

A ADEQUAÇÃO ENTRE O DEVER DE PROTEÇÃO (*SCHUTZPFLICHT*) E A NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES EM TERMOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maitê Damé Teixeira Lemos

Vinícius Oliveira Braz Deprá

Resumo: O presente artigo tem por finalidade apresentar a contextualização do dever de proteção (*schutzpflicht*), entendido a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais para, em seguida, estabelecer as maneiras pelas quais a cooperação entre os Poderes é necessária para a concretização desses mesmos direitos. Para isso, será utilizado o método de abordagem dedutivo. Como método de procedimento, será adotado o monográfico. Para que o objetivo de demonstrar a necessidade da cooperação entre os Poderes, diante da concretização dos direitos fundamentais, seja mais efetivo e eficaz e, portanto, haja uma proteção suficiente destes direitos, divide-se o trabalho em três partes. Parte-se do dever de proteção e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, apresentando-se a cooperação como um princípio implícito na Constituição Federal de 1988, ao final, abordar-se a questão relativa a necessidade da cooperação entre os Poderes como forma de concretização dos direitos fundamentais, através de uma proteção suficiente. Ao final do estudo, pode-se concluir que o dever de proteção (*Schutzpflicht*) se insere na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que a proteção do Estado também se concretiza contra agressões de particulares e também de outros Estados, e a necessidade de cooperação entre os poderes é medida indissociável para a concretização destes direitos.

Palavras-chave: Cooperação. Dever de Proteção. Direitos Fundamentais. Poderes do Estado.

Abstract: This paper present a contextualization about the duty of protection (*Schutzpflicht*) understood as objective dimension of fundamental rights and establish the

ways that cooperation between the State Powers is required to realize those rights. For this, will be used the deductive method. As a procedure method, will be adopted the monograph method. For the objective to demonstrate the need for cooperation between the State Powers, and the implementation of fundamental rights be more effective and efficient and, yet, be evidenced the protection of these rights, the work is divided into three parts. It starts from the duty of protection and the objective dimension of fundamental rights, presenting cooperation as an implicit principle in the Brazilian Constitution of 1988, at the end, will be presented the question of the need for cooperation between the State Powers as necessary to realize the human rights, including the fundamental rights by sufficient protection. At the end of the study, it may observe that duty of protection (*Schutzpflicht*) is included in the objective dimension of fundamental rights, and the protection by the State is realized too against the particular aggressions and also of other States and the need for cooperation between the authority is so needed linked to the achievement of these rights.

Keywords: Cooperation. Duty of Protection. Fundamental Rights. State Powers.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca aferir os meios a partir dos quais é possível adequar o dever de proteção (*Schutzpflicht*) diante da cooperação entre os Poderes do Estado, com a finalidade de desenvolver a concretização de direitos fundamentais.

A relevância da pesquisa, portanto, assenta-se no desenvolvimento de uma contextualização da noção estabelecida no tocante à cooperação e os alicerces para a qualificada construção de mecanismos institucionalizados que permitam alcançar essa finalidade.

Nesse sentido, situam-se os deveres de proteção, apresentando uma compreensão conceitual sobre seu sentido e alcance, elencando sua matriz originalmente desenvolvida na doutrina alemã.

Outrossim, investiga-se a distinção entre as dimensões dos direitos fundamentais, com o fito de identificar o dever de proteção enquanto objeto da dimensão objetiva desses direitos. Aliás, será importante também distinguir o sentido da proibição de

proteção insuficiente dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*) e da proibição de excesso (*Übermassverbot*), para situar a proteção em decorrência de uma possível proporcionalidade.

Adiante, será necessário compreender a importância da cooperação entre os Poderes do Estado no que diz respeito à adoção de mecanismos que tenham por finalidade tornar os direitos fundamentais mais efetivos e eficazes.

Dessa maneira, demonstra-se que a cooperação, muito embora não esteja inserida na Constituição Federal, pode ser apreendida enquanto princípio implícito, justamente porque sua finalidade está afeita à adoção qualificada de colaboração em busca do bem comum.

Com isso, evidencia-se a necessidade de que haja uma compreensão a partir de uma leitura principiológica, confundindo-se com um dever jurídico a alcançar condutas prementes entre os Poderes para que seja possível a concretização do dever de proteção em sua dimensão objetiva de direitos fundamentais.

Ao final, consigna-se que o presente artigo é consequência das pesquisas realizadas no Grupo de Estudos “Jurisdição Constitucional Aberta”, estando inserido no eixo temático referente aos “Direitos Fundamentais e Garantias Sociais.”

1 O DEVER DE PROTEÇÃO (*SCHUTZPFLICHT*) E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como é cediço, os direitos fundamentais podem ser entendidos como sendo aqueles “direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (caráter nacional)”. (SARLET, 2007, p. 35 e 36)

Significa dizer, portanto, que os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. (CANOTILHO, 1998, p. 359). Contudo, deve-se observar que a compreensão desses direitos não se restringe apenas à positivação constitucional, na medida em que se trata de direitos “reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos

humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais.” (COMPARATO, 2001, p. 56)

A partir disso, entendem-se os direitos fundamentais como garantias inerentes à salvaguarda das liberdades individuais, no sentido de limitar as autoridades públicas, sendo, portanto, direitos essencialmente “defensivos”. Diante desse reconhecimento da positivação dos aludidos direitos, estabelece-se um sistema de valores irradiado pela concepção de dignidade da pessoa humana, valores esses cujo conteúdo legal se assenta em normas objetivas para a sua efetiva concretização (SARMENTO, 2003, p. 262).

Por essas razões, os direitos fundamentais nascem com as constituições, exteriorizando-se a partir de sua configuração legislativa:

Os direitos fundamentais nascem com as Constituições. Com essa afirmação, pretendemos enaltecer a preexistência dos direitos fundamentais ao momento de sua configuração legislativa. Exteriorizam-se, assim, como os pressupostos do consenso sobre o qual se desenvolve qualquer sociedade democrática. (FELDENS, 2008. p. 54)

Ocorre que essa postura de respeito aos direitos fundamentais não se confunde com a mera não-interferência ao seu exercício, na medida em que o Estado assume papel indissociável para a concretização das garantias, inclusive por meio da realização da igualdade (BROOCKE, 2003, p. 15-16).

A partir dessa compreensão, apresenta-se a ideia de que os direitos fundamentais não são apenas representados diante dos direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas, do contrário, dizem respeito também a valores objetivos, abrangendo as diversas áreas do direito, especialmente naquelas construídas no ambiente a partir do livre desenvolvimento da dignidade humana (FELDENS, 2008. p. 62).

Nesse sentido, constituindo-se em uma ordem objetiva de valores, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos mediante o entendimento de uma eficácia horizontal e também uma eficácia dirigente, apresentando-se neste último caso os deveres de proteção. Nesse sentido, a lição de Luciano Feldens (2008, p. 62-63):

A partir dessa aderência de sentido conferida aos direitos fundamentais, agora também percebidos como constituinte de uma ordem objetiva de valores, o TCF

alemão formulou duas considerações conclusivas:

- a) a primeira, de que essa categoria de normas não estava confinada à aplicação vertical, senão que seus efeitos têm potencialidade bastante para se projetarem frente a particulares (eficácia horizontal);
- b) em segundo lugar, a de que os direitos fundamentais desencadeiam 'uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e retaliação dos direitos fundamentais', ostentando aquilo que Sarlet designa de eficácia dirigente. Essa segunda conclusão serviu de base para a atribuição de determinados efeitos dos direitos fundamentais, dentre os quais o dever de proteção tornou-se o mais importante.

Desse modo, observa-se que o dever de proteção aos direitos fundamentais se desenvolve inicialmente diante da jurisprudência alemã, especialmente no julgamento do caso Lüth, ocasião em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se consolida, na medida em que não se limita à esfera do direito público:

O dever de proteção aos direitos fundamentais (Schutzpflicht) é inicialmente desenvolvido pela jurisprudência alemã, sendo sua origem observada, de forma mais emblemática no caso Lüth. Neste caso consolidou-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a partir de um dos seus desdobramentos decorre o dever de proteção, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera do direito público, mas irradiam-se para todos os âmbitos jurídicos. (GERVASONI; BOLESINA, <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/12858/2006>)

A propósito, nessa ocasião se firmou entendimento no sentido de que o desrespeito ao dever de proteção configura lesão a direito fundamental (MENDES, 2004, p. 12).

Consigna-se que, a partir dessa doutrina, construiu-se também a noção de proibição sobre a insuficiência de proteção dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*), contrapondo-se à clássica noção de proibição de excesso (*Übermassverbot*), inserindo-se a proporcionalidade enquanto meio de controle das decisões nesse contexto em que se desenvolve o dever de proteção:

En la doctrina alemana, para el control de la insuficiencia normativa se ha desarrollado el principio de la prohibición de defecto de protección o infraprotección de los derechos fundamentales (*Untermassverbot*). Esta prohibición de defecto de protección se contrapone a la clásica prohibición de exceso de restricción de un derecho fundamental (*Übermassverbot*) que es una de las formulaciones con las que se conoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio para el control de las decisiones restrictivas del legislador en materia de derechos fundamentales (GAVARA DE CARA, 2010, p. 52).

Com isso, o entendimento sobre o dever de proteção vai além do parâmetro de liberdade individual diante do Estado, pois o “dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger os indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal” (STRECK, <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>, p. 2),

Desse modo, observa-se que o dever de proteção (*Schutzpflicht*) se insere na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que a proteção do Estado também se concretiza contra agressões de particulares e também de outros Estados. De todo modo, a adoção de medidas positivas nesse contexto tende à proteção efetiva do exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 148-149).

2 O PRINCÍPIO IMPLÍCITO DA COOPERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Este trabalho pretende evidenciar que a cooperação entre os Poderes pode ser vista como uma boa forma de tornar os direitos fundamentais mais efetivos e eficazes. Mas para que isto seja possível, necessário se faz compreender o que se entende por cooperação, que tipo de cooperação se objetiva entre os Poderes e, ainda, demonstrar que a cooperação, ainda que não prevista expressamente no texto constitucional como um princípio, pode ser percebida implicitamente, em razão de uma série de fatores.

Em termos de significado, cooperar significa atuação simultânea, trabalho em comum, auxílio e colaboração para o bem comum (FERREIRA, 1986, p. 472). A cooperação que se propõe aqui é aquela atuação, conjunta, comum, entre os três Poderes que possa qualificar a proteção dos direitos fundamentais. Desta maneira, ela está associada ao dever de proteção, a vedação de proteção insuficiente e à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A percepção de utilização da cooperação entre os três Poderes (âmbito interno de um Estado nacional) tem como ponto de partida a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Häberle, o qual defende que para a realização dos direitos humanos (plano internacional, portanto), deverá haver a cooperação entre os Estados

soberanos (HÄBERLE, 2007). A teoria proposta por Häberle afirma que o Estado constitucional deve possuir uma estrutura constituída, delimitada juridicamente, mas que seja aberta. E esta abertura deve ocorrer tanto no plano interno (do Estado nacional), quanto no plano internacional (abertura para a cooperação com outros Estados nacionais). Este novo modelo estatal surge como uma alternativa ao conceito tradicional de Estado Constitucional Nacional, que é democrático internamente, agregando a “essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania” (MALISKA, 2007, p. 629).

Desta maneira, visando a concretização de direitos humanos (plano internacional) fundamentais (plano interno), a cooperação, que deve ocorrer tanto política, quanto juridicamente, em benefício destes direitos, deve ocorrer nos dois planos: interno e internacional. E, ainda, vista desta forma, passa a ser pensada como elemento fundamental da ordem constitucional, e implica atuação conjunta na produção de normas e no plano material (MALISKA, 2013, p. 59).

Apesar de se ter presente que cooperar é uma forma de atuação conjunta, cooperada e compartilhada entre duas ou mais partes, para se compreender certamente qual o tipo ou âmbito da cooperação que se propõe, necessário estabelecer algumas distinções entre a cooperação e outros mecanismos inter-relacionais como, por exemplo, a solidariedade, a coordenação, o dever de auxílio e a colaboração. Estes mecanismos são próximos da cooperação mas, com ela, não se confundem.

Partindo-se, então da solidariedade, é preciso que se diga que este princípio é o fundamento da cooperação e do próprio Estado Social, visando o bem-estar do homem através da mudança da perspectiva, ou seja, abandonando-se a análise do indivíduo isolado (noção própria do liberalismo), e buscando-se uma vinculação de cada indivíduo com o outro, pautada pelo auxílio mútuo (TEJADA, 2010, p. 14-15). Em termos estatais, significa que cada Poder, cada órgão estatal, deve pautar sua ação no interesse do conjunto, no bem-comum, ou seja, a solidariedade está mais em uma perspectiva interna, de “ver e reconhecer o outro”, e a cooperação vai mais além disto, está na existência de um dever geral de exercício conjunto de competências.

O dever de auxílio ou princípio da colaboração, por sua vez, é o dever de prestar assistência entre as partes envolvidas. Analisando-se, então pela relação entre Poderes,

pode ocorrer de, em determinadas situações, ao exercer uma competência própria, um Poder necessitar de informações relativas ao exercício de competências do outro ou, ainda, do desempenho de ações por parte deste outro Poder (TEJADA, 2002, p. 77). Esta noção de dever de auxílio passa, portanto, pelo intercâmbio de informações, o que vem a facilitar e trazer maior eficácia no exercício das funções.

A coordenação relaciona-se ao estabelecimento (e cumprimento pelas partes) de formas e métodos de atuação entre os diferentes entes federados (ou Poderes do Estado), a fim de que um mesmo objetivo seja alcançado. Nas situações onde a coordenação é aplicada é possível se verificar uma certa capacidade diretiva e decisória na autoridade competente para coordenar. Há, portanto, um órgão ou ente detentor da competência que coordena os demais, havendo uma posição de superioridade. Ademais, a coordenação só é possível em casos expressamente previstos (REXACH, 1994, p. 13-14). Há a fixação de parâmetros comuns de atuação, que “indicarán el sentido que debe adoptar el concreto, e independiente, ejercicio de los poderes de las partes, sin que en ningún caso se expanda en lo más mínimo el ámbito de las competencias” (ROVIRA, 1986, p. 367). Na coordenação não há alteração das competências, mas as ações são pensadas em conjunto. As competências seguem com os respectivos órgãos, mas o exercício é orientado de forma a haver a integração de atos parciais (MONTERO; VILLAR, 1990, p. 46).

Diferentemente dessas outras acepções, a cooperação implica o exercício mancomunado das competências, de forma que esta atuação conjunta sirva para aumentar a eficácia do resultado pretendido. Nos outros institutos, cada parte mantém suas competências próprias, executando-as com independência (ainda que sua ação esteja vinculada a um marco referencial estabelecido entre os Poderes, ou seja, mesmo que exista um parâmetro comum de atuação, cada Poder exerce suas funções). Isto não ocorre na cooperação, pois ela implica uma “*toma conjunta de decisiones, en un coejercicio de las competencias, y, consiguientemente, en una corresponsabilización de las actuaciones realizadas bajo tal régimen*” (grifado no original) (ROVIRA, 1986, p. 369).

Esta cooperación se ejerce, voluntariamente, y dentro del marco competencial, sin mermar las competencias que cada una de las partes tenga. Requiere métodos flexibles y adecuados de convergencia que aumenten la eficacia de las actuaciones administrativas y disminuyan la conflictividad entre poderes (TEJADA,

2002, p. 83).

Com isso, se não houver uma atuação conjunta, o resultado, o objetivo, não é alcançado. Na cooperação, portanto, não há uma alteração competencial em termos quantitativos, isto é, a titularidade da competência não resta afetada. Há uma mudança em termos qualitativos, de forma que os entes não exerçam a competência de forma isolada, mas sim como sujeitos integrantes de uma única estrutura, de forma que “cooperando entre sí o complementándose, pueden satisfacer las constantes demandas de la sociedad” (TEJADA, 2002, p. 85).

Mas para que o ideal de cooperação possa ser alcançado, o Estado precisa deixar de ser percebido – e de se perceber – sob uma estrutura fechada. É preciso que haja a abertura, no sentido häberleano, do Estado para o Direito Internacional e, com isto, também internamente, uma abertura para a cooperação interna entre os Poderes (HÄBERLE, 2007, p. 7). E o contato deve iniciar pelo diálogo, a fim de demonstrar, através da negociação, que um está disponível para auxiliar o outro em matérias que são de interesse comum dos envolvidos (HÄBERLE, 2013, p. 261). Este apontamento de Häberle refere-se a interlocuções internacionais e ao federalismo cooperativo. Contudo, não há nenhum impedimento para que tais pressupostos também sejam aplicados nas relações internas, ou seja, dentro do próprio Estado, entre os Poderes que o compõem. Há que se compreender, então, que o momento da cooperação encontra-se, justamente

[...] en la primera fase del proceso de toma de decisiones competenciales, aquella en la que, de forma concertada, se sustituye la pluralidad y la diversidad de decisiones primarias por una uniformización básica a escala federal de los criterios de actuación. La cooperación se reviste aquí claramente en forma de *planificación* (grifado no original) (ROVIRA, 1986, p. 376).

Nesse sentido, não há como, no atual estágio de avanço e de necessidades da sociedade, o Estado Democrático de Direito sobreviver, em termos internos, sem que exista a cooperação e o compartilhamento entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Deve, portanto, haver um compartilhamento de tarefas, uma cooperação no exercício das funções internas do Estado (rompendo com a noção de separação entre os Poderes e de invasão de competências). Essa cooperação deve ocorrer em vários níveis,

especialmente em termos de Políticas Públicas, entendidas aqui como um dos instrumentos de realização dos direitos fundamentais.

A cooperação deve ser vista como forma de planejamento de Políticas Públicas em que, através desta lógica os Poderes estejam abertos à cooperação, tanto no sentido de exercício associado de competências, através da participação de diversas instâncias/Poderes do Estado na tomada de decisão (ROVIRA, 1986, p. 369-370), quanto no sentido de que cada Poder, no exercício de suas próprias competências, esteja imbuído desta noção de cooperação em vista de tornar os direitos fundamentais mais eficazes e efetivos. O que se verifica, com isso, é que a decisão tomada desta forma terá uma maior eficácia, uma execução mais harmônica e uma maior legitimidade. A decisão política que é tomada de maneira cooperada entre os três Poderes passa a ser uma decisão mais pluralista e mais aberta.

É preciso que se destaque que a noção cooperativa tanto pode vir de imposição legal ou constitucional, ou, ainda, pode ser voluntária ou espontânea. Considera-se cooperação imposta ou constitucionalizada aquelas situações em que a própria Constituição prevê ações conjuntas e cooperadas entre órgãos, entes ou Poderes. Por sua vez, a cooperação voluntária é a que advém da vontade das partes envolvidas, estabelecida através de um acordo, com o objetivo de realização de ações conjuntas (ROVIRA, 1986, p. 373). Na cooperação constitucionalizada existe uma alteração das competências das partes, pois a própria Constituição determina que uma função – tipicamente pertencente a uma das partes, seja exercida, de forma conjunta, por outra parte. Já na cooperação voluntária a alteração competencial não se encontra presente, pois a ideia de cooperação deve ser aberta e espontânea, permitindo a existência do compartilhamento em diferentes graus, matérias, processos e instrumentos, variando conforme a necessidade.

Estabelecida esta distinção, é preciso se considerar sobre a previsão da cooperação na Constituição de 1988, a fim de se perceber se é possível ou não defender a existência da cooperação entre os três Poderes. Realizando-se uma pesquisa, no texto constitucional, utilizando-se como critério de busca o termo “cooperação”, são encontradas algumas referências, como no art. 4.º, IX, que trata da cooperação entre os povos para progresso da humanidade; no art. 23, parágrafo único, que trata da

cooperação entre os entes federados, visando ao desenvolvimento e bem-estar nacional; no art. 29, XII, que trata da cooperação entre associações representativas no planejamento municipal; no art. 30, VI, onde há a previsão da cooperação técnica entre União e Estado para programas educacionais infantis e de ensino fundamental; art. 30, VII, sobre cooperação técnica da União e Estados para serviços de saúde; art. 216-A, IV, que aborda a cooperação entre os entes federados na área cultural; art. 241, que traz a possibilidade de convênios de cooperação entre os entes federados, possibilitando a administração associada de serviços públicos, transferência de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A partir daí, é preciso que fique claro que o princípio da cooperação não se encontra de forma expressa (ao menos não na forma de princípio) no texto constitucional. Mas a Constituição não desconhece a cooperação. Ao contrário, parece ser simpática a esta ideia, fazendo referência a ela em diferentes momentos. Neste aspecto, o que se defende é a existência de um “princípio da cooperação” no âmbito da Constituição Federal de 1988, sendo possível depreender-se a existência do mesmo, ainda que de forma implícita. Trata-se de um dever jurídico para todas as partes que compõem o sistema e de um fundamento necessário para o cumprimento das finalidades que a Constituição se propõe (MACHETTI, 1984, p. 96-98).

Disto resulta a necessidade da consciência da cooperação, ou seja, é preciso que os Poderes, órgãos ou entes estatais tenham a consciência de que é necessária a adoção de ações compartilhadas, conjuntas ou mancomunadas visando uma qualificação da concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, os objetivos comuns que se propõe que o Estado logre, de forma cooperativa, são a concretização e realização dos direitos fundamentais. Assim, a pretensão de utilização da cooperação enquanto princípio constitucional implícito, ou seja, o fundamento do transporte da cooperação existente no plano vertical (a Constituição, como ilustrado pela pesquisa acima, adota a cooperação vertical, entre os entes federados) para o plano horizontal, encontra-se no dever do Estado de realização dos direitos fundamentais (dever de proteção e proibição de proteção insuficiente).

3 A APLICAÇÃO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS TRÊS PODERES COMO FORMA DE TORNAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS MAIS EFETIVOS E EFICAZES

No tópico anterior, buscou-se demonstrar que cooperar é atuar em conjunto, de forma simultânea e, além disto, que a Constituição Federal, embora não traga, expressamente, o princípio da cooperação, incorpora em seu texto diferentes situações nas quais deverá haver cooperação. Sendo assim, em razão destas previsões de situações cooperativas e da adoção, pelo Brasil, de um federalismo cooperativo (cooperação entre os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sustenta-se que a noção de cooperação pode ser tida como um princípio implícito no sistema jurídico-constitucional brasileiro e, a partir daí, que ela pode ser aplicada no plano horizontal, na relação entre os Poderes do Estado. Um dos maiores fundamentos para esta apropriação da cooperação é o dever de realização dos direitos fundamentais (a partir de uma noção de dimensão objetiva desses direitos), pois trata-se de uma responsabilidade conjunta de todos os órgãos e entes estatais.

Sendo assim, fundada na noção háberleana de cooperação, que se associa com a ideia de abertura da Constituição tanto para fora (cooperação internacional), quanto para dentro (cooperação interna) (HÄBERLE, 2007, p. 3), entende-se que a cooperação no plano horizontal é essencial para a concretização dos direitos fundamentais. Para que essa realização cooperativa possa ocorrer, deverão ser realizadas atuações e tarefas conjuntas, tanto no âmbito processual quanto material. No plano interno, a abertura cooperativa implica o reconhecimento do pluralismo que pode se dar no plano normativo e material. Quando se trata de cooperação normativa (de criação de legislação), a ideia é de abertura do processo Legislativo para outros atores sociais (MALISKA, 2013, p. 60). No que se refere ao âmbito material, por sua vez, o autor (2013, p. 88) afirma que existem variadas formas de cooperação. Neste aspecto, a moderna teoria dos direitos fundamentais possibilita, mais do que o direito à prestação do direito fundamental, a participação na realização do mesmo, ou seja, é uma forma de resgate da cidadania enquanto direito e “dever cívico de participação nos destinos da comunidade” (MALISKA, 2013, p. 89). Esta cooperação material envolve, no plano interno, as parcerias entre o Poder público e a sociedade, tais como o federalismo cooperativo, parcerias com o setor

privado para a realização das políticas públicas e as parcerias público-privadas para a execução de obras ou serviços públicos. Mas é preciso ir além. Não adianta existir cooperação material no âmbito interno, entre Estado e sociedade, se não houver cooperação, também no plano interno, entre os próprios poderes do Estado (plano horizontal). E é isto que se busca: a cooperação, tanto no âmbito normativo quanto no âmbito material entre os três Poderes do Estado.

Mas para que este ideal de cooperação horizontal seja incorporado, deve-se superar alguns pontos centrais da discussão sobre os três Poderes. No caso específico, deve-se visualizar a relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário a partir de uma nova perspectiva: a cooperativa. Não se pode descuidar que a teoria da separação de Poderes de Montesquieu (1996) foi criada em um período de Estado Liberal, onde se visava a limitação dos poderes do soberano que vinha, até o modelo de Estado Absolutista, concentrando o exercício de todas as funções/poderes estatais em sua figura. Neste aspecto se deve repensar a relação entre os Poderes do Estado. Não é possível que hoje ela seja interpretada em sua perspectiva originária, típica de um modelo liberal de Estado. Deve-se, sim, levar em conta os estudos clássicos, mas também se deve atentar para a realidade social e para as possibilidades existentes.

Talvez a maior ressalva existente quanto a utilização da cooperação entre os Poderes seja uma possível invasão de competências de um Poder sobre o outro. No entanto, conforme se já se apresentou neste trabalho, a cooperação que se propõe, a voluntária, não implica em alteração de competências. Sendo assim, cada poder mantém suas funções típicas e atípicas, mas, quando o assunto for relativo a direitos fundamentais, haverá a cooperação entre eles. Para que isto seja possível, no entanto, deve haver a internalização da cooperação pelos três Poderes e, a partir daí, serem estabelecidas formas de operacionalizar estas ações conjuntas. Os Poderes assumiriam, assim, uma vocação cooperativa. Para que isto fique mais claro, utiliza-se como base, a noção de Estado Constitucional Cooperativo uma vez mais, já que este é o fundamento para se defender a existência de uma cooperação no plano horizontal interno.

[...] el Estado constitucional no tendrá más sus referencias únicamente en si mismo, sino en sus semejantes, que serán como espejos reflejando imágenes unos de los otros para la identificación de si mismos. La manifestación de este fenómeno se produce a través de principios generales, especialmente los que

consagran derechos humanos universales (como los objetivos de educación, paz mundial, protección del medioambiente, amistad, cooperación y ayuda humanitaria).

Así pues, es evidente la relación directa entre la concepción de un Estado constitucional cooperativo y la protección de los derechos humanos (MENDES, G. F., 2009, <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/03GilmarFerreiraMen-des.html>>).

A proposta cooperativa entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário passa por esta noção. Explica-se. Em nome da realização dos direitos fundamentais e da Constituição, os Poderes do Estado devem assimilar a lógica cooperativa, internalizando-a. Desta forma, fazendo-se a aplicação da concepção häberleana à relação entre os Poderes, a cooperação possibilitaria que Executivo, Legislativo e Judiciário estivessem em permanente diálogo, ultrapassando a noção de afastamento que hoje é vigente. Um Poder estaria sempre “aberto ao outro”, numa perspectiva solidária, fundamento-base da cooperação, em razão da realização de fins comuns, traduzidos pelos direitos fundamentais. E este processo de abertura cooperativa teria como ápice a realização dos direitos fundamentais.

Neste aspecto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais assume uma dimensão institucional vinculante, e o conteúdo material destes direitos deve servir de fundamento para que os fins e valores constitucionais proclamados sejam efetivamente alcançados (LUÑO, 2011, p. 16-21). Esta vinculação determina que cabe aos Poderes Públicos realizarem prestações a favor dos titulares e, ainda, que não lhes é permitido violar o conteúdo mínimo desses direitos, devendo observá-los em todas as suas ações. Estes direitos fundamentais seriam considerados como *standard* mínimo, o que significa que o legislador teria como limite de atuação os direitos fundamentais, eis que tudo o que está ordenado ou proibido está dentro da Constituição e o que não está nem proibido, nem ordenado, pertence à discricionariedade do legislador (QUEIROZ, 2006, p. 9-28). Disto (vinculação aos direitos fundamentais) deriva a noção do dever de proteção e a proibição de proteção insuficiente, teoria apresentada no primeiro tópico deste trabalho.

A partir desta noção de dimensão objetiva e da essencialidade dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o Estado tem o dever de proteger tais direitos e, também, o dever de concretizá-los. E esta proteção não pode ser insuficiente, quer dizer, a proteção deve ser suficiente, efetiva e racional. Então, no momento da concretização

dos direitos fundamentais, o Estado, ainda que no exercício de um poder discricionário, deve definir qual a medida a ser adotada e, ainda, que sua atuação implica uma proibição de proteção insuficiente. Esta escolha estatal, se pensada sob a perspectiva cooperativa, possibilita a participação dos três Poderes no processo decisório, o que, em termos de direitos fundamentais, vem a qualificar a escolha feita pelo Poder público.

Mas para tanto, a cooperação, para que alcance um bom resultado, não pode ter uma forma pré-fixada, sob pena de engessamento. O que se defende como prioritário é a assimilação da noção cooperativa, da consciência da cooperação pelos Poderes. A partir daí, variadas formas de operacionalizar a cooperação poderão surgir. Então, pode-se dizer que a cooperação, como relaciona-se ao exercício mancomunado de competências, ou seja, atuação conjunta, visa aumentar a eficácia do resultado pretendido. Em se tratando de direitos fundamentais, o objetivo do Estado, considerando a vinculação à dimensão objetiva destes direitos e o dever de proteção, é a concretização deles da melhor forma possível, despendendo o mínimo de energia e custos possíveis. Então, entende-se que, a partir do momento em que houver a internalização da lógica cooperativa, poderá haver uma atuação compartilhada entre os Poderes em termos de direitos fundamentais, tornando suas ações mais efetivas e eficazes e com maiores condições de atender às necessidades e expectativas sociais e jurídicas (vinculação aos direitos fundamentais sociais). A cooperação, independentemente se na dimensão vertical (federalismo) ou horizontal (entre os Poderes do Estado), tem uma tendência a melhorar a realização das funções do Estado, especialmente as de maior significação ou envergadura especial (ROVIRA, 1986, p. 380-381). Para isso, deve haver esforços conjuntos, a cooperação deve ser assimilada pelos Poderes Públicos (aspecto que aqui é denominado de “cooperação subjetiva”) e ela deve estar presente em todas as ações estatais. Com isto é possível, até, que haja uma redução de casos de pleitos judiciais envolvendo a concretização de direitos fundamentais sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode demonstrar, a compreensão sobre o dever de proteção (*Schutzpflicht*) passa por sua contextualização diante da dimensão objetiva dos direitos

fundamentais, no sentido de que se está a buscar mecanismos que permitam a proteção efetiva para a concretização dos direitos fundamentais.

A partir disso, observou-se que os Poderes do Estado devem galgar elementos para essa finalidade, na medida em que a proteção não pode ser suficiente e tampouco excessiva, sopesando-se a escolha feita pelo Poder público a partir da proporcionalidade.

Nesse sentido, a cooperação entre os Poderes é assimilada em virtude de uma noção cooperativa entre eles, ou seja, uma consciência de contribuição em conjunto tendente a dimensionar a institucionalização igualmente conjunta que vise ao resultado da concretização dos direitos fundamentais.

Constatou-se, com isso, que a cooperação é essencial para a realização das funções do Estado, especialmente aquelas que dizem respeito com as diretrizes para os elementos que permitam o desenvolvimento do dever de proteção (*Schutzpflicht*) e sua relevância na concretização de direitos fundamentais sociais.

Por essas razões, pode-se concluir que a atuação cooperativa entre os três Poderes é uma necessidade no Brasil, a fim de que se obtenham ações mais próximas das necessidades sociais, mais efetivas e eficazes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BROOCKE, Alexandre Moreira Van Der. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei nº 8.429/1991. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 40, n. 129 (Mar. 2013).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch, 2010.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas: um estudo de caso*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/12858/2006>> Acesso em: abr. 2015.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Traducción de Emilio Mikunda Franco. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *Controle jurisdicional de políticas públicas: o direito cooperativo de Peter Häberle como fundamento para uma noção de cooperação entre os Poderes e para a atuação do Judiciário como um “novo” ator no âmbito das políticas públicas*. 2015. 272 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

MACHETTI, Pablo Santolaya. En torno al principio de cooperación. *Revista de Derecho Político*, Madrid: UNED, n. 21, p. 83-109, 1984. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1984-21-2A01C4ED&dsID=PDF>>. Acesso em 17 jan. 2014.

MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios ao Estado constitucional cooperativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 391, p. 627-635, maio/jun. 2007.

_____. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, n. 11, p. 65-86, ene./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/03GilmarFerreiraMendes.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

MONTERO, Javier Terrón; VILLAR, Gregório Cámara. Principios y técnicas de cooperación en los estados compuestos: reflexiones sobre su aplicación al caso de España. In: BUESO, Juan Cano (Coord.). *Comunidades autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial*. Madrid: Tecnos, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

REXACH, Angel Menéndez. La cooperación, ¿un concepto jurídico? *Documentación Administrativa*, Madrid: INAP, n. 240, oct.-dic./1994. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5379&path%5B%5D=5433>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ROVIRA, Albertí Enoch. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 251/314.

STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: abr. 2015.

TEJADA, Javier Tajadura. *El principio de cooperación en el Estado Autonómico: El Estado Autonómico como Estado Federal Cooperativo*. 3. ed. Granada: Comares, 2010.

_____. El principio de cooperación en el Estado autonómico: concepto, presupuestos y fines. *Anuario jurídico de La Rioja*, Logroño: Universidad de La Rioja, n. 8, p. 73-104, 2002.