

DIREITO À SEGURANÇA

RODRIGO DE CAMPOS COSTA

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

POLÍCIA FEDERAL - BRASIL



RESUMO

Trata-se o presente artigo da análise do direito à segurança como direito fundamental, em uma visão ampla, de segurança e proteção dos demais direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição. Também é analisada a acepção objetiva dos direitos fundamentais, como imperativos de tutela e aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a legitimar posturas proativas do legislador em favor da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à segurança. Princípio da proporcionalidade. Direito fundamental. Princípios e regras.

1. INTRODUÇÃO

O finalidade do presente artigo consiste em discutir e analisar o direito à segurança enquanto direito fundamental, isso porque a doutrina mais tradicional é bastante reticente em aceitar essa condição.

A doutrina constitucional moderna, especialmente a capitaneada por doutrinadores da região sul do Brasil, vêm sendo muito prósperas nessa não tão nova linha de pensamento.

Mas para enfrentar o direito à segurança como direito fundamental, também se faz necessária a análise sobre a dupla acepção dos direitos fundamentais, isto é, a acepção objetiva e subjetiva; pela primeira direitos do Estado para com o cidadão, pela segunda direitos do cidadão contra o Estado.

A razão de interpretar o direito à segurança como direito fundamental é justamente encontrar subsídio constitucional, apto a dar suporte ao

legislador e aos demais poderes, bem como a medidas eficazes no enfrentamento à criminalidade, especialmente a organizada. Dito de outra maneira, buscar na Constituição fundamento para o combate ao crime, de maneira eficaz sobretudo, e respeitando um dos principais fundamentos da nossa Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, válvula motriz do Estado Democrático de Direito.

Todavia, em se analisando o direito à segurança como direito fundamental, é extremamente importante analisar o princípio da proporcionalidade enquanto equalizador de conflitos de ordem constitucional.

Dentro dessa ótica, a colisão de princípios de ordem coletiva e individual será o cerne do questionamento, cuja solução será a busca de um sadio bom termo e equilíbrio entre eficácia penal e o respeito às garantias constitucionais.

2. CONCEITO DE SEGURANÇA

A doutrina constitucional é reticente ao falar sobre o direito à segurança previsto no caput do art.5º da Carta Política de 1988. É certo, por sua vez, que o rol exemplificativo do art. 5º constitui os direitos e garantias fundamentais, o qual segundo lição de Nelson Nery Junior e Rosa maria de Andrade Nery¹ “[...] constituem na atualidade, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pela Constituição [...]”.

Pese sua importância, a maioria da doutrina especializada faz menção aos demais direitos previstos - direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade – deixando de lado a necessidade de se dizer qual o conceito e abrangência do direito à segurança.

Mesmo com a escassez de doutrina a respeito de tão importante assunto, Celso Bastos e Ivez Gandra Martins², assim se posicionam a respeito do direito à segurança, sobretudo no que se refere a seus destinatários:

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com

1 Constituição Federal Comentada e legislação infraconstitucional, p. 172.

2 Comentários à Constituição do Brasil, 2 v, p. 4.

esta mesma ordem jurídica [...]. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira.

Entendemos que o direito à segurança mencionado no texto constitucional, com qualidade de cláusula pétrea, consiste não somente no direito à segurança pública, propriamente, dita, ou como parte da doutrina sustenta, na qualidade de segurança jurídica, excluindo o direito à segurança pública, vez que esta estaria mencionada no art.144 da Constituição Federal, mas sim, conforme José Afonso da Silva³, como um conjunto de medidas que visa garantir todos os direitos previstos na Constituição Federal, notadamente, os previstos no art.5º da Carta Política de 1988, portanto, a segurança constitui também um direito fundamental.

Oportuno ainda trazer à baila a posição de Ingo Wolfgang Sarlet⁴, no sentido da aceção ampla do direito à segurança, não somente no que se refere à segurança pública ou mesmo a jurídica, mas “[...] a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.”

A despeito dos posicionamentos doutrinários acima descritos – que aferem aceção restrita ao direito à segurança⁵-, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede do HC 87.310, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito que a segurança é “[...] voltada para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”

Na qualidade de direito fundamental a análise do direito à segurança – seja na aceção ampla ou restritiva -, permite interpretá-la também como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a interpretação da dignidade da pessoa humana, baliza mestra do Estado Democrático de Direito, engloba também a segurança, vez que esta consiste na garantia de todos os demais direitos previstos na Carta Política.

3 Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 194.

4 Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br> acesso em 13/04/2011.

5 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Processual Penal. HC 87310. Ministro Carlos Ayres Brito, 1ª turma, v.u., DJU 08/08/2006.

3. ACEPÇÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A leitura que se fazia dos direitos fundamentais, previstos, ou não, explicitamente no corpo da Constituição, na maioria das vezes era atrelada a sua visão subjetiva, ou seja, no sentido de fornecer mecanismos que impedissem o Estado de subtrair direitos e garantias previstos constitucionalmente. No entanto, o avanço da doutrina constitucional, sobretudo nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol, permitiu que se fizesse uma releitura dos direitos fundamentais, na sua acepção objetiva, isto é, na postura proativa em que o Estado deve ter na proteção dos direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição.

A esta função proativa dos direitos e garantias fundamentais denomina-se como imperativos de tutela, conforme ensina Luciano Feldens⁶:

A função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela manifesta-se na dedução de deveres de proteção, consistente na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais.

Assim, os direitos fundamentais possuem duas acepções, uma subjetiva e outra objetiva: a leitura subjetiva, pode-se dizer que possui natureza negativa ao Estado, vez que neste sentido, impede, limita, restringe o poder estatal, em eventual lesão a direito fundamental, estando direcionado ao titular do direito eventualmente lesado, caracterizando assim, o princípio da proibição de excesso, na doutrina alemã denominado como *übermassverbot*; por outro lado a visão objetiva, através da leitura dos direitos fundamentais, determina ao Estado comandos proativos, no sentido de garantir e fazer valer os direitos fundamentais, caracterizando assim, o princípio da proibição da proteção deficiente, na doutrina alemã denominado *untermassverbot*.

No sentido da necessidade proativa por parte do Estado, Lenio Luiz Streck⁷ assim se manifesta:

Isso ocorre, obviamente, da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social. É por isso que não se pode

6 Direitos Fundamentais e Direito Penal, p. 73.

7 O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre o crime de furto privilegiado e tráfico ilícito de entorpecentes”? Disponível em <www.leniostreck.com.br> acesso em 24/11/2015.

falar mais tão somente de função de proteção negativa do Estado.

[...] esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos também dos prestacionais por parte do Estado [...].

Ademais, justificam-se os imperativos de tutela, na medida em que o Estado tem o dever de garantir a segurança da população, haja vista possuir o monopólio da violência. Com base na teoria do contrato social de Jean-Jacques Rousseau⁸ e Johann Gottlieb Fichte⁹, no que se refere ao estado de natureza, o cidadão abre mão da sua liberdade em favor do Estado, o qual deverá garantir sua convivência na sociedade, livre de atos nocivos e que aten-tem contra seus direitos.

Atente-se que é preciso registrar que há posicionamento doutrinário no sentido de que seria impossível interpretar os direitos fundamentais, como legitimadores da atuação estatal em prol da sociedade, isto é, realizar sua leitura de forma objetiva.

Robert Alexy¹⁰ faz alusão à tese contrária da leitura dos direitos fundamentais defendida por Ernst-Wolfgang Böckenförde, segundo a qual a opção pela visão objetiva limitaria a atuação do Estado, o qual estaria atrelado única e exclusivamente àquilo que estivesse prescrito na Constituição:

[...] há apenas duas possibilidades: decidir-se por direitos fundamentais como princípios e, com isso, por um Estado Judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função como direitos de defesa e, com isso, por um Estado legislativo parlamentar.

Em via oposta, entendendo pela possibilidade de interpretação objetiva dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que materializam os deveres de proteção por parte do Estado, através do princípio da proteção deficiente, na existência dos mandados de criminalização explícitos e implícitos, bem como em medidas necessárias para a manutenção do direito à segurança, especialmente, no que se refere à segurança pública, propriamente, dita.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio da proteção deficiente, exarando decisão em sede de RE nº 418376, cuja relatoria pertencia ao Ministro Marco Aurélio, em votação por maioria,

8 Contrato Social.

9 A paz perpétua.

10 Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 578.

entendendo pela inaplicabilidade da extinção da punibilidade, no caso concreto, conforme previsto no art. 107, inc. VII (casamento da vítima com o autor) do Código Penal, pelo fato de que a vítima havia sido vítima de estupro aos 9 (nove) anos de idade, na qual era absolutamente incapaz de determinar sua vontade.

Ou seja, Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação da lei – art. 107, inc. VII do CPB -, cujo resultado seria a extinção da punibilidade do crime de estupro, com fulcro no princípio da proteção de deficiente.

No que se refere à leitura do direito à segurança, como direito fundamental, é permitido ao Estado relativizar direitos fundamentais, desde que calcados na devida proporcionalidade, conforme menciona Luciano Feldens¹¹:

Mirados sob essa perspectiva (imperativos de tutela), os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições (proporcionais) aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos, o que pode implicar a necessidade de adoção de medidas e caráter penal.

Os deveres de proteção dos quais o Estado é obrigado a prestar, têm como destinatários: o Poder Legislativo na edição de leis, segundo os comandos implícitos e explícitos constitucionais; o Poder Executivo em tutelar a segurança, justamente, por deter monopólio da violência, em ações preventivas ou repressivas por parte das Polícias, como corolário do art. 144 da Constituição Federal; o Poder Judiciário em prestar a devida tutela judicial frente a eventual lesão a direito fundamental.

Portanto, os direitos fundamentais possuem duas variantes, caracterizadas pelo princípio da proibição de excesso (dirigido ao cidadão) e o princípio da proibição da proteção deficiente (dirigido ao Estado).

Invariavelmente, os princípios explicitados em ambos os comandos podem se colidir e em havendo essa colisão de princípios constitucionais, o operador do direito deve socorrer-se do princípio da proporcionalidade, o qual através da aplicação esmerada da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, definirá qual princípio terá prevalência.

¹¹ Ibid., p. 75-76.

4. PRINCÍPIOS E REGRAS

Porquanto, antes de adentrar na aplicação do princípio da proporcionalidade, é fundamental estabelecer o conceito de princípio e suas variantes, bem como quais são suas diferenças com as regras e por qual razão é invocado o princípio da proporcionalidade.

Primeiramente, deve-se ter em mente que tanto o princípio como a regra, são espécies do gênero norma, no entanto, mesmo sendo do mesmo gênero, possuem diferenças fundamentais em sua conceituação.

O princípio fornece carga axiológica na interpretação do Direito, não regula situações concretas, mas abstratas, pode ou não estar previsto explicitamente no texto constitucional, mesmo assim é dotado de validade positiva. Outrossim, os princípios não se relacionam a uma situação específica, de maneira que sua interpretação não leva a cabo uma consequência jurídica imediata, mas sim futura.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho¹² os princípios “[...] devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor [...]”. Do texto constitucional podem ser extraídos diversos exemplos de princípios: dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório, legalidade, moralidade administrativa, proporcionalidade e etc.

Por seu turno as regras que regulam situações concretas, podem estar previstas no texto constitucional ou não, comumente preveem uma consequência jurídica imediata a uma situação específica.

Conforme Ronald Dworkin¹³ as regras possuem como característica de aplicação o que ele chama de “tudo-ou-nada”, vale dizer, que se a situação prevista na regra vier a ocorrer, sua aplicação será imediata e inexorável, de maneira que a regra é, portanto, válida. Por sua vez, a respeito da regra Robert Alexy¹⁴ afirma que à regra não é possível ser ora válida e ora inválida, havendo a sua aplicação presume-se sua validade.

12 Teoria Processual da Constituição, p. 9.

13 Levando os Direitos a Sério, p. 39.

14 Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 92.

Exemplos de regras constitucionais são extraídos da obra de Luís Roberto Barroso¹⁵ como: idade mínima para presidente da república (art.14 §3º, inc. VI, a) e a aposentadoria compulsória (art.40 §1º, inc. II). Ademais, possuem *status* de regra as leis de ordem infraconstitucional (lei ordinária, complementar etc.).

Assim, para se estabelecer a diferença entre regras e princípios existem diversas formas. Robert Alexy¹⁶ disserta que “[...] é utilizado com mais frequência é o da generalidade.”, o que significa dizer que os princípios possuem nível de generalidade bastante alto, ao passo que as regras, possuem generalidade baixa ou relativa. Outra diferença citada por Robert Alexy¹⁷, diz respeito à relação de conteúdo para continente entre o princípio e a regra, ou seja, o princípio orienta a regra, fornecendo razões para sua existência e validade jurídica.

A grande problemática a respeito deste tema está relacionada aos conflitos entre as espécies de normas, isto é, os conflitos entre regras e princípios. Nesta situação de conflito é possível obter com maior clareza suas diferenças.

É absolutamente possível a existência de conflitos entre regras que, vigentes ao mesmo tempo, disponham sobre o mesmo assunto. Contudo, o resultado deste conflito será a invalidade de uma das regras conflitantes, o que significa dizer que uma delas perderá sua validade.

Para Robert Alexy¹⁸ o conflito entre regras pode ser solucionado com a inclusão de uma cláusula de exceção da regra suscitada, a qual, por consequência eliminaria o conflito, porém, se isto não ocorrer a solução consiste em declarar a regra conflitante como inválida e “[...] extirpada do ordenamento jurídico”.

O conflito entre as regras são resolvidos pela aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*) e o princípio da lei posterior (*lex posterior derogat legi priori*).

15 Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 207.

16 Ibid., p. 87.

17 Ibid., p. 89.

18 Ibid., p. 92.

Em sentido diametralmente oposto, os conflitos existentes na ordem de princípios são resolvidos pelo princípio da proporcionalidade, através da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Diferente das regras quando em conflito, a existência de princípios conflitantes não significa dizer que haverá a extirpação do ordenamento jurídico do princípio antagônico, cuja ordem de valores foi precedida por outro de maior valor no caso concreto, continuando com sua vigência e aplicação inalterados tanto na forma como no conteúdo.

Ou seja, as regras quando antagônicas e conflitantes, salvo com expressa cláusula de exceção, são extirpadas do ordenamento jurídico, por outro lado, os princípios, mesmo que antagônicos e conflitantes continuam vigentes na ordem jurídica.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No que se refere ao direito à segurança o desenvolvimento do trabalho concluiu pela adoção de um conceito amplo, não somente adstrito à segurança pública ou mesmo à segurança jurídica, mas sim analisando a segurança enquanto um direito fundamental, visando à manutenção dos demais direitos igualmente previstos na Constituição Federal de 1988.

Estabeleceu-se também a necessidade de se interpretar os direitos fundamentais, a partir de sua dupla acepção, configurando o princípio da proibição do excesso e o princípio da proteção deficiente, dando azo, assim, à leitura subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, considerando a segurança como um direito fundamental, caracterizando também um princípio constitucional na sua leitura objetiva, sua manifestação se dará através do princípio da proteção deficiente fornecendo comandos positivos ao Estado, como imperativos de tutela.

Esta leitura dos direitos fundamentais dará azo ao conflito de princípios constitucionais, sobretudo entre o direito à segurança e o direito à liberdade, privacidade, dentre outros, na sua grande maioria com acepção subjetiva.

A tarefa de estabelecer qual princípio irá prevalecer caberá ao princípio da proporcionalidade, o qual através da análise da necessidade, adequa-

ção e proporcionalidade em sentido estrito decidirá qual princípio, no caso concreto, prevalecerá. Vale lembrar que Robert Alexy¹⁹ define “máxima de proporcionalidade” como termo que englobaria a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O estudo do princípio da proporcionalidade, enquanto equalizador de conflitos constitucionais, tem como base as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol. Em ambos os casos houve a aplicação da proporcionalidade, reconhecendo o princípio da proibição da proteção deficiente.

Segundo Luciano Feldens²⁰:

O desenvolvimento dogmático da proporcionalidade está diretamente associado à evolução histórica em torno das funções dos direitos fundamentais, onde sua invocação encontra especial relevância.

Pois bem. Havendo a colisão de princípios, o princípio da proporcionalidade irá decidir qual princípio irá prevalecer no caso concreto, através do teste da proporcionalidade ou sopesamento, segundo Robert Alexy²¹: “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”.

O primeiro passo no teste da proporcionalidade é a análise da adequação, na qual é analisada a legitimidade e idoneidade da medida optada a perquirir o fim almejado. Pela análise da adequação, o meio será legítimo e idôneo, se com sua intervenção o objetivo almejado puder ser, efetivamente, alcançado. Será ilegítima a medida optada quando, por ordem dos valores constitucionais, não houver relevância no bem jurídico, em outras palavras, há que se analisar se o bem jurídico possui dignidade penal. Por outro lado, há que se analisar também que a perquirição da adequação será desnecessária se já houver comando constitucional determinando ao legislador que incrimine a conduta.

O segundo passo consiste na análise da necessidade, na qual se objetiva identificar um meio que atinja os mesmos resultados, porém, seja o menos gravoso. No que diz respeito ao Direito Penal, a necessidade consubstancia-se no princípio da intervenção mínima e subsidiariedade, nas quais é perquirido se, efetivamente, é necessária a utilização do Direito Penal (meio mais gravoso)

19 Ibid., p. 117.

20 Direitos Fundamentais e Direito Penal, p. 82.

21 Ibid., p. 95.

para proteção de um determinado bem jurídico. Se se constata que a utilização de outro meio, menos gravoso (p.ex. Direito Administrativo Sancionador), protege adequadamente o bem jurídico este meio, portanto, deverá ser eleito.

Robert Alexy²² também defende que a necessidade seja aplicada na eleição de meio menos gravoso a atingir o mesmo fim: “[...] o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo [...]”.

Ademais, segundo Luciano Feldens²³, o meio menos gravoso eleito deve atingir exatamente o mesmo objetivo que se eleito o meio mais gravoso atingiria, somente assim, o meio mais gravoso poderia ser considerado excessivo.

O terceiro e último passo consiste na análise da proporcionalidade em sentido estrito na qual a opção eleita privilegiará o princípio da proibição do excesso ou o princípio da proteção deficiente.

Se eleito o princípio da proibição do excesso como prevalente, através da lei de sopesamento, no Direito Penal, sua manifestação seria no sentido de declarar inválida a aplicação de uma medida que tenha por fim a restrição de um direito. Exemplo clássico consiste na aplicação do princípio da insignificância, amplamente reconhecido em todos os tribunais do Brasil, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o princípio da proibição do excesso aplicado em seara penal consiste na utilização de argumentos constitucionais que visam eliminar a responsabilidade penal.

Ainda segundo Luciano Feldens²⁴ a proibição do excesso é aplicada em casos como paridade, escalonamento e distanciamento de penas. Nestas situações a proporcionalidade é invocada para discutir a legitimidade das penas acrescidas aos tipos penais quando divergentes na paridade, escalonamento e distanciamento. Tais situações ocorrem quando se está diante de condutas, cujo resultado ou cuja afetação ao bem jurídico sejam semelhantes, de modo que a pena, nestas situações, não podem divergir substancialmente.

Se eleito o princípio da proteção deficiente, significa dizer que prevaleceu a necessidade de se interpretar um direito fundamental em

22 Ibid., p. 119.

23 Ibid., p. 84.

24 Ibid., p. 88.

sua acepção objetiva, ou seja, o Estado deverá agir de forma proativa na proteção de um direito fundamental. Contudo, deve-se ressaltar que é possível que a proteção constitucional seja deficiente, conforme lecionada Ingo Wolfgang Sarlet²⁵:

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

Porquanto, não se delineou ainda como a proporcionalidade em sentido estrito irá definir qual princípio irá prevalecer, ou seja, prevalece o direito à segurança ou o direito à liberdade, privacidade, englobados na dignidade da pessoa humana.

A partir desta dialética, surgem duas teses a respeito do assunto, a tese comunitarista e a individualista.

A tese *comunitarista* diz que em qualquer espécie de colisão entre princípios constitucionais prevalecerá aquele que atingir o interesse da coletividade, ou seja, o critério adotado consistirá na análise da coletividade, dando suporte à leitura objetiva, com base nos imperativos de tutela.

Referida posição é de difícil aceitação, mesmo porque estaria muito próxima a regimes totalitários, no qual as decisões do Estado são sempre fundamentadas no bem da coletividade.

João Paulo Baltazar Júnior²⁶ posiciona-se contra a tese comunitarista, na medida em que tal posição legitimaria, *a priori*, “[...] até mesmo a existência de uma presunção de liberdade (*in dubio pro libertate*), de modo que não haveria uma regra geral de interpretação dos direitos fundamentais nesse sentido.”

Por outro lado, a tese *individualista* afirma sempre a prevalência pelo interesse individual sobre o coletivo, dando razão à leitura subjetiva dos direitos fundamentais, sobretudo, ao princípio da proibição do excesso.

25 Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br> acesso em 13/04/2011

26 Crime Organizado e Proibição de Insuficiência, p. 206.

Esta posição tem como supedâneo a origem dos direitos fundamentais, os quais foram concebidos como direitos e garantias dos cidadãos frente ao arbítrio do Estado, que num passado não muito distante violava a dignidade da pessoa humana, apresentando como justificativa a manutenção do bem comum.

Ocorre que esta posição nos dias atuais deve sofrer uma releitura. Concordamos que a dignidade da pessoa humana deva prevalecer, a princípio, quando em colisão com os demais direitos fundamentais.

Entretanto, deve-se destacar que ao lado dos direitos conferidos às pessoas há, igualmente, suas obrigações junto à sociedade.

A interpretação da tese individualista permite ao indivíduo ter uma posição, absolutamente, egoísta e descompromissada com os demais membros da sociedade.

Entendendo pela prevalência da dignidade da pessoa humana, em sua leitura individualista, frente a princípios de ordem coletiva, o que significa dizer que existiria um princípio absoluto, por seu turno, este princípio absoluto – dignidade da pessoa humana - conflitaria com outros princípios absolutos da coletividade, analisando cada pessoa, individualmente, as quais veriam seus direitos serem lesionados em benefício da individualidade de outrem.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no art.29 reza que todos têm direitos e deveres junto à sociedade:

I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Os direitos fundamentais não podem ser usados como justificativa para acobertamento de atividades ilícitas, visando a supressão de responsabilidade civil ou penal.

Igualmente, Alexandre de Moraes²⁷ assim se manifesta a respeito da relatividade dos direitos fundamentais:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Porquanto, forte em tais premissas comungamos do entendimento que afere primazia inicial à dignidade da pessoa humana, com leitura na individualidade, contudo, apenas primazia inicial. Caberá ao Estado demonstrar, através da aplicação da proporcionalidade, que a dignidade da pessoa humana deverá ceder, no caso concreto, em favor da coletividade²⁸.

Ademais esta leitura proativa dos direitos fundamentais está também respaldada na evolução da sociedade, sobre o papel do Estado e também do cidadão, aliado ainda às necessidades impostas em virtude da globalização, conforme leciona Jesús-Maria Silva Sánchez²⁹:

Em suma, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e a relativização de princípios: abona a tendência no sentido da expansão.

Esta leitura dos direitos fundamentais permite ao Estado adotar posturas proativas em benefício da sociedade, através de leis rigorosas, consubstanciado em um Direito Penal Eficiente e quiçá relativizando direitos fundamentais, respaldado no Estado Democrático de Direito e, sobretudo, com respeito à dignidade da pessoa humana. Nada obstante, também esta leitura permite ao cidadão invocar os direitos fundamentais contra o Estado, quando injustamente lesado em seus direitos, consoante ao magistério de Ingo Wolfgang Sarlet³⁰:

27 Direito Constitucional, p. 33.

28 Crime Organizado e Proibição de Insuficiência, p. 211.

29 A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 96.

30 Ibid.

[...] o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio

6. CONCLUSÃO

Portanto, o legislador infraconstitucional está respaldado constitucionalmente a agir de forma eficiente no enfrentamento à criminalidade organizada, seja com a adoção de legislação de cunho material, consubstanciada na eleição de tipos penais específicos, seja na eleição de meios de investigação não convencionais, que sejam eficazes neste tipo tão especial de enfrentamento.

A Constituição Federal legitima que o legislador adote leis rigorosas, de cunho penal e processual penal - consoante a necessidade e gravidade da infração penal, efetivamente, demonstrada -, desde que aplicado de maneira correta o princípio da proporcionalidade, pois a sociedade também tem seu direito fundamental à segurança e não pode ficar à mercê do crime organizado o qual se utiliza dos direitos fundamentais como escudo de proteção para a prática de ilícitos.

RODRIGO DE CAMPOS COSTA

DOUTORANDO EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (2014), POSSUI GRADUAÇÃO EM DIREITO - FACULDADES INTEGRADAS DE ITAPETININGA (2000), ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL PELA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE (2008) E MESTRADO EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (2011). ATUALMENTE É DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL E PROFESSOR NA ACADEMIA NACIONAL DE POLÍCIA.

E-MAIL: RODRIGO.RCC@DPF.GOV.BR

RIGHT TO SECURITY

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the right to security as a fundamental right, in a broad vision, of security and protection of the other fundamental rights equally foreseen in the Constitution. It also examines the objective meaning of fundamental rights as imperatives of tutelage and applica-

tion of the principle of proportionality in order to legitimize proactive positions of the legislator in favor of society.

KEYWORDS: Right to security. Principle of proportionality. Fundamental right. Principles and rules.

DERECHO DE SEGURIDAD

RESUMEN

En este artículo se aborda el análisis del derecho a la seguridad como un derecho fundamental, en una visión amplia, de la seguridad y protección de los derechos fundamentales y otros igualmente previstos en la Constitución. También examina el significado objetivo de los derechos fundamentales de los imperativos de la tutela y la aplicación del principio de proporcionalidad con el fin de legitimar posiciones pro activas del legislador en nombre de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la seguridad. Principio de proporcionalidad. Derecho fundamental. Principios y reglas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**: Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. 3^a

Edição. São Paulo: Editora RCS, 2007.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação infraconstitucional**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, João Paulo Baltazar. Limites Constitucionais á Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: **Limites Constitucionais da Investigação**. Coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2009.

_____. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2009. SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais** (tradução Luiz Otávio Rocha). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br> acesso em 13/04/2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre o crime de furto privilegiado e tráfico ilícito de entorpecentes”?** Disponível em <www.leniostreck.com.br> acesso em 24/11/2010.

