, tem espaço ao projeto traçado pelo poder fundador, a partir da pulsão em efetivar mudanças, cujo significado se redimensiona com a constitucionalização do Direito". COURA; PAULA, 2018, p. 65-66.

17 A concepção dualista é vista por DIETLEIN, 2005, p. 51, como resultado de décadas de intensa interpretação e discussão sobre os direitos fundamentais, vindo tal concepção reforçar (*verstärken*) a força dos direitos fundamentais (*Geltungskraft der Grundrechte*) através do reconhecimento do outro: "*Die dualistische Konzeption einer verstärkten Geltungskraft der Grundrechte durch die Anerkennung weiterer, über die staatsabwehrende Funktion hinausgehende Rechtswirkungen der Grundrechte ist das Ergebnis einer Jahrzehntelanger, intensiv Diskussion und Interpretation der Grundrechte und der gesamten Verfassung [...]*".

18 BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 159. Essa questão recebe grande importância não só nas palavras de Alexy, como ainda em Böckenförde, que atribui como um central e ainda não dissolvido problema da dogmática dos direitos fundamentais. Ademais, Hesse destina capítulo específico, no livro "*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*", de 1995, ao assunto.

relação Estado-indivíduo, mas nas relações entre os próprios indivíduos, nas relações particulares. E disso decorre que os direitos fundamentais devem incidir, também, em todos os Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário)<sup>19</sup>, que recebem, dessa dimensão, orientação e impulso<sup>20</sup>.

Desse modo, o que se observa é que há uma incidência, comando, dos direitos fundamentais aos órgãos estatais, em suas mais diversas funções<sup>21</sup>. Disso também resulta a noção de eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), concebida como uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levando em conta a possibilidade de irradiação nas relações privadas<sup>22</sup>.

---

19 NOVAIS, 2003, p. 66. Com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua incidência frente ao Estado, cidadãos e comunidade, percebe-se uma releitura da própria divisão de Poderes, de uma revisão de seus ditames clássicos, sendo que o Poder Legislativo, por exemplo, na edição de uma lei referente ao direito de propriedade, só poderá regulamentar matéria que esteja conforme os preceitos fundamentais constitucionais, fazendo que com essa dimensão atue como uma predeterminação e limitação de sua tarefa.

20 *“Eine frühe und paradigmatische Ausprägung hat die Lehre von der objektiven Dimension im Lüth-Urteil aus dem Jahre 1958 erhalten. Danach hat der Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes eine doppelte Bedeutung. Er gewährt ins erster Linie „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“. Darüber hinaus aber soll er eine „objektive Wertordnung“ oder „Wertsystem“ enthalten, das als „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“ gilt: „Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse“. Diese Formulierungen weisen weit über das Problem der Drittwirkung hinaus, um das es im Lüth-Urteil ging“.* ALEXY, 1990, p. 49.

21 *“Dem liegt die Vorstellung eines „Doppelcharakters der Grundrechte“ zugrunde, demzufolge die Grundrechte dem Staat nicht nur – selbstverständlich – verbieten, unmittelbar selbst in grundrechtlich geschützte Güter einzugreifen, sondern darüber hinaus den staatlichen Organen gebieten, eben diese Güter auch vor rechtswidrigen Eingriffen seitens anderer, nichtstaatlicher Dritter zu bewahren“.* DIETLEIN, 2005, p. 51.

22 CANARIS, 1999, p.16-23

Com isso, Böckenförde<sup>23</sup>, inclusive, menciona uma "hipertrofia dos direitos fundamentais" (*Hypertrophie der Grundrechte*)<sup>24</sup>, em que a ordem objetiva de valores comporta-se como verdadeiro princípio do Direito<sup>25</sup>, tornando-se como elemento fundamental da comunidade, constituindo um catálogo de direitos fundamentais que deve ser respeitado por todos os ramos do direito.<sup>26</sup>

Interessante se faz a concepção de Hesse<sup>27</sup>, no sentido de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais opera como verdadeiro princípio a ser respeitado por todo o ordenamento jurídico: "*Grundrechte als objektive Prinzipien*". Nessa mesma via, e sustentada pela teoria de Hesse, Böckenförde<sup>28</sup> também expõe tal entendimento, afirmando que eles se constituem em "*Prinzipien der Rechtsordnung insgesamt*". Finalmente, cita-se Kischel<sup>29</sup>, para quem tal dimensão configura o ponto central do Estado de Direito e da própria Democracia.

23 BÖCKENFÖRDE, 1992, p.160.

24 DREIER, 2013, p. 98-99, utiliza uma distinta denominação à consagração da teoria subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, sendo ela "*dynamischen Grundrechtsentwirkung*" (uma dinâmica vinculação dos direitos fundamentais), pelas diferentes funções alcançadas pelos direitos fundamentais devido à qualidade de dimensão objetiva. GRIMM, 1991, p. 223, por sua vez, utiliza o termo "plurifunção" dos direitos fundamentais.

25 A ideia da dimensão objetiva de direitos fundamentais constituir princípio do Direito é assinalada por BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 160: "*Prinzipien der Rechtsordnung insgesamt*". Todavia, Böckenförde remete a HESSE, 1995, p. 127, que é quem atribui à dimensão a ordem de princípio do direito: "*Grundrechte als objektive Prinzipien*".

26 "*Andererseits sind sie Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens. Dies ist anerkannt für Garantien, die nicht primär Individualrechte enthalten oder die überhaupt keine Individualrechte gewährleisten, gleichwohl aber in den Grundrechtskatalog der Verfassung aufgenommen sind*". HESSE, 1995, p. 127.

27 HESSE, 1995, p. 127.

28 BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 160

29 "*Auf einen rein objektiv-rechtlichen Charakter deutet zunächst die zentrale Verankerung in den objektiven Strukturprinzipien von Rechtsstaat und Demokratie*". KISCHEL, 2002, p. 151-152.

Deve-se ter o cuidado, porém, de deixar claro que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, há um ganho em qualidade, isto é, trata-se de mais uma função atribuída a esses direitos (dupla dimensão), de maneira que a dimensão subjetiva não vem a ser excluída. Nessa linha, os direitos de defesa, característicos da dimensão subjetiva, como direitos de uma postura negativa, vêm resguardar o direito de igualdade e liberdade frente ao Estado e continuam sendo garantias dos cidadãos. O que ocorre é que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dá-se aos direitos fundamentais uma mais-valia, visto que decorre da ideia de que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais à comunidade, sendo que a relação estabelecida é de cidadão-Estado-comunidade, e não mais de cidadão-Estado, ultrapassando, assim, a questão meramente individual para alcançar uma noção de comunidade, devendo esta também respeitar, em suas relações, os direitos fundamentais<sup>30</sup>. Em resumo, a concepção puramente liberal é “qualificada” pela social, de modo que aos direitos de defesa é dada uma dimensão social, positiva<sup>31</sup>.

Para exemplificar essa questão, tomando-se como referência o contexto brasileiro, cita-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, que tinha como objeto a violação do mandamento constitucional previsto no artigo 225 da Constituição Federal, que versa sobre o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever<sup>32</sup> de

---

30 SARLET, 2015, p. 151

31 *“Allen diesen grundrechtstheoretischen Kompetenz ist gemeinsam, dass sie der Entwicklung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat Ausdruck geben und in den Grundrechten nicht nur subjektive Freiheits – als Abwehrrechte finden, sondern einen darüber hinausgehenden objektiv-rechtlichen Gehalt”*. PIEROTH et al., 2015, p. 30.

32 Neste sentido, ver o artigo “Transparência nas audiências públicas

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, com matéria específica de ação condizente à importação de pneus usados. Na ação, contrapõem-se distintos direitos fundamentais, tendo-se, de um lado, típicos direitos fundamentais de defesa, que asseguram a liberdade individual de livre iniciativa e de comércio, como é o caso do artigo 170 da Constituição Federal, que impõe um dever de abstenção do Estado na esfera de liberdade individual do indivíduo, contendo disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público; e, de outro, refere-se a direitos fundamentais de prestações positivas para a execução de medidas que garantem a saúde pública e que exigem do Estado ações no sentido de reduzir os riscos de doenças e outros agravos, isso mediante políticas sociais e econômicas<sup>33</sup>.

Destaca-se na decisão que, frente ao aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desses direitos, como possui o dever de não apenas abster-se de intervir no âmbito de proteção a esses direitos, como também de proteger os mesmos contra agressões de terceiros. Ademais, ficou entendido que, apesar de que não se reconheça em todos os casos uma pretensão subjetiva contra o Estado, verifica-se, porém, um dever de o mesmo tomar todas as providências necessárias para a sua realização ou concretização, o que remonta à noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>34</sup>.

---

ambientais como instrumento de maximização ao dever fundamental de proteção ao meio ambiente”, referente ao dever fundamental estatal quanto à proteção ao meio ambiente. SILVA; PEDRA, 2016, p. 271-298.

33 BRASIL, 2009, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>.

34 BRASIL, 2009, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>.

Em continuidade, Grimm<sup>35</sup> assevera que diferentes aspectos devem ser observados a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo eles: a. a irradiação de efeitos nas relações de direitos privados (*Ausstrahlungswirkung*), denominada eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*); b. as garantias processuais dos processos de decisão que podem levar ao prejuízo aos direitos fundamentais; c. os princípios de organização e procedimento das instituições públicas e privadas; d. e o dever de proteção (*Schutzpflichten*) por parte do Estado nas liberdades asseguradas por direitos fundamentais<sup>36</sup>.

Quanto ao objeto principal do trabalho, menciona-se que o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) apresenta-se como uma das mais importantes decorrências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo tida, por alguns doutrinadores<sup>37-38</sup>, como uma concepção central da teoria. Por consequência, o Estado não se afigura mais

---

35 “Nach und nach sind aus dieser Deutung der Grundrechte hervorgegangen: ihre Ausstrahlung auf Privatrechtsverhältnisse, die sog. Drittwirkung; originäre Leistungsansprüche oder Teilhaberechte des Einzelnen gegenüber dem Staat; Schutzpflichten des Staates für grundrechtlich gesicherte Freiheiten; Verfahrensgarantien für staatliche Entscheidungsprozesse, die Grundrechtsbeeinträchtigungen zum Ergebnis haben können; Organisationsprinzipien für öffentliche und private Einrichtungen, in denen Grundrechte arbeitsteilig wahrgenommen werden”. GRIMM, 1991, p. 221.

36 Utiliza-se os pontos comuns entre GRIMM, 1991, p. 221, e DREIER, 2013, p. 106-119, para determinar esses efeitos, porém, não se descarta a possibilidade de haver outros.

37 “Zuweilen betrachtet man die grundrechtlichen Schutzpflichten als verbindende Klammer und Zentralbegriff aller objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimensionen”. DREIER, 2013, p. 113.

38 BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 172-173, menciona a importância do dever de proteção, questionando se ele não corresponderia à concepção central decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: “Man kann sogar fragen, ob nicht die Schutzpflicht, ungeachtet ihrer relativ späten Hervorkehrung, systematisch gesehen den zentralen Begriff der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte darstellt”.

como mero violador ou destinatário das proibições impostas pelos direitos fundamentais, tornando-se responsável por protegê-los e por assegurar as condições necessárias à sua efetiva garantia<sup>39</sup>. Ademais, conforme Carvalho e Coelho<sup>40</sup>, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, há a necessidade de compreensão da Constituição como técnica de proteção dos direitos fundamentais. Desse modo, passa-se a estudar a teoria do dever de proteção estatal na doutrina e jurisprudência alemã.

### 3 A origem da teoria do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) e sua conformação pela doutrina e jurisprudência alemã

O dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) é apontado por Calliess<sup>41</sup> como uma espécie de compensação (*Kompensation*) em face do monopólio do Estado (*Gewaltmonopols*), na ideia de uma obrigação de paz frente aos cidadãos. Alerta o autor que a garantia de proteção estatal não pode ser reduzida à função de fundamento do Estado de Direito, concebe-se como uma base contratualista do Estado Constitucional.

---

39 LEAL, 2015, p. 149.

40 CARVALHO; COELHO, 2022, p. 373.

41 "Die Schutzpflicht des Staates ist sozusagen eine Art Kompensation für die Akzeptanz des Gewaltmonopols, die auch als „Friedenspflicht“ der Bürger bezeichnet wird. Die Gewährleistung des Schutzes der Bürger durch den Staat wir solchermaßen nicht nur zum Fundament des Rechtsstaates, sondern auch zur staats – und (Konkreter) vertragstheoretischen Grundlage des Verfassungsstaates" conforme CALLIESS, 2006, p. 965. No mesmo sentido, encontra-se a doutrina de DIETLEIN, 2005, p. 22, no dever de proteção atuando em segurança aos cidadãos: "Auf das Korrelat von bürgerlicher Friedenspflicht und der Pflicht des mit dem Gewaltmonopol ausgestatteten Staates, die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten, ist gerade in neuerer Zeit in verstärkten Maße hingewiesen worden".



Isso significa dizer que, a obrigação geral de proteção apresenta-se como consequência primária decorrente da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência de uma sociedade enquanto uma ordem de paz, em que a autodefesa do particular, em princípio, encontra-se vedada; em contrapartida, o Estado reivindica esse monopólio através da função de garantir a proteção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros<sup>42</sup>.

Como já asseverado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi consolidada pelo Tribunal Federal Alemão na decisão *Lüth-Urteil*. No entanto, apesar de a noção de dever de proteção decorrer da dimensão objetiva<sup>43</sup>, essa implicação apenas pôde ser percebida, com maior propriedade, na segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, quando o Tribunal Constitucional introduziu na teoria dos direitos fundamentais a concepção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*)<sup>44</sup>, objeto no último tópico do trabalho.

Na primeira decisão referente ao aborto, em 1975, questionando o artigo 2 II 1<sup>45</sup> e o artigo 1 I 2<sup>46</sup>, da Lei Fundamental

---

42 NOVAIS, 2003, p. 88.

43 ISENSEE, 1992, p. 185, afirma que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou o recurso da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da ordem de valores objetiva, para apresentar a concepção de dever de proteção: “*Das Bundesverfassungsgericht erspart sich angesichts seiner nunmehr im Kern gefestigten Schutzpflichtjudikatur auch den Rekurs auf die „objektive Wertordnung“, erwähnt aber den „objektiv-rechtlichen Gehalt“ der Schutzpflicht*”.

44 DIETLEIN, 2005, p. 131.

45 Artigo 2 II 1 da Constituição Alemã, que diz respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, vida, integridade física e liberdade da pessoa humana: “[*Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person*] (2) 1 Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit”. DEUTSCHLAND, 2006, p. 5.

46 Artigo 1 I 2 da Constituição Alemã, condizente à dignidade da pessoa humana, direitos humanos e fundamentais: “[*Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung*] (1) 2 Sie zu achten und zu schützen ist

Alemã, em que o objetivo era proibir o aborto, ficou firmado que é dever do Estado proteger a vida (*Leben*) de todas as pessoas, garantindo a sua dignidade (*Menschenwürde*); dessa forma, é obrigação do Estado proteger o nascituro, defender os seus direitos fundamentais frente a sua própria mãe. A concepção do Tribunal fecha-se no sentido de que, onde houver vida, a dignidade da pessoa humana deverá incidir<sup>47-48</sup>.

Já por ocasião da segunda decisão do aborto, em 1993, em que eram questionados os mesmos artigos, decorrentes da vida e dignidade da pessoa humana, todavia, no intuito de permitir a prática, o Tribunal Constitucional Alemão trouxe o conceito de "proibição de proteção de insuficiência" (*Untermaßverbot*), no sentido de que, quando da atuação do Estado, ele deve tomar medidas suficientes e efetivas no sentido de proteção do direito em questão<sup>49</sup>.

Em comentário sobre a decisão do aborto, Sarlet<sup>50</sup> 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,

---

*Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*". DEUTSCHLAND, 2006, p. 5.

47 ISENSEE, 1992, p. 182.

48 Trecho da primeira decisão do aborto: "2. Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, läßt sich deshalb bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten. Sie ergibt sich darüber hinaus auch aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; denn das sich entwickelnde Leben nimmt auch an dem Schutz teil, den Art. 1 Abs. 1 GG der Menschenwürde gewährt. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen". BVERFGE 39, 1975, p.1 e seg.

49 "Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen [...]" BVERFGE 88, 1993, p. 203 e seg.

50 SARLET, 2005, <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>.

ou seja, as medidas estabelecidas pelo legislador, deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo e eficaz de proteção constitucionalmente exigida.

Ganha importância, por sua vez, o papel do legislador, visto que é ele o primeiro a possuir a tarefa de proteger os direitos fundamentais, cabendo ao mesmo, de forma abstrata, verificar se a legislação cumpre com o dever imposto e suas medidas<sup>51</sup>.

Esclarece-se que, assim como a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção já possuía adeptos na literatura alemã antes mesmo da decisão do Tribunal, com Günter Dürig<sup>52</sup>, sendo o principal expoente nesse sentido. Autores como Claus-Wilhelm Canaris<sup>53</sup>, Josef Isensee<sup>54</sup> e Johannes Dietlein<sup>55</sup> são os fundamentais nomes quanto ao estudo do dever de proteção e suas decorrências, a “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e a

---

51 *“In erster Linie kommt der Legislative zu, in abstrakt-allgemeiner Sicht die Gefahr einzuschätzen, die Belange, die im Spiel sind, abzuwägen und über die Vorkehrungen des Schutzes zu entscheiden”*. ISENSEE, 2011, p. 553.

52 ISENSEE, 1992, p. 181, menciona o trabalho de Dürig, de 1958, *“Schutzverpflichtung der staatlichen Gewalt”*.

53 Pode-se considerar três textos importantes de Canaris sobre o assunto: o primeiro deles, de 1984, *“Grundrechte und Privatrecht”*; o segundo, de 1989, *“Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrecht”*; e, o terceiro, de 1999, que teve as concepções do primeiro e do segundo texto introduzidas, tratando-se do livro *“Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz”*, traduzido em 2003 por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto como *“Direitos Fundamentais e Direito Privado”*.

54 Josef Isensee com o seu comentário ao artigo 111 da Constituição Alemã, *“Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”* (1992), como o trabalho em que o autor comenta o artigo 191, *“Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”* (2011), em que se pode observar algumas atualizações ao conteúdo comum de ambos.

55 Johannes Dietlein no texto *“Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur”*, de 1995 e 2005, e o livro *“Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten”*, de 1992.

“proibição de excesso” (Übermaßverbot). A adesão à teoria não ocorreu apenas na Alemanha, podendo ser verificada sua utilização pelos Tribunais Constitucionais em países como Áustria, França e Irlanda<sup>56</sup>, bem como por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

É preciso dizer que o dever de proteção, segundo Isensee<sup>57</sup>, já era encontrado inclusive na Declaração do Povo da Virgínia, *Bilf of Rights*, de 1776, que previa que cada Estado-parte deveria proteger o cidadão e a sua comunidade, sua vida, liberdade e propriedade.

O autor advoga, ainda, que a própria Revolução Francesa poderia ser compreendida como uma decorrência histórica do dever de proteção, asseverando que ela pleiteava a garantia dos direitos dos cidadãos, sendo que esses direitos também deveriam ser protegidos nas relações privadas e não somente nas relações com o Estado. O dever de proteção procura, nesse contexto, alcançar todas as dimensões do direito reconhecido e formulado, conforme se poderia interpretar do artigo IX da Declaração dos Direitos Humanos, que declara que a liberdade, a propriedade e os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser protegidos pela sociedade, sendo superior a todos os ataques que possa sofrer<sup>58</sup>.

Como já mencionado quando do estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os efeitos de proteção extrapolam a relação indivíduo-Estado, ou seja, a incidência acaba por ter reflexo nas próprias relações entre privados, de modo que o dever de proteção deve ser interpretado

56 CALLIESS, 2006, p. 976.

57 “Verfassungen einzelner Gliedstaaten gewährleisten jeden Bürger ein Recht auf den Schutz der staatlichen Gemeinschaft im Genuß seines Lebens, seiner Freiheit und seines Eigentums”. ISENSEE, 1992, p. 157.

58 “Die Freiheit, das Eigentum und die Sicherheit der Bürger müssen unter einem gesellschaftlichen Schutz stehen, der allen Angriffen überlegen ist”. ISENSEE, 1992, p. 157.

como um dever estatal em suas relações com os indivíduos, e, principalmente, como um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, tem-se que o dever de proteção<sup>59</sup> opera em face do Estado e dos particulares: “*Grundrechtsschutz gegen Staat und gegen Private*”<sup>60</sup>.

Essa incidência nas relações privadas é bem enfatizada por Isensee<sup>61</sup> quando fala que o dever de proteção estatal vive (*lebt*), igualmente, quando em uma relação privada se deixa de observar os direitos fundamentais ou, ainda, se há risco iminente de que isso ocorra.

Dessa forma, o Estado tem a sua função de proteção dos direitos fundamentais alterada, pois de opositor (*Grundrechtsgegners*) e violador dos direitos fundamentais, passa a configurar um amigo (*Grundrechtsfreundes*) e garantidor (*Grundrechtsgaranten*) desses direitos<sup>62</sup>.

Calliess<sup>63</sup> trabalha com o conceito de “*doppelte Schutzpflicht des Staates*”, “duplo dever estatal” para conceber a

---

59 Como exemplo no ordenamento jurídico brasileiro de dispositivos legais de dever de proteção, segundo SARLET, 2005, <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>, “poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, “caput”, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art. 7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais”.

60 ISENSEE, 1992, p. 145.

61 “*Die Schutzpflicht des Staates lebt auf, wenn ein Privater ein grundrechtliches Schutzgut verletzt oder wenn die Gefahr einer solchen Verletzung droht*”. ISENSEE, 2011, p. 553.

62 DIETLEIN, 2005, p. 18.

63 CALLIESS, 2006, p. 982.

tarefa do Estado quanto ao dever de proteção, isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado não deve interferir na liberdade do cidadão, possui o dever de proteger esse cidadão, garantindo os seus direitos fundamentais.

Em continuidade, destaca-se que Isensee<sup>64</sup> atribui ao Estado três tarefas fundamentais no tocante ao seu dever de proteção: 1) na definição, base, e conseqüente coordenação dos direitos fundamentais; 2) na lesão dos direitos fundamentais contra a violação dos bens jurídicos; e 3) na execução, com o fim de defendê-los quando de uma lesão.

Assim, enquanto os direitos de defesa (*Abwehrrechte*) concebem-se na liberdade dos indivíduos frente ao Estado contra o perigo que possa surgir das ações governamentais, condescendendo um *status negativus*, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) conforma-se em um *status positivus*, havendo aos indivíduos direitos de prestações do Estado, do que decorre que, em suas relações, a palavra de ordem vem a ser a segurança dos direitos fundamentais (*Grundrecht auf Sicherheit*), devendo-se resguardar a vida e a integridade física dos cidadãos. Nessa interpretação, pode-se afirmar que, no dever de proteção, a proteção vem através do Estado; já nos direitos de defesa, possui-se uma proteção frente ao Estado<sup>65</sup>.

Ao Estado cabe, ainda, não só deixar "em paz" os cidadãos; ele precisa, além disso, "garantir a paz"<sup>66</sup>. Isso porque, diferentemente da dimensão subjetiva dos direitos

---

64 "Die drei Teilaufgaben gehen dahin: (1) die Grundrechtsgüter rechtlich zu definieren und das Nebeneinander der Grundrechtsträger rechtlich zu koordinieren (Definition und Koordination), (2) die Verletzung fremder Rechtsgüter gesetzlich zu verbieten und als Unrecht auszuweisen (Verletzungsverbot), (3) die Verletzung rechtlich zu sanktionieren und der Gefahr einer Verletzung mit rechtlichen Mitteln wirksam zu begegnen (Ausführung)" ISENSEE, 2011, p. 540.

65 "Hier geht es um Schutz durch den Staat, dort um Schutz vor dem Staat". ISENSEE, 1992, p. 145-146.

66 "Der Staat soll die Bürger nicht nur *in Ruhe lassen*, er soll darüber hinaus *für Ruhe sorgen*". DIETLEIN, 2005, p. 35.

fundamentais, o dever de proteção faz com que o Estado tenha deveres positivos frente à sociedade, há uma mudança de conteúdo e de atitude do Estado.

Para continuar, o tema do dever de proteção recebe por Richter e Schuppert<sup>67</sup> uma classificação em três espécies, sendo elas: *Verbotspflicht* (dever de proibição); *Sicherheitspflicht* (dever de segurança) e *Risikopflicht* (dever de evitar riscos).

Quanto à primeira espécie, o dever de proibição (*Verbotspflicht*), verifica-se a proibição de determinado comportamento “[...] *ein bestimmtes Verhalten zu verbieten*”<sup>68</sup>. O que se observa, e aqui os autores citam a segunda decisão do aborto, conforme já estudada alhures, de onde trazem a questão que através de um dever de proteção, a jurisprudência acabou proibindo certos atos, ou seja, para proteger os nascituros a jurisprudência acabou por proibir o aborto<sup>69</sup>.

Já a segunda, o dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), diz respeito ao dever do Estado em proteger os cidadãos contra a violação dos direitos fundamentais, contra o ataque de terceiros<sup>70</sup>.

E, por fim, a terceira, o dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), vem como dever de proteger os cidadãos contra possíveis riscos de violação aos direitos fundamentais, ganhando espaço quando se fala em dever de proteção no que diz respeito ao âmbito técnico e tecnológico<sup>71</sup>.

---

67 RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 35-36.

68 RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 35.

69 “Die Besonderheit der Verbotspflicht besteht darin, daß zum einen der Inhalt der Schutzpflicht festgelegt ist, da allein darüber zu urteilen ist, ob es geboten ist, ein bestimmtes Verhalten zu verbieten”. RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 35.

70 “Die zweite Konstellation betrifft den Fall, daß die Schutzpflicht dem Staat gebietet, den Bürger vor rechtswidrigen Übergriffen durch Dritte zu schützen”. RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 35-36.

71 “Die dritte Konstellation betrifft den Fall, daß die Schutzpflicht dem Staat gebietet, den Bürger vor rechtmäßigen Risiken zu schützen, die zu Verletzungen

Acrescenta-se que, no direito brasileiro, tais espécies são mencionadas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em algumas decisões, como, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF, que versa sobre a importação de pneus usados, já antes mencionada, em que o Ministro as apresenta e conceitua, na ordem de um 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*)<sup>72</sup>.

Continuando, menciona-se que Hesse<sup>73</sup> abrange a incidência da proteção estatal até mesmo nas relações com outros Estados (*aber auch durch andere Staaten*), sendo que Novais<sup>74</sup> acrescenta, ainda, as contingências naturais ou riscos sociais, ou seja, há a irradiação dos seus efeitos em todas relações que envolvam direitos fundamentais.

Tal efeito vincula os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, residindo neles a principal função de efetivar o dever de proteção. Nesse foco, a tarefa do Poder Legislativo não se restringe a determinar deveres estatais quando

---

*grundrechtlicher Schutzgegenstände führen können*". RICHTER; SCHUPPERT, 1996, p. 36.

72 SARLET, 2005, <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>.

73 "Demgemäß kann sich unmittelbar aus Grundrechten eine staatliche Pflicht ergeben, ein durch diese geschütztes Rechtsgut vor rechtswidrigen Verletzungen und Gefährdungen durch andere, vor allen durch Private, aber auch andere Staaten, also durch Personen oder Mächte zu bewahren, die selbst nicht Adressaten der Grundrechte des Grundgesetz sind". HESSE, 1995, p. 155.

74 NOVAIS, 2003, p. 88.



houver violação aos direitos fundamentais; o seu alcance é maior, pois ele deve atuar preventivamente na defesa desses direitos<sup>75</sup>.

Quanto ao Poder Executivo, consiste em concretizar a abstrata proteção aos direitos fundamentais, tornando essa proteção concreta, por meio da execução das normas de proteção<sup>76</sup>.

Por fim, ao Poder Judiciário<sup>77</sup> é dada a tarefa de controle das leis e da atuação estatal, por meio de um controle tanto abstrato, direcionado ao Poder Legislativo, como da sua execução pelo Poder Executivo<sup>78</sup>.

Novais<sup>79</sup> compreende que o Estado está obrigado, notadamente, através da mediação do legislador ordinário, mas, também, em caso de omissão dele, pela ação do Poder

---

75 *“Für den Gesetzgeber stellen sich grundrechtliche Schutzpflichten regelmäßig als Pflichten zur normativen Absicherung grundrechtlicher Freiräume gegenüber privat verursachten Gefährdung dar. Verpflichtung der Legislative ist es nicht nur, private Übergriffe in grundrechtlich garantierte Freiräume für Grundsätzlich rechtswidrig und damit für nicht hinnehmbar zu erklären, sondern hierüber hinaus auch, die Rechtsordnung präventiv so auszugestalten”*. DIETLEIN, 2005, p. 70.

76 *“Der von ihm geforderte Schutz ist vielmehr konkret und erfordert notfalls die hoheitliche Durchsetzung der schützenden Norm”*. DIETLEIN, 2005, p. 71.

77 ISENSEE, 1992, p. 182, aborda casos como os mais incidentes na jurisprudência alemã a proteção do Estado sobre o exercício dos direitos dos pais, proteção contra o aborto, contra ataques de terrorismo, como a proteção contra a imissão de gases e outros riscos que possam derivar de aparelhos técnicos: *“Die typischen Fälle der Schutzpflicht in der Judikatur sind: das Wächteramt des Staates über die Ausübung des Elternrechts, der Schutz des ungeborenen Kindes vor Abtreibung, Sicherheitsvorkehrungen gegen Anschläge des Terrorismus, die Rechtfertigung der Strafvollstreckung, der Schutz vor Immissionen und sonstigen Risiken technischer Anlagen”*.

78 *“Für die Rechtsprechung schließlich sind die grundrechtlichen Schutzpflichten überwiegend keine Handlungs-, sondern Kontrollnormen, die entweder unmittelbar oder mittelbar in ihrem jeweiligen gesetzlichen Medium zum Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Schutzhandelns der anderen staatlichen Gewalten werden”*. DIETLEIN, 2005, p. 72.

79 NOVAIS, 2003, p. 88.

Judiciário e da Administração Pública, a uma atuação que seja normativa, judicial e/ou fática, a fim que se garantam os bens e as atividades protegidas por direitos fundamentais, em todas as relações estatais e não estatais.

Importante registrar, nesse sentido, que o dever de proteção teve seu enfoque primário, no contexto alemão, associado à proteção dos direitos fundamentais de liberdade (liberdade da pessoa e em seu exercício profissional), com cuidado especial ao direito à vida, à integridade física, à dignidade humana e à propriedade<sup>80</sup>.

Na atualidade, podem-se compreender como desafios ao dever de proteção a política e o meio ambiente (*Umweltschutz*) ecológico, de proteção aos meios de subsistência naturais, da vida e da integridade física, tudo regido pela proteção à dignidade humana<sup>81</sup>.

Os direitos sociais também se encontram nesse caminho (direitos como habitação, trabalho, entre outros), sendo compreendido que a esses direitos devem ser destinados direitos de prestação, no sentido de que aos mesmos também seja atribuído um dever de proteção estatal. Esse, inclusive, é o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, que chega a falar do dever de proteção como um princípio social (*Sozialstaatsprinzip*)<sup>82</sup>.

Ademais, o Tribunal Constitucional Alemão considera a proteção à vida como uma política social. No caso do aborto, é compreendido que cabe ao Estado uma tarefa educativa

---

80 ISENSEE, 1992, p. 192

81 ISENSEE, 1992, p. 160.

82 *"Darüber hinaus hat BVerfG gelegentlich sogar im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 1 1 GG) von einer ‚allgemeine[n] Schutzpflicht‘ gesprochen. Regelmäßig setzen Einzelgrundrechte indes konkretere Maßstäbe für staatliches Schutzhandeln und sind deshalb zumindest vorrangig zu prüfen bzw. erübrigen sogar eine Prüfung des abstrakteren Sozialstaatsprinzips"*. SZCZEKALLA, 2002, p. 106.

com as mães, a fim de que elas queiram aceitar a gravidez, a responsabilidade de conceber a vida do embrião, como condições éticas e socioculturais que o Estado tem o dever de assegurar, garantindo os direitos fundamentais<sup>83</sup>.

Queiroz<sup>84</sup>, no seu estudo sobre os direitos sociais, esclarece que os mesmos, fundamentalmente, dirigem-se ao Estado e aos Poderes Públicos, visto que constituem normas jurídicas vinculantes, efeito decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O próprio cunho social do Estado faz com que a relação entre cidadão e Estado seja alterada, pois há uma nova relação com os próprios Poderes Estatais, podendo-se afirmar, com Häberle<sup>85</sup>, que, sem o cunho social, os direitos fundamentais tornam-se inefetivos e ineficazes. Dessa forma, ensejam o mesmo tratamento concedido aos direitos individuais, com sua eficácia ampliada, como um novo campo de atuação e uma nova ordem de proteção.

Acrescenta-se que os direitos sociais incluem, na sua maioria, um dever, contexto em que direitos como educação, saúde, segurança social, dentre outros, não se apresentam como “concessões” do legislador; constituem os direitos sociais “deveres positivos”, “deveres de proteção” e “deveres de ação”, que decorrem da própria Constituição<sup>86</sup>. Claro que incide, aqui, a questão da limitação de recursos para a

---

83 *“Zu Recht betrachtet das Bundesverfassungsgericht den Schutz des ungeborenen Lebens in erster Linie als sozialpolitische und als eine staatspädagogische Aufgabe, die Bemühungen dazu erfordert, die Bereitschaft der werdenden Mutter zu stärken, die Schwangerschaft eigenverantwortlich anzunehmen und die Leibesfrucht zu vollen Leben zu bringen. Hier geht es zwar auch um die sozialen, mehr noch aber um die ethischen und soziokulturellen Voraussetzungen der Grundrecht Sicherheit”.* ISENSEE, 2011, p. 541-542.

84 QUEIROZ, 2006, p. 18.

85 *“[...] im Staat-Bürger-Verhältnis wirkt er als sozialer Schutzauftrag für den Bürger”.* HÄBERLE, 1972, p. 47 e 72.

86 NOVAIS, 2003, p. 27.

consecução desses direitos sociais, tema que foge ao objetivo aqui proposto por este artigo.

Em resumo, há uma mudança de concepção, não se restringindo o dever estatal de proteção apenas à determinada dimensão de direitos fundamentais. A ideia é que em todos os locais, em todas as dimensões, em diferentes direitos fundamentais, o dever de proteção seja aplicado<sup>87</sup>.

Mas esse dever de proteção não pode estar desvinculado de um controle, razão pela qual, no próximo tópico, passa-se a discorrer sobre os parâmetros de controle do dever de proteção estatal, ou seja, dos critérios de controle da atuação estatal em relação aos direitos fundamentais, quais sejam, a "proibição de proteção insuficiente" ou "proibição de insuficiência" (*Untermaßverbot*) e a "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*).

#### **4 "Proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*) como critérios de controle da atuação estatal aos direitos fundamentais**

*Untermaßverbot* e *Übermaßverbot* são conceitos decorrentes do princípio da proporcionalidade, apresentam-se como fatores que controlam o dever de proteção estatal, na sua insuficiência e no seu excesso, respectivamente, funcionando como parâmetros de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, estão conectados com a noção de proporcionalidade, ainda que se possa dizer que em linhas opostas, já que a "proibição de excesso" trabalha com o "além",

---

87 "Die objektivrechtliche Schutzpflicht des Staates für Grundrechtsgüter wird [...] Verfahrensregelungen aller Art erweitert". DENNINGER, 1992, p. 292.

enquanto a “proibição de insuficiência” com o “aquém”<sup>88</sup>.

Decorrente da segunda decisão do aborto, contexto já referido anteriormente, advém da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especificamente, do dever de proteção (*Schutzpflicht*), a figura denominada *Untermaßverbot*, “proibição de proteção insuficiente”<sup>89</sup>.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Alemão trouxe o entendimento de que o Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir com seu dever de proteção, que possam levar a uma proteção tida como adequada e efetiva (“proibição de insuficiência”), o que faz necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva<sup>90</sup>.

Ainda, na decisão ficou entendido que é tarefa do legislador determinar de forma detalhada o tipo e a extensão dessa proteção, no sentido de que a Constituição fixa a proteção como uma meta, não detalhando a sua configuração, por isso, o legislador precisa observar a “proibição de insuficiência”<sup>91</sup>.

Na doutrina, dentre os principais autores, encontram-se Claus-Wilhelm Canaris (que transportou a teoria do direito civil para o direito constitucional), Josef Isensee, Johannes

---

88 LEAL, 2015, p. 149.

89 DIETLEIN, 1995, p.61.

90 *“Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot)”*. BVERFGE 88, 1993, p. 203 e seg.

91 *“Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten”*. Tal posicionamento foi retirado da doutrina de ISENSEE, 1992, p. 232.

Dietlein e Christian Calliess<sup>92</sup>, que são os mesmos doutrinadores de referência quando se trata do dever de proteção. Já no âmbito da jurisprudência<sup>93</sup>, a tese teria sido formulada pelos juízes constitucionais de Karlsruhe<sup>94</sup>.

Canaris<sup>95</sup> conceitua a figura jurídica do *Untermaßverbot* como um "mínimo" exigido constitucionalmente, no sentido de que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um mínimo de proteção<sup>96</sup>.

O Tribunal Constitucional Alemão, na elaboração de sua conformação jurídica, assevera que, para a "proibição de insuficiência" não ser violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas<sup>97</sup>.

Isensee apresenta que o objeto a ser ponderado é a efetividade do dever de proteção, esse é o alvo. A Constituição exige que os direitos fundamentais possuam um mínimo de

---

92 As obras destacadas dos autores sobre o assunto, já foram anteriormente citadas.

93 DIETLEIN, 1995, p. 132. Com a nova fórmula de *Untermaßverbot* o Tribunal Constitucional Federal Alemão resolve, pelo menos conceitualmente, o praticado controle de evidência, que consiste em caso de evidente desrespeito à lei se aplicar a sanção judicial, o que antes era utilizado quando medidas insuficientes eram tomadas: "*Mit der neuen Formel vom Untermaßverbot löst das Bundesverfassungsgericht – zumindest begrifflich – seine bis dahin praktizierte Evidenzkontrolle*" ab. Ihr zufolge galten Defizite in der Umsetzung verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsaufträge dann als justiziabel und gerichtlicher Sanktion zugänglich, wenn diese Aufträge „evident verletzt wurden. Eine solche Evidenz hatte das Gericht dann angenommen, wenn verfassungsrechtliche Schutzvorkehrungen entweder gar nicht oder in nur völlig unzureichender Weise getroffen worden waren".

94 DIETLEIN, 1995, p. 132

95 CANARIS, 1999, p. 39

96 "*Voll verständlich wird dieses Konzept freilich erst, wenn man hinzunimmt, daß die Verfassung lediglich verbietet, ein gewisses Minimum an Schutz zu unterschreiten*". CANARIS, 1999, p. 39.

97 SCHWAGE, 2005, p. 280

garantias, na correlação de que ao dever de proteção tem-se a “proibição de insuficiência” e aos direitos de defesa uma “proibição de excesso”<sup>98-99</sup>.

No mesmo sentido vai a compreensão de Canaris<sup>100</sup>, que conjuga a teoria do dever de proteção com a “proibição de insuficiência” e os direitos de defesa com a “proibição de excesso”, explicando, ainda, que a eficácia da função de imperativo de tutela (dever de proteção) em combinação com a “proibição de insuficiência” apresenta-se mais fraca do que a da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a “proibição de excesso”, isso porque ao Estado não se pode impor, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das atuações interventivas, pois teria o ônus de uma única medida, ou seja, aquela tomada em relação a determinado caso. Já na hipótese de o Estado se omitir, o ônus recai sobre uma multiplicidade de medidas que poderiam ser tomadas. Tanto é que o autor afirma que, em caso de dúvida em sua atuação, o Estado deve partir para uma função defensiva dos direitos fundamentais e da “proibição de excesso”, que peque pelo excesso e não pela insuficiência em sua atuação<sup>101</sup>.

---

98 *“Ziel des Ermessens ist die effektive Erfüllung der Schutzpflicht. Im Ergebnis muß der verfassungsgebote Mindeststandard an Grundrechtssicherheit gewährleistet sein. Die Schutzpflicht richtet dem Gestaltungsersessen ein Untermaßverbot aus, das dem Übermaßverbot des Abwehrrechts korreliert”*. ISENSEE, 1992, p. 132.

99 SARLET, 2005, <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>. Nesse sentido, afirma também, que o Estado quando atua resguardando os direitos de defesa, no sentido de proibição de intervenção, o princípio da proporcionalidade atua no fator de “proibição de excesso” (Übermaßverbot); mas, quando a atitude é contrária, em que age de forma omissa frente ao seu dever de proteção, ou seja, nesse caso deixando de atuar, o fator a ser imposto é a “proibição de insuficiência” (Untermaßverbot).

100 CANARIS, 1999, p. 46, trabalha essas figuras como teorias autônomas, como se não houvesse interdependência entre ambas.

101 *“Wie überhaupt die Faustregel gilt, daß im Zweifel von der Abwehrfunktion eines*

Esclarece-se que a figura da "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) decorre da figura da "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*), buscando dar efetividade ao dever de proteção (*Schutzpflicht*)<sup>102</sup>. Um critério é o contraponto lógico do outro, o seu revés. Primeiramente na concepção de direitos de defesa, tem-se a noção de "proibição de excesso", da qual decorre a "proibição de proteção insuficiente" advinda da ideia de direitos prestacionais, positivos, concebidos então no Estado Social.

Verifica-se, assim, que o Estado está vinculado a proteger um cidadão de outro, pois se o Estado deixa um cidadão atuar de forma contrária à lei, ele está se omitindo de punir tal atitude, havendo, portanto, uma omissão no seu dever de proteção<sup>103</sup>.

Interessante se faz observar, com Canaris<sup>104</sup>, que essa omissão pode não só vir do legislador, que, como já se apresentou, é o primeiro a garantir os direitos fundamentais, mas também pode derivar da jurisprudência, pois a realização de deveres de proteção, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador da jurisprudência, constitui também umas das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais, embora, nesse caso, se entenda que a sua competência não pode ultrapassar a do legislador<sup>105</sup>.

---

*Grundrechts und damit von Übermaßverbot auszugehen ist". CANARIS, 1999, p. 46.*

102 *"Gefunden wurde das Untermaßverbot, das nunmehr die Hoffnung beflügelt, ein dem Übermaßverbot entsprechendes, praktikables Instrument in der Hand zu halten, um so die ungelöste Frage nach der Reichweite der Schutzpflicht zu beantworten". CALLIESS, 2001, p. 451.*

103 *"Wenn also der Staat den einen Bürger gegenüber dem anderen unreglementiert gewähren läßt, so liegt darin grundsätzlich nicht etwa die Erteilung einer Erlaubnis zu einem Eingriff in die Gütersphäre des anderen –welche überdies auch erst noch als rechtlich geschützt tatbestandlich definiert werden müßte! –, sondern schlicht und einfach das Unterbleiben einer Einnischung". CANARIS, 1999, p. 40.*

104 CANARIS, 1999, p. 44.

105 *"Zwar gehört zu deren legitimen Aufgaben auch die Verwirklichung*



Aborda-se, ainda, a diferença, apontada por Canaris<sup>106</sup>, entre a questão de “se” (*ob*) e “como” (*wie*) no que diz respeito aos direitos fundamentais. O autor faz uma distinção no sentido de que é preciso saber, em primeiro lugar, “se” um direito fundamental possui uma proteção decorrente de uma violação, para, então, saber-se “como” se deverá configurar tal proteção<sup>107</sup>. Assim, após ter verificado a existência de tal direito fundamental e o seu imperativo de tutela, vem a questão de “como” se irá realizar, na prática, essa proteção (em que as decorrências do princípio da proporcionalidade entram em ação), evitando, no caso, uma “proibição de insuficiência”.

Ademais, menciona-se que 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<sup>108</sup>, julgado em 2012, referente ao porte ilegal de armas. No caso, a arma não estava muniçada, 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

---

*grundrechtlicher Schutzgebote im Wege der Auslegung und lückenfüllenden Rechtsfortbildung, doch reicht ihre Kompetenz insoweit keinesfalls weiter als diejenige des Gesetzgebers und hängt daher entscheidend davon ab, ob diesen eine entsprechende Schutzpflicht trifft (welche die Rechtsprechung dann statt seiner erfüllt)”. CANARIS, 1999, p. 44.*

106 CANARIS, 1999, p. 71.

107 “Dabei empfiehlt es sich zunächst, zwei Fragen zu unterscheiden - nämlich erstens, ob ein Grundrecht überhaupt für die betreffende Beeinträchtigung ein Schutzgebot enthält, und zweitens, wie bejahendenfalls der Schutz auszusehen hat”. CANARIS, 1999, p. 71.

108 BRASIL, 2012, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629956>.

crime. A proibição de insuficiência veio a ser invocada para justificar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário<sup>109</sup>.

Em comentário, Leal<sup>110</sup> menciona que a decisão acen-tua 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; dessa forma, a questão está em ponderar "como" se efetivarão e concretizarão os direitos fundamentais.

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<sup>111</sup>.

---

109 LEAL, 2015, p. 152.

110 LEAL, 2015, p. 150.

111 BRASIL, 2006, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>.

Nesse sentido, verifica-se que a teoria da “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) é uma decorrência da “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), oriunda da própria noção de direitos subjetivos e proibição de intervenção estatal. São critérios balizadores do dever de proteção, da garantia dos direitos fundamentais e, por forte, da intervenção estatal.

## 5 Conclusão

O presente trabalho buscou abordar aspectos da doutrina e da jurisprudência alemã relativos a teorias de notável importância à investigação dos direitos fundamentais, com a finalidade de propiciar ao operador jurídico brasileiro o conhecimento e o estudo de categorias estratégicas na aplicação desses direitos, como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht des Staates*), a “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e a “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*).

Assim, destaca-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vem trazer uma dupla dimensão e garantia a esses direitos, subjetiva e objetiva. Importante é entender que essas duas dimensões não se excluem, mas se somam, havendo aí um ganho de qualidade à teoria dos direitos fundamentais. Com isso, tem-se que a dimensão objetiva deve ser aplicada a todos as categorias de direitos fundamentais, sendo eles direitos de defesa ou prestação, bem como

---

jsp?docTP=AC&docID=412578. 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 [...]”.

amplia-se essa aplicação às relações entre os particulares (não somente entre Estado-particular, mas cidadão-Estado-comunidade).

Nesse contexto, como uma das decorrências mais importantes dessa dimensão dos direitos fundamentais encontra-se, justamente, a noção de "dever de proteção estatal", no sentido de que ao Estado é atribuída também a tarefa de garantir e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas abster-se de intervir, passa de uma postura negativa para positiva. Dessa forma, se, por um lado, o Estado não deve interferir na liberdade do cidadão, por outro, deve protegê-lo de possíveis violações aos direitos fundamentais. E, na ordem de critérios balizadores desse dever de proteção estatal, atuando como limites à intervenção estatal, na efetivação e no controle da atuação estatal em relação aos direitos fundamentais, encontram-se a "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e a "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*).

Afirma-se que todas essas teorias foram estabelecidas pela jurisprudência e pela doutrina constitucional alemã, constituindo-se em uma construção que se deu "sob" a Constituição, e não "a partir" dela, ou seja, trata-se de concepções teóricas não oriundas da base constitucional, o que traz a importância da reflexão acadêmica na construção do direito.

Aponta-se, por fim, para a originalidade do tema e de sua abordagem, tornando-se uma fonte ímpar de pesquisa em matéria de direitos fundamentais. Almejou-se, desse modo, permitir uma maior aproximação às teorias, para que, a partir disso, se possa avançar no estudo e na compreensão de pontos controvertidos atinentes aos direitos fundamentais e na construção de novos caminhos para a sua proteção e garantia, bem como na efetivação e no controle da atuação estatal em relação a eles. A contribuição deste ensaio é encontrada também quando os aspectos referenciais aqui

abordados são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, dando aplicabilidade às teorias estudadas em solo brasileiro, o que se verificou neste artigo.

## Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als Objektive Normen. In: *Der Staat*. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. Band 29. Berlin: Duncker & Humblot, 1990

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche\\_Formular.html;jsessionid=E3AD345931CFCD28389102E5AC5F52AD.1\\_cid392?language\\_=de](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html;jsessionid=E3AD345931CFCD28389102E5AC5F52AD.1_cid392?language_=de). Acesso em: 10 fev. 2020.

CALLIESS, Christian. § 44 Schutzpflichten. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen, Paul (Hg.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Band II. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2006, p. 963-992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York: Gruyter, 1999.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e o procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*,

Belo Horizonte, n. 116, p. 63-112, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 02 ago. 2022.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. A confluência do Direito com as políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo: aportes para o mapeamento crítico do estado da arte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 124, p. 365-434, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P27>. Acesso em: 02 ago. 2022.

DENNINGER, Erhard. § 113 Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch, Verfahren, Organisation und Finanzierung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, p. 291-320.

DEUTSCHLAND. *Basistexte Öffentliches Recht: Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht*. 21. Auflage. München: Beck-Texte im dtv, 2006.

DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Zeite Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

\_\_\_\_\_. Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung*. 10. Jahrgang. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 131-141.

DREIER, Horst. Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG. In: DREIER, Horst (Hg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band I. Präambel, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck Tübingen, 2013, p. 42-154.

GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAatRL)*, Band 30. Berlin: Gruyter, 1972, p. 44-131.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 1995.

ISENSEE, Josef. § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: \_\_\_\_\_; KIRCHHOF, Paul (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, p. 143-242.

\_\_\_\_\_. § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: \_\_\_\_\_; KIRCHHOF, Paul (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band IX. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 413-569.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

KISCHEL, Uwe. *Die Begründung*. Band 94. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. 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: Quailis, 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.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v.1, n.13, junho/1999. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf). Acesso em: 2 abr. 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIEROTH, et al. *Grundrechte Staatsrecht II*. 31. Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 2015.

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

SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 2. Auflage. Frankfurt: Recht und Wirtschaft, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 15. ed. rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Ajuris*, ano XXXII, n. 9, jun. 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>. Acesso em: 1 maio 2019.



SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Leonardo Martins (Org.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transparência nas audiências públicas ambientais como instrumento de maximização ao dever fundamental de proteção ao meio ambiente. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 112, p. 271-298, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/834>. Acesso em: 02 ago. 2022.

SZCZEKALLA, Peter. *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einergemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

---

*Recebido em: 18/02/2020*

*Aprovado em: 01/08/2022*

**Mônia Clarissa Hennig Leal**

*E-mail: moniah@unisc.br*

**Rosana Helena Maas**

*E-mail: rosanamaas@unisc.br*