



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA**

**LEONARDO VIEIRA DE SOUZA**

DISSERTAÇÃO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICAS  
ESPECIALIDADE DIREITOS FUNDAMENTAIS

LISBOA  
2022

**LEONARDO VIEIRA DE SOUZA**  
**Aluno nº 61905**

**O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA**

**CURSO DE Mestrado Científico em Direito e Ciências Jurídicas**  
**ESPECIALIDADE DIREITOS FUNDAMENTAIS (2º CICLO)**

Dissertação apresentada em sede de Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica, pela Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas

LISBOA  
2022

LEONARDO VIEIRA DE SOUZA  
Aluno nº 61905

## O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

Dissertação apresentada em sede de Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica, pela Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas

### COMISSÃO EXAMINADORA

---

Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas

---

Professor 2 (Presidente)

---

Professor 3 (Arguente)

---

Professor 4 (Vogal)

## **AGRADECIMENTOS**

A Natália e Lucas, por serem meu dia e minha noite, minha segurança, minha paz, minha alegria e meus amores.

Aos meus pais e irmãos, pela minha história até aqui e pela torcida e vibração de sempre.

Ao Professor Doutor Vitalino Canas, um agradecimento especial pela paciência, prestatividade e auxílio para evolução deste trabalho.

## RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo traçar diretrizes e propor o preenchimento do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência. Avaliam-se as relações entre as omissões estatais e as lesões a direitos fundamentais sob a ótica dos deveres estatais de prestações, neles abarcados os deveres de proteção, de promoção, de organização e processo e de financiamento. O estudo leva em consideração as propostas de preenchimento do conteúdo jurídico do princípio, especialmente no contexto alemão, português e brasileiro, traçando relação entre o contexto de evolução dogmática do princípio e a sua aplicação prática jurisprudencial. Analisa-se criticamente a dificuldade operacional causada pela indefinição do conteúdo jurídico do princípio, especialmente no que tange ao controle judicial de constitucionalidade e a correlata dificuldade de equilíbrio à separação dos poderes. Essa dificuldade de preenchimento normativo do princípio da proibição da insuficiência contribui para uma utilização meramente retórica do preceito, incapaz de fornecer parâmetros claros para a aferição da inconstitucionalidade nas omissões do poder público, o que ainda resulta em insegurança jurídica e incoerência para o ordenamento. Diante de consequências tão gravosas, o presente trabalho traz proposição acerca de um modelo, construído a partir de contribuições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, que pretende conferir maior densidade normativa ao conteúdo do princípio.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional – Direitos fundamentais – Deveres positivos do Estado – Controle de Omissões – Princípios Constitucionais.

## ABSTRACT

This dissertation aims to outline guidelines and propose filling in the legal content of the principle of prohibition of insufficiency. The relationship between state omissions and damage to fundamental rights is evaluated from the point of view of state obligations to provide benefits, including the duties of protection, promotion, organization and process and financing. The study takes into account the proposals for filling in the legal content of the principle, especially in the German, Portuguese and Brazilian context, tracing the relationship between the context of the principle's dogmatic evolution and its jurisprudential practical application. The operational difficulty caused by the lack of definition of the legal content of the principle is critically analyzed, especially with regard to judicial control of constitutionality and the correlated difficulty of balancing the separation of powers. This difficulty of normative fulfillment of the principle of the prohibition of insufficiency contributes to a merely rhetorical use of the precept, incapable of providing clear parameters for the assessment of the unconstitutionality in the omissions of the public power, which still results in legal uncertainty and inconsistency for the order. Faced with such serious consequences, the present work brings a proposition about a model, built from doctrinal and jurisprudential contributions on the matter, which intends to give greater normative density to the content of the principle.

**Key-words:** Constitutional Law - Fundamental Rights - Positive State Duties – Judicial Review of Omissions - Constitutional Principles.

## Nota de leitura

Este trabalho encontra-se redigido em conformidade com as regras gramaticais ditadas pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, subscrito na cidade de Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e

Príncipe, e, em 2004, por Timor Leste. Considerando, porém, que a unidade da Língua Portuguesa, embora seja desejável para sua preservação, não é capaz de unificar as diversas linguagens utilizadas por falantes da língua espalhados por oito países em três diversos continentes, avisa-se ao leitor que a linguagem deste trabalho é a correntemente utilizada na escrita brasileira, seguindo o Novo Acordo Ortográfico e as regras de formatação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

## LISTA DE ABREVIATURAS

ACO	Ação Cível Originária
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
Apud	Citação indireta
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
RE AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal

## SUMÁRIO

<b>1. Considerações introdutórias.....</b>	<b>10</b>
1.1. O primeiro problema: a insuficiência de prestações estatais como vetor de análise de inconstitucionalidades .....	10
1.2. Delimitação do objeto.....	11
1.3. O segundo problema: a indefinição do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência .....	12
1.4. Indistinção semântica entre as diversas nomenclaturas adotadas.....	13
1.5. A lógica sequencial de apresentação .....	13
<b>2. Direitos fundamentais, deveres de prestação e a proibição da insuficiência como critério de controle de constitucionalidade.....</b>	<b>15</b>
2.1. Da omissão deliberada ao dever de atuação: o Estado na relação jusfundamental .....	16
2.2. O primado da atividade legislativa: da definição estrutural à materialização concreta.....	20
2.3. O controle judicial das omissões e a dificuldade contramajoritária casuística .....	26
2.4. O princípio da proibição da insuficiência da retórica material à concretização procedimental ..	31
<b>3. Identidade e aplicação: o porquê do princípio da proibição da insuficiência na realidade jurídico-constitucional .....</b>	<b>35</b>
3.1. O corredor da constitucionalidade entre os limites de intervenção e omissão estatal .....	37
3.1.1. <i>Controle de mínimos, busca pela máxima efetividade, razoabilidade: preservação ou otimização dos direitos fundamentais?</i> .....	37
3.1.2. <i>“Hard cases” e desacordos sobre direitos fundamentais</i> .....	40
3.2. Relação com a reserva do possível .....	45
3.3. Um princípio dispensável? A relação com o princípio da proibição do excesso e as teses da congruência, da liberdade de conformação, da assimetria, do englobamento e da convergência estadualística .....	48
3.4. A autonomia da Untermassverbot em relação aos deveres de proteção: aplicação do princípio como parâmetro global de verificação do cumprimento dos deveres prestacionais do Estado ...	50
3.5. A necessária e útil distinção entre a proibição do excesso e da insuficiência, a confirmar a autonomia e complementaridade dos princípios .....	57
3.6. Primeira conclusão: princípio como mecanismo obrigatório de controle de constitucionalidade das omissões estatais que ofendem direitos fundamentais .....	60
<b>4. Um princípio carente de densidade normativa.....</b>	<b>61</b>
4.1. As propostas de preenchimento do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência ....	62
4.1.1. <i>Controle de evidência ou de mínimos</i> .....	62
4.1.2. <i>A ponderação como mecanismo para verificação da proteção (in)constitucional</i> .....	66
4.1.3. <i>A inversão dos parâmetros de controle de proporcionalidade, a “não solução” brasileira</i> .....	68
4.1.4. <i>A proibição da desrazoabilidade somada ao controle de mínimos, segundo Jorge Reis Novais</i> .....	72

4.2. Alemanha, Portugal e Brasil: uma história pouco evolutiva da Untermassverbot na jurisprudência .....	77
4.2.1. <i>Justificativa metodológica: por que tratar do princípio na Alemanha, em Portugal e no Brasil?</i> .....	77
4.2.2. <i>A “criação” na Alemanha e a evolução no Tribunal Constitucional Federal</i> .....	79
4.2.3. <i>A proibição da insuficiência no Tribunal Constitucional português</i> .....	84
4.2.3.1. <i>A absorção da doutrina germânica do controle de mínimos</i> .....	84
4.2.3.2. <i>Análise quantitativa</i> .....	86
4.2.3.3. <i>Análise qualitativa: a retórica do controle de mínimos e a falta de metodologia e aprofundamento do Tribunal Constitucional português</i> .....	91
4.2.4. <i>A outra face do princípio da proibição da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal brasileiro</i> .....	92
4.2.4.1 <i>Análise quantitativa</i> .....	95
4.2.4.2 <i>Análise qualitativa</i> .....	102
4.3. Segunda conclusão: o estado da arte do princípio demonstra sobreposição de um caráter retórico em prejuízo de sua evolução dogmática.....	115
<b>5. Proposta de densificação normativa: o conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência .....</b>	<b>117</b>
5.1. Uma retomada do problema, das suas causas e consequências .....	117
5.2. Teste de evidência e a dispensabilidade do princípio da proibição da insuficiência.....	118
5.3. O conteúdo proposto: os testes de verificação da inconstitucionalidade na omissão de proteção estatal .....	124
5.3.1. <i>Teste de integração: verificação de razoabilidade na prestação ou promoção possível</i> .....	124
5.3.2. <i>Teste de validade causal: proibição de desrazoabilidade na causa da omissão</i> .....	126
5.3.3. <i>Teste de validade consequencial: proibição de desrazoabilidade na consequência da omissão</i> .....	127
<b>6. Conclusões.....</b>	<b>128</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>133</b>

## **1. Considerações introdutórias**

### ***1.1. O primeiro problema: a insuficiência de prestações estatais como vetor de análise de inconstitucionalidades***

As restrições a direitos fundamentais por atuação excessiva do Estado, na limitação de direitos, regulação de atividades e intervenções administrativas em geral, representaram fator de maior preocupação até pouco tempo, como resultado primeiramente do fim do regime absolutista e, mais recentemente, da constitucionalização do direito e até mesmo dos governos autoritários que deixaram marcas no pós-segunda guerra mundial.

A centralidade dos direitos fundamentais, como vetor motriz de identificação e consolidação das determinações constitucionais, é marca indelével do constitucionalismo moderno ocidental, que finca suas bases na existência do estado democrático de direito.

Após a industrialização e o surgimento de demandas sociais mais urgentes, coletivas e com difusão cada vez mais rápida, a exigência constitucional se torna cada vez mais potente quanto à execução de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Isso tem reflexos tanto na própria constitucionalização quanto na atividade legislativa e até executiva.

Atualmente, a chamada pós-modernidade congrega, além de todas as evoluções até então surgidas, novas demandas sociais, econômicas e políticas, difundidas por maiorias e minorias na velocidade da *internet*, sem fronteiras físicas palpáveis e em realidades sociais de alta mutabilidade.

Se a importância dos deveres de prestações estatais relativamente à concretização dos direitos fundamentais já precisava ser reconhecida de maneira mais marcante desde o *advento* do que se convencionou chamar de “direitos de segunda geração”, propositivos, criativos – em relativa superação dos de primeira geração, negativos, de não intervenção – atualmente a exigência de ação estatal é ainda mais incontestável e premente.

Essa exigência revela-se não só nos deveres de proteção estatais, mas também – e principalmente – na atividade do Estado voltada à promoção dos direitos sociais e ao cumprimento de deveres de organização, processo e financiamento.

Não há tempo nem espaço, na dinâmica realidade atual, para que as omissões estatais passem despercebidas. As mudanças e novas necessidades, com esteio nos direitos previstos originalmente na constituição, são tão intensas e velozes, que a resposta estatal precisa ser

adequada, efetiva e eficaz. Essa ampliada exigência sócio-política tem reflexos econômicos, políticos, de saúde pública, de segurança pública, de caráter democrático e envolvem até – novamente – guerras e pandemias globais.

Na realidade jurídico-constitucional, há certo consenso sobre a delimitação dos limites máximos de intervenções estatais restritivas, mas sérias dificuldades na definição dos limites mínimos de atuação estatal, cuja inobservância permita a identificação de inconstitucionalidades por insuficiências prestacionais.

Se, do ponto de vista do controle de excessos estatais, houve bastante evolução dogmática quanto ao princípio da proibição do excesso, esta evolução não foi acompanhada, do ponto de vista dogmático, da necessária identificação de inconstitucionalidades em casos de omissões estatais que causam lesão a direitos fundamentais, seja nas relações entre particulares, seja nas relações verticais entre Estado e indivíduos.

## ***1.2. Delimitação do objeto***

O contexto apresentado traz reflexos filosóficos, sociológicos, jurídicos, políticos, econômicos. Em quaisquer dessas áreas certamente há grande número de discussões e teses possíveis para enfrentar o problema da insuficiência prestacional do Estado. Ainda no aspecto jurídico, foco central das discussões aqui enfrentadas, há também diferentes aspectos a serem avaliados, sendo o mais relevante, e objeto desta investigação, o controle de constitucionalidade das omissões estatais.

Nesse aspecto, discute-se, dentro do constitucionalismo, a ferramenta de identificação de inconstitucionalidades por inações estatais, levando em consideração princípio atualmente carente de densidade normativa, com autonomia dogmática discutida na doutrina e aplicação jurisprudencial rarefeita.

O cerne da questão, portanto, centra-se no preenchimento do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência, a fim de permitir o exercício do controle de constitucionalidade integrativo com respeito à separação dos poderes.

### ***1.3. O segundo problema: a indefinição do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência***

Como se verá, o segundo importante problema que dá ensejo a esta pesquisa e justifica sua importância é a dificuldade de definição objetiva e racional do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência, a *Untermassverbot*, primeiramente tratada na Alemanha.

A necessidade de densificação normativa de princípios que funcionam como instrumento de verificação de inconstitucionalidades repousa na ideia basilar do Estado de Direito, que é a possibilidade de controle e a necessidade de justificação racional das decisões tomadas especialmente pelo Poder Judiciário, desprovido de legitimidade popular originária.

Se já há aceitação da existência dos deveres estatais de proteção e promoção dos direitos fundamentais e sociais, assim como do dever organizacional e de financiamento do Estado no que tange às concretizações das exigências constitucionais, não está tão clara a forma de se identificar e comprovar inconstitucionalidades em casos concretos por falhas prestacionais.

Essa dificuldade decorre de dois fatores principais: (i) há clara maior dificuldade em controlar não atos que no controle de atos realmente efetivados, pois necessariamente a análise de omissões exige do intérprete maior capacidade argumentativa e sofre mais influxos subjetivos que a verificação de intervenções restritivas do Estado; e (ii) a intervenção judicial que integra uma omissão estatal tem reflexos mais contundentes na separação dos poderes, mesmo que somente haja a declaração de uma inconstitucionalidade sem efetivamente (re)compor o ambiente jurídico em que se verifica a invalidade ou sem se impor determinada ação material específica, porque tem o condão indissociável de substituir a decisão política – mesmo que de inércia – pela decisão judicial, no que há natural dificuldade de definição dos limites entre o inconstitucional e a escolha política representativa da vontade eleita.

A indefinição, permeada por todas as suas dificuldades, conduz a decisões judiciais que se adaptam ao caso concreto, que se distanciam de caracteres objetivos, que dificultam o controle social, que não fornecem respostas com a objetividade pretendida e que facilitam uma centralização da decisão política nas mãos dos juízes, que passam a ser alvo de questionamentos políticos, seara na qual deveriam manter-se mais equidistantes que polarizados.

A definição do conteúdo jurídico, portanto, serve à melhor definição dos contornos

dos limites de atuação discricionária decorrente da margem de livre apreciação política dos poderes eleitos. Tanto o legislador quanto o membro do poder executivo devem ter trânsito entre escolhas mais ou menos restritivas, entre proteções e promoções mais ou menos avançadas ou progressistas, mas devem ter uma definição mais precisa do que se configura como insuficiente do ponto de vista constitucional por meio de possíveis decisões embasadas em critérios racionais e comprováveis por meio da argumentação jurídica.

É do que especialmente se ocupa este estudo.

#### ***1.4. Indistinção semântica entre as diversas nomenclaturas adotadas***

A fim de conferir uniformidade à compreensão das expressões usadas ao longo do texto, registra-se que o princípio da proibição da insuficiência, assim referenciado no título deste estudo, também pode ser mencionado em outras acepções, todas com o mesmo sentido, sem qualquer distinção para os fins desta apresentação.

Assim é que são utilizadas indistintamente as expressões “proibição da insuficiência”, “proibição do déficit”, “*Untermassverbot*” (tradução do princípio da sua origem alemã), “proibição da proteção insuficiente” e “proibição da proteção deficiente”.

#### ***1.5. A lógica sequencial de apresentação***

Este estudo está estruturado em quatro capítulos, além destas considerações introdutórias e das conclusões. Parte-se da identificação dos deveres estatais de prestação na teoria dos direitos fundamentais, bem como da proibição da insuficiência como critério de controle de constitucionalidade, até uma nova proposta de preenchimento do conteúdo normativo do princípio.

Para que se possa demonstrar o conteúdo jurídico do princípio, antes, demonstra-se que se trata de instituto com autonomia dogmática, por mais que isso seja questionável na doutrina e na jurisprudência. Esta, por sinal, também é objeto de análise para identificação do estado da arte do princípio, o que termina por representar a demonstração do problema e a confirmação da necessidade do presente estudo.

A relação jusfundamental é enfrentada sob a ótica das omissões do Estado, sobrevoando a realidade que antes exigia a mera abstenção estatal até a realidade atual, em

que os deveres de ação do Estado representam ferramenta indissociável da efetivação dos direitos fundamentais nas realidades constitucionais contemporâneas.

Nessa linha, enfrenta-se o problema sob a ótica tanto da atividade estatal legislativa quanto administrativa, com o primado da lei na primária concretização desses direitos – e dos deveres correlatos – previstos constitucionalmente.

Então, o estudo concentra-se no controle judicial das omissões, frente à dificuldade imposta pela separação dos poderes e pelo caráter rarefeito dessas inconstitucionalidades, ponto em que se finaliza o Capítulo 2, demonstrando como o princípio da proibição da insuficiência pode caminhar como mero vetor retórico de argumentação até a concretização da verificação efetiva de inconstitucionalidades por métodos racionais de análise.

O Capítulo 3 se ocupa da identificação do princípio da proibição do déficit em seu caráter autônomo do ponto de vista dogmático. Para isso, são feitas relações com os deveres estatais de proteção e de prestação em geral, com a teoria da reserva do possível e com as teses doutrinárias da congruência, da liberdade de conformação, da assimetria, do englobamento e da convergência estadualística.

Demonstrada essa autonomia dogmática do princípio, ao que se alia sua importância, necessidade e utilidade como critério de controle de constitucionalidade, no Capítulo 4, avalia-se a sua evolução na Alemanha, em Portugal e no Brasil, o que se faz por meio de pesquisa jurisprudencial que tem por objeto a apreciação levada a efeito pelos respectivos tribunais constitucionais e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Com isso, apresenta-se o diagnóstico do estado da arte do princípio do ponto de vista da prática jurisprudencial.

Por fim, no Capítulo 5, apresenta-se uma proposta de densificação normativa do princípio, demonstrando o seu conteúdo jurídico e incentivando a imprescindibilidade da realização de testes de verificação de inconstitucionalidades por omissão, assim como ocorre de maneira bastante difundida com o princípio da proibição do excesso.

É assim que está apresentado o percurso da definição do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência nesta investigação, embasado em problemas que de algum modo se congregam, apesar das fortes distinções conceituais, nas realidades alemã, portuguesa e brasileira.

## **2. Direitos fundamentais, deveres de prestação e a proibição da insuficiência como critério de controle de constitucionalidade**

A relação entre liberdade dos cidadãos e atuação estatal tem contornos que se modificam ao longo dos tempos. Por mais que, a essa altura, pareça simplório o tratamento da evolução da atuação do Estado diante das pessoas e de seus direitos, é pertinente registrar a inicial identificação dos direitos fundamentais ao *non facere* do poder público, que evoluiu ao dever estatal de promoção e proteção ativa dos direitos das pessoas, seja nas relações verticais cidadão-Estado, seja nas relações entre particulares.

Inicialmente, garantiram-se as liberdades e a não intervenção estatal absolutista; posteriormente, impôs-se ao Estado o dever de atuação para proteção e promoção de direitos.

A complexa realidade contemporânea traz à luz problemas variados acerca da promoção dos direitos fundamentais decorrentes de “desacordos profundos”<sup>1</sup> sem que haja uma apriorística melhor solução para cada caso concreto.

A tarefa constitucional de veiculação de direitos, até mesmo os de ordem procedimental ou organizacional da estrutura de proteção, reflete primeiramente na tarefa legislativa, como vetor primeiro das obrigações e concretizações dos abstratos e genéricos direitos previstos constitucionalmente. A realização prática também será verificada na atuação administrativa do Estado e, por fim, é possível que no Judiciário recaia o dever de dizer o direito de maneira definitiva.

É diante dessa realidade, que impõe deveres prestacionais ao Estado praticamente em todas as esferas das relações sociais, que se verifica a possibilidade de inconstitucionalidades em decorrência de omissões estatais.

Isso poderia decorrer da verificação da simples ofensa ao direito fundamental. A inconstitucionalidade, assim, seria verificada, por exemplo, pela ofensa direta ao direito à vida, à liberdade, a determinado piso salarial, à educação de qualidade ou a qualquer norma constitucional que veiculasse direito fundamental de maneira expressa ou implícita.

Contudo, o dever de prestação, em geral, realiza-se de múltiplas maneiras, a depender de escolhas de ordem política relacionadas aos programas, prognósticos e concepções do legislador democraticamente eleito. Nessa linha, “o dever estatal de proteção

---

<sup>1</sup> A expressão será mais bem delineada ao longo desta investigação. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL, Lisboa, 2017, p. 113-146.

está sujeito especificamente a uma reserva do politicamente adequado ou oportuno”<sup>2</sup>, pois há uma margem de livre decisão sobre a forma de desempenhar a proteção de determinado direito fundamental. Além disso, há, ainda, a chamada reserva do financeiramente possível, de pertinente aplicação às exigências de atuação estatal na promoção de direitos fundamentais e na consecução de programas concretizadores desses direitos.

A análise de inconstitucionalidade a partir da avaliação pura do direito fundamental eventualmente violado não parece ser suficiente para os casos de omissões nos deveres do Estado, dado o grau de generalidade e abstração das previsões normativas, que geram os mencionados desacordos entre direitos fundamentais antagônicos e coexistentes numa mesma relação.

Significa dizer que qualquer avaliação de um não fazer, de uma omissão, precisa ter em conta critérios mais subjetivos, mais rarefeitos, que de algum modo precisam ser solidificados a partir de uma construção que envolva a análise estruturante do Estado de Direito na relação em causa, sendo bastante difícil que se verifique a inconstitucionalidade se se olhar apenas para o direito violado.

É nessa toada que se tem o princípio da proibição da insuficiência como critério adequado para identificação de inconstitucionalidades envolvendo os deveres de prestação do Estado e suas omissões, suprimindo esse caminho entre os direitos violados e os deveres não exercidos pelo Estado.

### ***2.1. Da omissão deliberada ao dever de atuação: o Estado na relação jusfundamental***

Os direitos fundamentais não mais se contentam, para se consagrarem protegidos, com normas que tutelem a abstenção estatal em face dos indivíduos. Na guinada revolucionária liberal do século XVIII, isso era suficiente. Buscava-se “apenas” a limitação do poder do Estado. Bastavam as liberdades individuais ditas de primeira geração<sup>3</sup>.

Hoje, além das prestações sociais incorporadas como dever do Estado após a

---

<sup>2</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 218.

<sup>3</sup> Atribui-se ao tcheco-francês Karel Vazak o pioneirismo na utilização da expressão “gerações” para dividir os direitos humanos. Em 1979, durante uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, inspirado pelos ideais revolucionários franceses, o jurista propôs a alocação dos três princípios cardeais (liberdade, igualdade e fraternidade) em diferentes e sucessivas estruturas de direitos humanos. Sobre o tema, no Brasil, apesar de preferir chamar de “dimensões” de direitos fundamentais, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827p.

revolução industrial do século XIX, exige-se do Poder Público uma atuação evolutiva e adaptativa constante, na mesma velocidade que se modifica a vida em sociedade. Exige-se não somente a garantia legal, formal, mas a proteção e promoção material, suficiente, efetiva, real dos direitos fundamentais. A censura que se extrai da constituição atualmente alcança as omissões estatais decorrentes da ausência de proteção a esses direitos, da ausência da promoção de meios concretizadores, bem como da existência de ações estatais deficientes.

A constituição portuguesa dá sinais claros dessa índole positiva da realização dos direitos fundamentais. O nº 1 do art. 18 deixa claro que as normas relacionadas aos direitos, liberdades e garantias “são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Há confirmação antes, no art. 9º, em que a constituição cria “tarefas fundamentais do Estado”, em vez de simples dever de “respeito”. Jorge Pereira da Silva, nesse contexto, diz que “se há coisa de que os constituintes portugueses não podem ser acusados é, certamente, de não terem consciência de quão exigentes podem ser, para os poderes públicos, os direitos fundamentais nas suas diferentes categorias”<sup>4</sup>.

No mesmo sentido é a constituição brasileira, ao definir fundamentos e objetivos fundamentais da república, no art. 1º e no art. 3º, respectivamente, ligados à promoção da proteção das pessoas, bem como no extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, que, apesar de tratar dos direitos das pessoas, tem previsão expressa de que tais direitos serão garantidos (pelo Estado) aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

A partir dessa visão dos direitos fundamentais numa relação de determinação de deveres estatais de proteção e promoção, transporta-se o Estado da posição de "adversário", que deve ter postura de abstenção ou de não atuação, para a função de promotor desses direitos<sup>5</sup>, com viés ativo, de verdadeira exigência de execução.

Acontece que a necessidade de promoção ou proteção de direitos traz consigo o problema da valoração positiva ou negativa dessa atuação. Quando se avalia o problema sob a ótica do dever de não atuação/intervenção estatal, qualquer intervenção que seja pode ser reputada indevida, inconstitucional. Diferentemente, quando o viés é positivo, de determinação de atuação estatal, surge o problema da legitimidade do *quantum* de atuação:

---

<sup>4</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 553.

<sup>5</sup> DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s. apud. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ayres Brito. Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 Divulgação: 27-05-2010. Publicação: 28-05-2010.

se muito, talvez haja excesso de intervenção estatal; se pouco, talvez haja insuficiência na prestação para concretização do direito fundamental.

E, na realidade atual, parece que a concretização dos direitos fundamentais não mais se satisfaz quando há o atendimento em “uma medida qualquer” da posição jurídica tutelada. Quando em questão eventual insuficiência na realização de um direito, observa-se se há efetivas ações estatais em prol dos indivíduos, não sendo suficiente “qualquer” ação estatal. Ao Estado impõem-se tanto deveres de respeito (dimensão negativa) como de proteção e de promoção (dimensão positiva) dos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

A situação encontra semelhante rotina na Alemanha, mesmo que ainda inicialmente atrelada somente aos deveres de proteção, como relatado por Jürgen Schwabe ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão:

Os direitos fundamentais à vida e à incolumidade física nasceram, sem precedentes na história constitucional alemã, sob o impacto das atrocidades nazistas. Seu caráter originário era notória e simplesmente de direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*). Mas o TCF, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39, 1; abaixo: decisão 23) vem desenvolvendo um segundo caráter que deu azo a uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais: o caráter de dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares. Diz-se, na literatura especializada, que o teor de dignidade humana nessa outorga é muito grande, por isso, o fundamento do dever estatal de tutela seria o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I 2 GG, com ênfase do verbo “proteger” (*schützen*) em contraposição ao verbo *achten* (observar), denotando o caráter positivo da proteção em relação ao caráter tradicional negativo.<sup>7</sup>

Nessa mesma linha, Jorge Pereira da Silva aduz que os direitos fundamentais exigem dos poderes públicos uma postura muito dinâmica:

(...) ora de vigilante abstenção; ora de compressão comedida; ora de configuração do seu conteúdo; ora de intervenção protectora; ora ainda de preenchimento dos pressupostos da respectiva efectividade; ora finalmente da sua promoção activa no plano jurídico e fático.<sup>8</sup>

Mais que a abstenção de interferência indevida ou a proteção ativa diante de restrições,

---

<sup>6</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 306-317.

<sup>7</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 265-266.

<sup>8</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 553.

imputam-se ao Estado os deveres de prestação no campo dos direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais<sup>9</sup>. Ainda nas palavras de Jorge Pereira da Silva, “os deveres de proteção não se vêm somar apenas aos tradicionais direitos negativos, simples instrumentos unifuncionais e unidirecionais de defesa contra restrições estaduais”<sup>10</sup>.

A posição do Estado nessa chamada “relação jusfundamental”, representando aqui uma expressão geral que agrega a situação jurídica das relações sobre direitos fundamentais sob o ponto de vista de seus atores (agressor, lesado e Estado), não pode ser comparada à que se propunha nos séculos passados, em que as relações normatizadas e geridas executivamente giravam em torno apenas da possibilidade/capacidade de atuação do Estado na proteção das pessoas.

O dito Estado Social de Direito ou Estado pós-social ou pós-moderno ou qualquer *nomen juris* que se dê do ponto de vista sociológico ou filosófico à realidade das relações jurídicas contemporâneas<sup>11</sup> é o Estado dos direitos fundamentais. Convive não mais apenas com a busca da liberdade dos cidadãos pela limitação do poder do Estado, mas – muito mais – com a socialização dos direitos de liberdade, a aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o alargamento dos direitos políticos, o surgimento de relações jurídicas virtuais, problemas de democracia (ou *e-democracia*<sup>12</sup>) e soberania no ciberespaço<sup>13</sup>, a aproximação entre direito público e privado, direitos e liberdades em face de pandemias

---

<sup>9</sup> A menção expressa aos direitos sociais como direitos fundamentais é proposital, diante da controvérsia existente especialmente em Portugal quanto a tal enquadramento. Sobre o assunto, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 2016.

<sup>10</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 557.

<sup>11</sup> A designação ou melhor especificação fogem ao espectro da presente investigação, sendo pertinente apenas a alocação da ideia contemporânea do Estado e de suas relações com os particulares, até mesmo na relação envolvendo apenas os próprios particulares.

<sup>12</sup> Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, a democracia digital, esta *e-política*, cria uma “democracia deliberativa informal”, com uma vocação globalista e multicultural, gerando “um espaço de opinião influente pautado pelo dinamismo, fluidez, novos atores, liberdade difusa, ativismo, imediatismo, conteúdo sincrético e horizontalidade”, o que geraria uma reconfiguração do espaço público, determinando um novo tipo de interação entre governantes e governados. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Almedina, 2018, p. 125.

<sup>13</sup> Carlos Blanco de Moraes enumera uma série de situações que demonstram como o ciberativismo assumiu impacto real e incontornável no plano político: (i) as manifestações que redundaram na queda do regime de Mubarak no Egito, na Praça Tharir, foram convocadas por twitter e mensagens de celular; (ii) o *twitter* serviu para convocar as massivas manifestações contra eleições fraudulentas no Irã em 2009; (iii) derrotou-se, via *facetime*, com intervenção das massas populares, uma tentativa de golpe militar na Turquia em julho de 2016; e (iv) foi pelas redes sociais e canais de TV por *internet* que o parlamento venezuelano convocou manifestantes contra o autogolpe de Estado do regime autocrático de Nicolas Maduro e permitiu transmitir informações e discursos bloqueados pelos meios de comunicação oficialistas. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Almedina, 2018, p. 124.

mundiais, direitos de refugiados ambientais, de guerra.

A posição do Estado na relação jusfundamental é potencializada na mesma medida em que os problemas contemporâneos o são. Os pretensos lesados permanecem os mesmos: as pessoas – sem se aprofundar aqui em questionamentos sobre direitos dos animais e questões semelhantes. Os possíveis agressores são semelhantes: pessoas, Estado, relações da natureza, mas tudo agora recheado de maiores complexidades decorrentes das mais variadas situações de exposição e do soerguimento constitucional do Estado ao papel de garantidor de direitos fundamentais para além das situações de direito público.

Do que se vê, portanto, tem-se que se pensou em garantias ao cidadão para impedir a força estatal dissociada do império do direito, para impor o dever de legislar em proteção aos direitos fundamentais e para garantir os direitos das pessoas ao processo justo. Agora há a potencialização disso tudo num ambiente hipersensorial, marcadamente polarizado e com influxos técnico-científicos em todos os domínios da vida<sup>14</sup>, que empurram o Estado num caminho tortuoso de concretização de direitos por ações próprias garantidoras, legitimadoras ou promotoras.

Como realizar ou garantir a realização dos direitos extraídos da constituição, do que se extrai até mesmo o abrangentíssimo direito à felicidade, é o precioso detalhe que permite a avaliação da atuação do Estado em suas ações e omissões como constitucionais ou não.

Nesse contexto constam não só os atos legislativos, como também os atos executivos e do próprio judiciário. E é nesse ponto em que há mais uma potencialização do mesmo problema, que gira em torno da medida de atuação, do “até quanto” ou “a partir de quanto” deve atuar o Estado, nessa ótica de limitação às intervenções excessivamente restritivas e às omissões totais ou parciais que determinam insuficiência prestacional do Estado.

## ***2.2. O primado da atividade legislativa: da definição estrutural à materialização concreta***

Os deveres de prestações estatais, mormente tendentes à proteção e à promoção de

---

<sup>14</sup> Jorge Pereira da Silva alerta que “no presente, são sobretudo os perigos e riscos resultantes da invasão técnico-científica de todos os domínios da vida aqueles a que importa dar resposta cabal – desde a alimentação à comunicação intersubjetiva, desde as relações laborais às relações de vizinhança, desde a produção de energia à circulação de pessoas e bens, desde a procriação assistida à presença de cada um no ciberespaço”. Cf. SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 558.

direitos fundamentais e sociais, bem como à implementação estrutural de condições de satisfação desses direitos, emanam das normas constitucionais e têm sua primeira materialização por meio dos atos legislativos.

É possível afirmar que o destinatário por excelência desses deveres é o legislador, que goza, no cumprimento desse mister, de ampla margem de liberdade de conformação<sup>15</sup>.

A verdade é que há um primado do legislador quando o tema é a concretização dos deveres prestacionais do Estado, no que se enquadra a ideia de concretização dos próprios direitos fundamentais. Isso porque, afora o já citado alto grau de generalidade e abstração extraído das normas definidoras desses direitos, é preciso que haja, no que tange aos deveres, ao menos a especificação, a procedimentalização e a subjetivação das tarefas concretas que tornarão palpável a garantia da realização fenomênica pelos seus destinatários.

O legislador não é o único obrigado pelos deveres em questão e nem parece ser o mais importante. É o primeiro, porque a formatação do ordenamento jurídico parte naturalmente das normas constitucionais para as normas infraconstitucionais para então haver a execução programada, a materialização dos direitos e deveres. Ao legislador incumbe a primeira tarefa, de dar contornos mais consistentes ao que exige ação estatal de realização.

Sem a lei, a abstração afastaria os destinatários dos deveres da realização efetiva dos direitos. Contudo, mais importante é perceber que a mera existência da lei também não concretiza o suficiente, pois os efeitos materiais das normas legisladas não são tão contundentes quanto os dos atos administrativos ou privados realizados efetivamente num determinado sentido.

É por isso que há certa tranquilidade em afirmar que, apesar de ser o primeiro destinatário da realização dos deveres do Estado, não é o legislador o mais importante. Por ser o primeiro, tende a ser aquele que apresenta características mais criativas e estruturantes à relação jusfundamental<sup>16</sup>, mas se distancia bastante da dificuldade operativa de realização administrativa e judicial.

Do ponto de vista administrativo, a propósito, a operacionalização dos deveres estatais é tanto mais complexa, por envolver ainda normatizações infralegais, muito mais

---

<sup>15</sup> Jorge Pereira da Silva afirma que se trata de consenso doutrinário e jurisprudencial. Cf. SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 558.

<sup>16</sup> Cf. SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 558.

atores e recursos financeiros (ou a falta deles), quanto mais efetiva, porque seus resultados tendem a se materializar de maneira mais palpável aos destinatários dos deveres e aos titulares dos direitos protegidos.

De qualquer sorte, e aqui já retornando à ideia do primado do legislador na tarefa em análise, verificam-se causas e efeitos da ação legislativa que não podem ser ignorados. Para isso, na linha dos deveres estatais de proteção, toma-se por empréstimo novamente as lições de Jorge Pereira da Silva, que enumera cinco caminhos para que apontam as leis nesse contexto: ao titular do direito cuja proteção é devida, ao sujeito privado que está na origem da ameaça ao bem jurídico a proteger, aos terceiros possivelmente implicados na estratégia de proteção, à Administração e aos tribunais<sup>17</sup>.

A lei concretiza a posição jusfundamental do titular do direito cuja proteção é devida, conferindo-lhe segurança pela previsibilidade, isonomia e alcance decorrentes da edição de qualquer norma. Isso pode fornecer meios para defesa em face dos excessos e omissões, porque se permite, a partir daqui, que haja a primeira moldura do dever de proteção, que é a definição daqueles que se busca proteger e em que circunstâncias, do que se extrai até mesmo a possibilidade ou início de densificação do próprio conteúdo jurídico do direito em causa.

No que tange ao sujeito privado, é possível que os efeitos da norma já lhe atinjam numa perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a gerar deveres também aos particulares, mesmo que sejam de abstenção, a fim de que não ofendam direitos alheios.

A terceiros, que não ocupam a posição de titular nem de sujeitos privados primariamente alheios à relação jusfundamental, a lei pode prever deveres de colaboração com a Administração ou com os próprios sujeitos das relações jurídicas; podem, ainda, ser afetados, assim como o sujeito privado acima mencionado, pelo mero dever geral de cuidado, de abstenção ou de não intervenção ofensiva ao direito dos titulares ou ao exercício do dever de proteção estatal.

A Administração recebe da lei habilitação e delimitação de atividade, o que se dá especialmente pela fixação de competências nos órgãos administrativos, no seio da organização institucional e pela definição de procedimentos e instrumentos a serem realizados pelos gestores públicos.

---

<sup>17</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 560-561.

Por fim, quanto aos tribunais, o legislador restringe o âmbito interpretativo, cria procedimentos, confere maior previsibilidade às decisões e auxilia na definição de critérios decisórios.

Essas são as cinco ingerências legislativas especialmente apontadas e enumeradas por Jorge Pereira da Silva. De todo modo, alguns apontamentos adicionais precisam ser feitos quanto aos efeitos das leis na proteção dos direitos fundamentais, o que se aplica, aliás, aos deveres prestacionais do Estado em geral.

Há um efeito inato a qualquer norma legislada que não pode ser desconsiderado, que é o efeito geral de obrigatoriedade da lei. Trata-se de efeito indeterminado com consequências práticas importantes ao olhar dos deveres estatais. É que a só existência da lei, apesar de reclamar ainda atos materiais normalmente advindos da Administração, mas que também podem ser decorrentes de ações particulares, já tem a função – mais rarefeita, é verdade – de gerar em todos, aí incluídos inclusive os terceiros estranhos à relação jusfundamental, o dever de no mínimo abstenção em face de possível ofensa a direito fundamental. Há, portanto, a ideia geral, e ainda abstrata, da existência do dever de proteção ao direito fundamental tutelado. A lei, portanto, tem esse efeito indeterminado, para todos, e que não pode ser ignorado.

Aqui, tem-se que, como primeiro fronte na criação e estruturação dos deveres de prestação, a avaliação da função legislativa guarda relação com aspectos *subjetivos, materiais e acidentais*.

Subjetivamente, a lei pode definir titular do direito, destinatários do dever de proteção ou promoção e ainda atingir terceiros estranhos à relação jusfundamental, sendo pertinente registrar como principais destinatários o Estado e os particulares integrantes das referidas relações. No aspecto *material*, a lei tem o poder de dar contorno ao dever. É possível que prescreva, por exemplo, a medida mínima ou máxima de atuação estatal; que determine o âmbito de aplicação dos deveres estatais; que determine o modo como o destinatário deve dar efetividade ao direito. Por fim, há elementos *acidentais* de qualquer norma, que aqui também tem aplicação, e se referem à mencionada consciência geral e indeterminada de obrigatoriedade da lei, gerando em todos dever geral de respeito, nele incluídas as proibições de geração ou incremento de risco e de intervenção restritiva ou omissiva que macule o direito tutelado.

Assim é que se tem a lei como primeira fonte definidora do dever estatal de proteção e que também materializa – ou deveria materializar – a promoção dos direitos fundamentais, sendo, ainda, principal responsável pela formatação organizacional, procedimental e de previsão de financiamento dessas ações estatais esperadas.

Como se disse, à primeira vista, a lei é a primeira, mas não é a mais importante fonte desses deveres. De todo modo, remanesce a dúvida se é obrigatória: é possível dispensar a *interpositio legislatoris* para operar a proteção jusfundamental ou, em outras palavras, os deveres prestacionais do Estado são sempre legislativamente mediatizados?

A ideia de força normativa e máxima efetividade da constituição afasta a resposta positiva aos questionamentos acima realizados. A expressão no sentido de que a função de proteção é legislativamente mediatizada não é absoluta, porque não se pode negar a aplicação direta das normas constitucionais, especialmente quando os tribunais devem decidir a respeito do assunto. Na mesma linha, não pode o poder público ver-se alijado da aplicação direta dessas normas constitucionais pela ausência ou deficiência legislativa protetora ou definidora de atribuições específicas prestacionais, sob pena de se negar o bem maior tutelado em cada caso concreto.

Isso se relaciona também com o que se convencionou chamar de liberdade de conformação do legislador, a representar a margem discricionária de escolha política dos representantes democraticamente eleitos para realização dos fins constitucionais.

A presente investigação, no que tange aos atos legislativos, termina por margear sempre a liberdade do legislativo, porque, ao se estudar a proibição da insuficiência, o ponto mais relevante e de difícil identificação é o limite mínimo protetivo verificado em cada caso concreto, a gerar determinada inconstitucionalidade. Antes de chegar nesse enfrentamento principal, que terá lugar adiante, trata-se, aqui, dessa liberdade legislativa em aspectos gerais.

Em toda a estruturação legislativa dos deveres prestacionais e até mesmo na densificação de direitos fundamentais, há margem de apreciação do legislador submetida ao “princípio do carácter dinâmico da proteção e promoção”<sup>18</sup>, ou à cláusula do *rebus sic stantibus*, tudo com o intuito de deixar claro que o “quando” importa nessa atuação legislativa.

---

<sup>18</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 576.

Isso acontece porque as condições reais de evolução, do que resulta a própria evolução do ordenamento jurídico como um todo, se materializa, em linhas gerais, nos problemas sociais, nas discussões que problematizam as relações jurídicas, nos bens materiais e imateriais que demandam proteção e até mesmo no estado subjetivo de conhecimento e reconhecimento das pessoas, coisas e bens em dado momento histórico.

A liberdade de conformação representa os caminhos e escolhas válidas que pode o legislador tomar para dar maior concretude aos direitos fundamentais. Essa liberdade é variável e depende bastante do momento histórico em que se dá, estando sempre submetida à cláusula implícita de adaptação à realidade vigente.

Fato é que a identificação da margem de discricionariedade legislativa é das tarefas mais difíceis que se encontra, porque termina por atingir a própria definição do conteúdo de cada direito fundamental eventualmente agredido.

Nessa linha de ideias, pertinente distinguir, no contexto da proibição do defeito, a ideia de normas de ação e normas de controle. Além de ser norma de controle de constitucionalidade, a proibição do defeito rege também a atividade do legislador. É verdade que, aqui, tem-se tratado majoritariamente a questão sob a ótica do controle judicial, por se entender que é a seara última de enfrentamento das questões propriamente jurídicas, que gera também problemas importantes à separação dos poderes.

O reconhecimento da conformação da atividade do legislador impõe uma conclusão inarredável e que necessariamente guia a atividade de controle judicial, que é a afirmação feita por Vitalino Canas de que “a proibição do defeito só pode ser um parâmetro de controle de normas legislativas se o próprio legislador estiver obrigado a conformar os seus comportamentos ao sentido normativo daquela proibição”<sup>19</sup>.

Como norma de ação, tem-se a ideia de um programa a ser seguido pelo legislador, visando ou a existência mínima de proteção ou a promoção de determinado direito ou mesmo a otimização desses direitos fundamentais em jogo<sup>20</sup>. Ter-se-iam deveres estatais também otimizados do ponto de vista da atuação legislativa, seguindo a ideia já alinhavada de mediatização legislativa primária.

---

<sup>19</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 997.

<sup>20</sup> Trata-se de discussão desenvolvida por Vitalino Canas. Cf. CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 998 e ss.

O ponto de relevo, para esta investigação, reside na confirmação de que a proibição do defeito não se destina apenas ao controle judicial. Representa parâmetro normativo amplo, a abranger todos os deveres estatais de prestação, seja quando da sua própria construção, como ocorre na tomada de decisões de índole legislativa e administrativa, seja quando do controle repressivo judicial<sup>21</sup>, que avalia comparativamente as normas constitucionais, as normas intermediárias emanadas do legislativo, as condutas administrativas levadas a efeito e os vazios de concretização que identificam e eventualmente podem configurar determinada inconstitucionalidade.

Essa identificação aberta e ampliada é necessária para que se trace um perfil mais dinâmico de aplicação da proibição, não atrelada somente a deveres de proteção nem a atividades legislativas nem servindo apenas como parâmetro de controle judicial. Trata-se de princípio estruturante do Estado de Direito, com aplicação que se irradia para os âmbitos de identificação de ações estatais exigidas pela constituição e não realizadas.

A medida dessa não realização que torna essa inação inconstitucional é que é o objeto da proibição do excesso. Até que medida o direito permite a abstenção estatal ou a intervenção restritiva é o que move a definição dos princípios da proibição do excesso e da proibição da insuficiência. Este, objeto central do presente estudo, caminhará sempre, como se demonstrará, pela balançar de olhos entre a realidade fática atual, o conteúdo jurídico do direito fundamental em questão e a (in)atividade estatal prestacional.

### ***2.3. O controle judicial das omissões e a dificuldade contramajoritária casuística***

Não raras vezes discussões sobre o cumprimento ou não de prestações estatais são submetidos à análise do judiciário. A guarda da constituição, nos sistemas ocidentais, termina por remeter aos juízes a decisão a respeito da validade de normas legisladas ou de condutas administrativas, o que tem bastante relevância quando o assunto é a ofensa a direitos fundamentais.

Se a prestação exigida do Estado é inexistente ou insuficiente ou se a intervenção do Estado nas atividades ou relações privadas é excessiva, tanto a atividade legislativa quanto as

---

<sup>21</sup> Em linha semelhante, Vitalino Canas realiza a seguinte diferença: “Como norma de ação, a proibição do defeito tem necessariamente uma vocação introspetiva e prospetiva; como norma de controlo tem uma intenção retrospectiva.” Cf. CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1004.

atividades administrativas (comissivas ou omissivas) também podem ser submetidas à avaliação do Poder Judiciário, de maneira concreta em casos específicos, de que decorrem conflitos envolvendo direitos fundamentais, ou mesmo de maneira abstrata, numa avaliação de controle de constitucionalidade de normas editadas.

O controle de constitucionalidade, que abarca também o controle de omissões se dá, a depender do sistema jurídico, tanto de maneira incidental quanto de maneira concentrada, como no Brasil, que congrega o controle de constitucionalidade no caso concreto e de maneira abstrata, com o Supremo Tribunal Federal fazendo as vezes, nesses casos, de um tribunal constitucional.

Face ao elevado grau de abstração das previsões normativas dos direitos fundamentais, seria impossível que o constituinte previsse todo o detalhamento necessário à implementação dos direitos que estabelece. A concretização de tais direitos passa, primeiro, pelas mãos do legislador<sup>22</sup>, que, não raras vezes, também deixa de tratar de todas as nuances dos direitos regulados, dado o natural caráter genérico das respectivas normas. E isso é mesmo assim em decorrência da universalidade dos direitos fundamentais, por meio dos quais se buscam tutelar as mais importantes necessidades humanas nas variadas situações que possam vir a ocorrer.

O Tribunal Constitucional alemão, em sua segunda decisão sobre o aborto, pontuou exatamente isso:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).<sup>23</sup>

Tipicamente, o Poder Executivo concretiza direitos fundamentais por meio de

---

<sup>22</sup> DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 330p P. 122: “o dever de ação do Estado cumpre-se primordialmente pelo Legislativo que deve cuidar da tutela do direito fundamental em face dos particulares.”

<sup>23</sup> BverfGE 88, 203, 1993.

programas e atos governamentais, que se organizam na forma de políticas públicas<sup>24</sup>. Essas escolhas, no entanto, dificilmente figuram, aos olhos dos destinatários, como sendo as melhores possíveis. É difícil – senão impossível – satisfazer em grau ótimo as necessidades manifestas das pessoas. Essas, aliás, também são tão subjetivas que dificilmente haverá consenso quanto ao atingimento ou não do máximo de expectativa criada.

O Poder Judiciário deve dirimir os conflitos que surgem dessa formatação natural e organicamente subjetiva dos direitos fundamentais, cuja concretização pode ser feita a partir de diferentes formas, as quais serão invariavelmente valoradas como mais ou menos adequadas por cada grupo social em cada momento histórico.

Os direitos fundamentais são postos em causa por meio de situações em que há complexos embates entre direitos, por atuação estatal restritiva de direito fundamental<sup>25</sup> ou mesmo pela ausência ou insuficiência de ação pública que enseja proteção deficitária do indivíduo<sup>26</sup>.

Como já se disse, nos atuais Estados Democráticos de Direito, a constituição exerce papel não apenas de limite ao legislador e ao administrador, como também – e principalmente – obriga esses poderes a determinados deveres de atuação<sup>27</sup>. À luz desse “novo” papel das constituições, fatores como a crise de legitimidade e representatividade por que passam legislativo e executivo culminaram com o fortalecimento do papel desempenhado pelo judiciário. Isso é ainda reforçado pelo crescente movimento de minorias sociais que passam a reclamar a proteção e promoção de seus direitos fundamentais numa realidade tão dinâmica quanto veloz no que tange à propagação da informação.

---

<sup>24</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. 319p. P. 109: “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...)”.

<sup>25</sup> Nesses casos, em regra, observar-se-á a situação à luz do princípio da proporcionalidade (ou proibição do excesso), que não é objeto deste estudo, mas com ele guarda algumas semelhanças. Trataremos disto sob o aspecto comparativo, mas, para aprofundamento quanto ao princípio, tratado como “proibição do excesso”, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145; e CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864 AgR/PR. Relator(a): Celso de Mello Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, acórdão eletrônico dje-223 divulg ado em: 12-11-2014; publicado em: 13-11-2014. No voto, o Ministro Celso de Mello fez importante ponderação: “[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...]”.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 279.

Na conjuntura descrita, emerge a busca por um salvador, por uma última palavra<sup>28</sup>, por uma força que garanta os direitos daqueles que se veem alijados de suficiente proteção do Estado ou em condições insatisfatórias de realização dos seus direitos por ausência de ações prestacionais estatais (criadoras, promotoras ou viabilizadoras).

Nessa seara é que o judiciário alcança centralidade na solução dos problemas sociais. Alicerçado na imparcialidade, é a *ultima ratio* dos indivíduos. Desde “O espírito das leis”<sup>29</sup>, a tripartição dos poderes traz consigo o necessário esquema de pesos e contrapesos na estrutura formadora e mantenedora do Estado. O problema surge quando a balança fica desnivelada. É o chamado ativismo judicial. Grosso modo, é a intromissão exacerbada dos juízes no cenário político, tratando a expressão apenas pelo seu aspecto negativo<sup>30</sup>.

É na correção das omissões do legislativo e do executivo que essa tensão institucional se vê mais acentuada, pois daí podem advir, também de forma mais intensa, as intervenções judiciais integrativas, aditivas, ativistas. Quando há inércia estatal, a atuação do judiciário traz consigo uma vertente mais cinzenta dos freios e contrapesos e do princípio democrático legitimador da estruturação do Estado de Direito, pois a um juiz incumbirá resolver definitivamente sobre a implementação legislativa ou administrativa de um direito<sup>31</sup>.

A concretização dos direitos fundamentais exige justiça constitucional com *altivez*<sup>32</sup>, forte, atenta à realidade social. Como princípio estruturante do Estado de Direito, a proibição da insuficiência tem como destinatários primários os atores políticos e, subsidiariamente, a justiça. Isso é inquestionável. A atuação dos juízes, no entanto, pode trazer o problema do transpasse da barreira republicana da separação dos poderes, do risco à democracia e à confiança das pessoas nas instituições.

Tendo como pano de fundo a realidade alemã e como substrato teórico fundamentos de psicanálise, Ingebord Maus trata do conceito de “sociedade órfã” na perspectiva da

---

<sup>28</sup> A despeito de não serem o cerne deste estudo, a significação e os embates acerca da(a) teoria(s) da última palavra serão abordadas ao longo do texto.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

<sup>30</sup> As discussões envolvendo especificamente o ativismo judicial transbordam o espectro de avaliação do presente estudo, razão pela qual não haverá aprofundamento, adotando-se aqui a expressão apenas no sentido negativo alertado.

<sup>31</sup> Neste trabalho, com pretensões bem delimitadas, não se buscará esgotar temas mais específicos do constitucionalismo, como a tensão entre direitos fundamentais e democracia ou eventual remodelação da tripartição dos poderes na atualidade.

<sup>32</sup> A expressão foi utilizada nesse contexto em LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008. 158 f.

dinamização da proteção dos bens jurídicos<sup>33</sup>, que sujeita os atores sociais a intervenções casuísticas do Estado (por meio de decisões judiciais) em nome da administração de crises ou de sua prevenção<sup>34</sup>.

A par das conclusões da autora, que se distanciam do objeto desta pesquisa, dali extrai-se que a posição do órgão jurisdicional que integra omissões dos demais poderes, sem preocupação com a racionalidade dos fundamentos decisórios, o conduz a uma posição de “superego da sociedade”. É que, num cenário de crise das instituições, a formatação constitucional ocidental coloca o judiciário numa posição de implementador de medidas que originalmente seriam afetas aos poderes públicos constituídos.

Isso ocorre de maneira mais marcante na seara dos direitos fundamentais e especialmente nos países periféricos, não sendo, contudo, exclusividade destes, o que se observa, inclusive, a partir da crítica de Maus, que leva em consideração o tribunal constitucional alemão.

Interessante notar, nesta medida, que essa ocupação de espaço levada a efeito pelos juízes quando da resolução dos problemas que envolvem direitos fundamentais tende a ser encarada como necessária de início. É difícil questionar a justiça e o bem trazido por decisões da corte constitucional que sobrelevam a liberdade de expressão, que garantem a punição daqueles que atentam contra minorias étnicas e sociais. Inicialmente é difícil interpretar negativamente decisões de tribunais que protegem a dignidade dos presos, expõem as falhas e atrocidades ocorridas num sistema carcerário falido ou de qualquer modo incitam o Estado a promover mais ações em prol dos indivíduos.

À primeira vista, a ocupação de espaço na integração das omissões não tem como ser refutada. A sociedade, “órfã” de proteção, encontra um protetor.

Toda essa formatação, no entanto, somente segue firme enquanto a legitimidade do órgão jurisdicional se apoiar em fundamentos jurídicos racionais e controlados na percepção da sociedade. Quando isso não acontece, o papel do órgão jurisdicional passa a se confundir com o dos órgãos políticos. A veneração e a confiança podem ceder espaço à deslegitimação e à desconfiança, espaços de sentimentos que, ao menos em tese, não se amoldam à ideia do judiciário equidistante e imparcial.

---

<sup>33</sup> EHRHARD, Denninger. *Der Präventions-Staat*. KJ, nº 21, 1988, pp. I ss.

<sup>34</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”** (Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque). Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

Sobre o assunto, Ingebord Maus assevera:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.<sup>35</sup>

Há dois aspectos iniciais que servem de baliza ao exercício da jurisdição no caso de lesão a direitos fundamentais por omissões estatais. O primeiro diz respeito à alocação dos deveres prestacionais do Estado no quadrante da concretização de direitos fundamentais sob a ótica das restrições excessivas e das inações lesivas. O segundo aspecto de essencial relevo na investigação é a demonstração da dificuldade inerente à definição do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência enquanto vetor estruturante do Estado de Direito, a fim de afastar o risco de permanecerem as decisões judiciais sujeitas ao casuísmo da ocasião e do julgador. É sobre isto que repousa o presente estudo.

#### ***2.4. O princípio da proibição da insuficiência da retórica material à concretização procedimental***

É indene de questionamentos a afirmação de que é proibida a proteção insuficiente dos poderes públicos constituídos que põe em risco ou atinge direitos fundamentais das pessoas. Também não desperta dúvida a ideia de que os juízes devem garantir, quando não atendidos materialmente, os direitos fundamentais das pessoas em caso de verificação de omissão estatal na proteção desses direitos. Também é certo que, para além do dever de proteção, incumbe ao Estado o dever de prestação geral, de realização de direitos, de organização, implementação e financiamento necessários para concretização de políticas públicas voltadas aos cidadãos e aos correlatos direitos envolvidos.

É inconstitucional, portanto, a falta de proteção legislativa ou material adequada de direito fundamental, e isso pode decorrer da ausência completa ou da deficiência prestacional do Estado.

---

<sup>35</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”** (Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque). Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

Dizer, então, que se verifica uma inconstitucionalidade, num dado caso concreto, em face da aplicação do princípio da proibição do déficit, é tarefa simples. Algum ator público, ao analisar o caso, pode simplesmente afirmar que há inconstitucionalidade porque “verificada a ausência de proteção mínima do direito fundamental em questão...” ou “tendo em vista a insuficiência de elementos legislativos suficientes para garantir a adequada prestação do serviço...”.

É esse grau de abstração e subjetividade que acompanha o princípio da proibição da insuficiência, desprovido de elementos firmes de comprovação ou autenticação. Para aplicação material, a avaliação subjetiva, não submetida a testes ou provas minimamente racionalizáveis, pode representar mera retórica decisória.

A moldura inicial dos problemas que permeiam o princípio já mostra seu maior problema: a definição do seu conteúdo normativo. O cerne da questão, então, reside em como identificar se a proteção garantida ou a prestação efetivada para a concretização de um direito fundamental foi suficiente ou não.

Quando há norma estabelecida do direito que inequivocamente se subsume ao caso concreto, e não há ação alguma do Estado, é fácil identificar a omissão inconstitucional. A dúvida que permanece, aqui, é se é caso de aplicação do princípio mesmo, afinal, não se tem uma prestação insuficiente ou deficiente, mas se verifica a ausência de qualquer conduta do Estado. Isso será abordado em outro ponto desta investigação, pois se insere na discussão do que se utiliza como critério para preenchimento normativo do princípio e do que serve como parâmetro que define o alcance do poder jurisdicional de verificação do cumprimento do princípio.

Se uma norma constitucional previr que todo servidor público tem direito à aposentadoria, mas não houver norma legal nem quaisquer medidas de estruturação financeira e administrativa para que as pessoas se aposentem, a inconstitucionalidade é indiscutível.

Contudo, há casos em que, diante da previsão abstrata de determinado direito fundamental, reputar-se-á que a prestação realizada para sua concretização pelo Poder Público é insuficiente<sup>36</sup>. Nesse caso, urge responder como mensurar se a ação realizada é suficiente ou deficitária do ponto de vista da exigência constitucional de atuação estatal. E a mera

---

<sup>36</sup> Exemplificativamente, as constituições garantem o direito à vida, e não o direito à vida por meio de tratamento médico experimental milionário em outro país; ou garantem o direito à vida, mas nada dizem sobre a possibilidade de a testemunha de Jeová recusar transfusão de sangue pela sua liberdade religiosa.

afirmação, subjetiva e unilateral, por mais que advinda do poder público competente para tanto, não é suficiente à confirmação jurídica do princípio. Se assim fosse, relegar-se-ia o princípio a argumento retórico-argumentativo, e não científico-jurídico.

O problema no qual se assenta a necessidade de definição do princípio da proibição do déficit é o de saber quando o Estado deveria ter feito e não fez, “quando a Constituição lhe impunha que fizesse e o poder público responsável não fez ou não fez na medida constitucionalmente devida”<sup>37</sup>, situação que configura uma omissão inconstitucional. Essas balizas representam justamente a relação entre os deveres estatais de prestação e o princípio da proibição do déficit.

Nesse contexto, surge a seguinte questão quanto às prestações estatais: deve-se promover o mínimo, um termo médio ou uma prestação ótima?<sup>38</sup>

Se a resposta for que se deve garantir o mínimo, ao enfermo, poder-se-ia dizer que estaria garantido o mínimo se houvesse cuidados médicos meramente paliativos no corredor de um hospital apenas amenizando suas dores até a morte. Essa posição parece conflitar com a sistemática de evolução dos direitos fundamentais, já que a prestação mínima não parece satisfazer os fundamentos do Estado Social de Direito.

Se se responder que a prestação deve ser ótima (ou a melhor que se possa alcançar), haverá uma inconstitucionalidade intermitente<sup>39</sup>, pois, mesmo que se atinja determinada prestação ótima, logo a seguir, com o simples passar do tempo, a alteração das circunstâncias e o surgimento de novas necessidades, já será possível ou imaginável fazer mais e melhor.

Utilizando o mesmo exemplo anterior, a qualquer enfermo, independentemente de qualquer circunstância, garantir-se-iam todos os tratamentos possíveis no mundo,

---

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. P. 258-259.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104.410/RS**. Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em: 06/03/2012. Acórdão Eletrônico DJe-062. Divulgado em: 26.03.2012. Divulgação: 26.03.2012. Publicação 27.03.2012: o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Gilmar Mendes, numa referência indireta ao juiz da Corte Constitucional da Colômbia, Carlos Bernal Pulido (El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.), disse o seguinte: “O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.”

<sup>39</sup> Em sentido semelhante, mas chamando de “inconstitucionalidade permanente”, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. P. 258.

independente do preço (e da capacidade financeira do Estado) ou mesmo da viabilidade científica de cura. E qualquer novo tratamento melhor vislumbrado tornaria inconstitucional a condição anterior de prestação de saúde.

Resta, portanto, a opção pela qual a definição da constitucionalidade do dever de prestação estatal deve observar um termo médio. Essa resposta, apesar de parecer ser a mais razoável, exige a explicitação de quais as balizas para definir a partir de quando a incompletude da ação estatal é inconstitucional, ou seja, até que medida a exigência de prestação estatal é direito fundamental do particular.

Nessa perspectiva, é possível definir três zonas de verificação de constitucionalidade no cotejo entre omissão e restrição estatal a direitos fundamentais. Na primeira camada, entre a inação total e o limite da prestação estatal deficitária, haverá inconstitucionalidade; ultrapassado o marco da prestação deficitária, haverá intervalo (corredor) de constitucionalidade até que se atinja a restrição máxima suportada pelo Estado; além do limite restritivo máximo, haverá inconstitucionalidade<sup>40</sup>.

A definição do limite da última camada é extraída do conteúdo jurídico do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), cuja verificação tem apoio no modelo trifásico da aptidão<sup>41</sup>, da necessidade e da proporcionalidade<sup>42</sup>.

Entre as máximas restrições comissivas e omissivas, tem-se o *Korridor*<sup>43</sup> da constitucionalidade, caminho no qual pode o Estado caminhar livremente entre *non faceres* e *faceres* mais ou menos garantidores do direito fundamental, sem que se verifique inconstitucionalidade.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 523583**. Relator: Gilmar Mendes. Data de julgamento: 26.12.2006: no Recurso relatado pelo Min. Gilmar Mendes, caso que será enfrentado em tópico próprio deste trabalho, consignou-se ideia semelhante: “A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbote*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbote*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.”

<sup>41</sup> Sobre a utilização da expressão “aptidão” e imputando como errônea a utilização da expressão “adequação”, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 108-111.

<sup>42</sup> Jorge Reis Novais defende que esse modelo trifásico e aparentemente linear somente se presta à resolução de casos fáceis. Os verdadeiros casos difíceis, que representam o problema da análise de excesso restritivo, não são resolvidos do modo simples e linear que se propõe pelo aludido modelo trifásico. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p.196-197.

<sup>43</sup> Segundo Jorge Reis Novais, a metáfora do *Korridor* parece ter sido criada por Hoffmann-Riem, em *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Vorüberlegungen*, in DVBl., 1994, págs. 1384 e seg. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. 358p. p. 265, nota 152.

A existência de um corredor de constitucionalidade, aliás, é uma decorrência da separação dos poderes, face à margem de escolha política da qual já se falou. Para apuração da constitucionalidade da atuação estatal relativamente a direitos fundamentais, seja ela legislativa ou executiva, é necessário considerar a existência indiscutível da margem de apreciação e escolha dos poderes políticos.

Em certas relações jurídicas, entre particulares ou entre o particular e o poder público, a proteção pode ser maior ou menor (pela atuação restritiva ou no que toca à implementação de direitos), a depender das escolhas políticas, do momento histórico, das condições sociais ou econômicas em causa. É por isso que o corredor, dentro do qual se caminha num espectro de constitucionalidade, é o vetor que define a saúde da separação dos poderes. Sem o corredor, limitam-se poderes políticos, restringe-se a democracia, afasta-se a maleabilidade de atuação conforme os momentos históricos.

Fato é que, se os poderes políticos têm a margem de escolha política, essa margem de discricionariedade que deve ser respeitada e representa no fundo a própria liberdade democrática, os destinatários do dever de controle, majoritariamente os juízes, devem ter a sua margem de escolha reduzida.

É justamente essa margem reduzida, a decorrência da aplicação do direito e não da vontade das maiorias, que dá legitimidade a atuação judicial. Aplicar princípios ou proferir qualquer tipo de decisão com margem de escolha e deliberação muito alargadas aproxima o poder judicial dos demais poderes, o que lhe retira justamente sua razão de ser.

É por isso que, no que toca às omissões e suas verificações, a constatação de que se verifica uma prestação estatal deficiente não resiste à mera afirmação retórica do princípio. Assim fica em risco tanto a margem de escolha política – cuja legitimidade decorre da democracia, da vontade da maioria – quanto o seu contrapeso, a legitimidade das decisões judiciais – representativa do poder contramajoritário, que mantém o direito pela observância da constituição.

### **3. Identidade e aplicação: o porquê do princípio da proibição da insuficiência na realidade jurídico-constitucional**

O princípio da proibição da insuficiência tem identidade própria. Trata-se de instituto que precisa de autonomia dogmática. A sua relação com os deveres prestacionais do Estado,

com os direitos fundamentais propriamente ditos e com o princípio da proibição do excesso não deve ser de subordinação ou continência, mas de coordenação e complementariedade.

Os princípios estruturantes do Estado de Direito servem também à instrumentalização da verificação de inconstitucionalidades em razão da (não) intervenção dos poderes públicos que afeta de maneira desvantajosa os interesses dos particulares. Isso tem mais relevância quando estão em jogo direitos fundamentais, dada a relevância inata a essa categoria de bens jurídicos.

A evolução da proibição do excesso de intervenção estatal é justificada pela natural maior facilidade de identificação de restrições decorrentes de atos praticados pelo poder público e suas consequências em face dos direitos eventualmente atingidos. A isso se alia também a histórica posição estatal intervencionista dos séculos passados.

Não se pode negar, no entanto, que, ao lado da existência de deveres prestacionais do Estado, como decorrência da obrigação de promoção e proteção de direitos fundamentais, há uma consequência inafastável de possível inconstitucionalidade em casos de completa omissão ou de atuações deficientes do Estado.

Da mesma forma que se confere autonomia, por exemplo, aos princípios da igualdade, da legalidade, da proteção da confiança e da dignidade, não os equivalendo dogmaticamente aos direitos tutelados propriamente ditos, deve-se conferir identidade própria e autônoma ao princípio da proibição da insuficiência, como critério jurídico necessário para tratamento das omissões estatais.

Na realidade atual, marcada essencialmente pela rapidez das (mudanças de) relações e pela consequente dificuldade de atendimento estatal ao que se torna, dia após dia, uma nova demanda social, a identificação das omissões estatais tende a ganhar mais relevo.

Apesar de não se repudiar a ideia de que problemas de excesso de intervenção em prejuízo de direitos fundamentais também não estão a perder tanto espaço assim na “agenda constitucionalista”, a definição de critérios para os limites mínimos dos deveres estatais é fundamental para conferir racionalidade especialmente às decisões judiciais sobre o assunto.

### ***3.1. O corredor da constitucionalidade entre os limites de intervenção e omissão estatal***

#### ***3.1.1. Controle de mínimos, busca pela máxima efetividade, razoabilidade: preservação ou otimização dos direitos fundamentais?***

O direito hoje se ocupa de algumas máximas que retoricamente funcionam em qualquer discurso, mas parecem contraditórias em casos práticos, por mais que isoladamente não haja como negar-lhes validade.

Pode parecer excludente, por exemplo, reforçar a máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, indicar que o controle judicial de constitucionalidade deve ser de mínimos, em respeito à margem de escolha política. Não é tarefa fácil aglutinar na mesma cesta a ideia de autocontenção com a visão da centralidade dos direitos fundamentais como ferramenta motriz das constituições.

Algumas considerações ajudam a clarear esse íngreme percurso. A constituição é dirigida aos poderes constituídos e aos destinatários da norma. A sua força normativa deve ser extraída não só pelo apelo ou ordem judicial. A máxima efetividade das normas constitucionais deve ser aferida inicialmente (ou primordialmente) pelo Poder Legislativo e a concretização efetiva vem das ações do Poder Executivo. A margem de escolha desses poderes pode ser fiscalizada pelo judiciário, que tem sobre si a “espada de Dâmocles” entre a autocontenção preservadora da separação dos poderes e a busca da garantia da realização de direitos previstos na constituição.

O mínimo de preservação ou promoção de um direito jamais será a busca constitucional. A intenção constitucional é sempre a maior realização possível dos direitos previstos em prol dos seus destinatários. Não é o direito que é mínimo. O controle é que deve ser mínimo, a fim de que seja preservada a escolha democrática do povo. A única forma de se fazer isso com segurança é com um judiciário que não controla a intensidade de realização do direito, mas apenas identifica como inválida a sua absoluta não realização.

É nessa linha que, como se verá quando da análise da evolução jurisprudencial do princípio da proibição da insuficiência, ao mesmo tempo em que alguns julgadores alertam que aos direitos fundamentais devem ser conferidas proteção e promoção adequadas e efetivas, resguardando a máxima efetividade das normas constitucionais e a força normativa da constituição, também enunciam que somente será inconstitucional a inação do Estado quanto este não realizar qualquer medida de proteção ou promoção ou nas situações em que as ações forem totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do

objetivo de prestação exigida.

A exigência de otimização dos direitos fundamentais, se é uma determinação constitucional, deveria ser apta ao controle judicial, pois a não otimização representaria inconstitucionalidade. As constituições não diferenciam os deveres estatais conforme seus agentes protetores, como se determinado comando constitucional fosse excluído da apreciação judicial.

Um toque a mais reforça toda essa celeuma, que é a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para que tenham aplicação também nas relações entre os particulares.

Do outro lado está a separação dos poderes. É o que baliza os limites de atuação do judiciário. Mas, num sistema tão carente de respostas estatais, com uma sociedade que corre literalmente na velocidade da luz, não é incomum, e dificilmente será no futuro, que surjam demandas e conflitos que necessitem de uma *última palavra* a respeito de falhas nas prestações estatais.

O problema novamente será enaltecido, então, pelo natural desacordo social que gravita em torno da efetivação dos direitos fundamentais, quase sempre, nos casos difíceis, polarizados por antagônicos direitos de igual magnitude ou de semelhante aplicação, mas de algum modo excludentes em determinado caso concreto. É o que se verifica nas famosas discussões sobre aborto, eutanásia, terrorismo, direitos de deslocados e direitos relativos ao gênero das pessoas, por exemplo.

Na linha procedimental, há ainda outro problema. Em sendo o juiz o detentor da última palavra e realmente sendo legítima sua manifestação sobre determinado tema, é preciso investigar se sua decisão apenas constata e indica uma inconstitucionalidade ou pode também substituir o ato estatal falho ou integrar a omissão estatal inválida.

Nesse jogo em que somente foram listados até aqui os problemas, as respostas não têm sido dadas de maneira uniforme nem pelas constituições nem pelos juízes nem pelos atores políticos.

Ora se defende que existe legitimação discursiva do judiciário ou que a justiça constitucional é representante argumentativa da sociedade, como sustenta Alexy<sup>44</sup>, ora se diz

---

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 572, p. 578 e ss., 2005.

que tem havido transferência de poder político às supremas cortes, como já defendido por Barroso<sup>45</sup>. Julga-se a legitimidade das intervenções até mesmo pelo grau de satisfação popular com as decisões da justiça constitucional.

Tudo isso tem certa fragrância, aqui repudiada, de soerguimento de uma aristocracia judicial ao pedestal da onipotência. Sobre isso, Daniel Sarmento assevera que:

(...) a jurisdição constitucional não é e não deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação. A Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes, e o seu sentido é produzido por meio de debates e interações que ocorrem nos mais diferentes campos em que se dá o exercício da cidadania. Essa possibilidade de interpretação constitucional fora dos tribunais é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional.<sup>46</sup>

Se é verdade que a configuração da justiça constitucional se alia ao fortalecimento da democracia material, também é verdade que a relação entre ambas envolve uma “tensão sinérgica”<sup>47</sup>, como leciona Daniel Sarmento. A tensão potencial revela-se no exagero antidemocrático capaz de cercear a possibilidade de o povo se autogovernar<sup>48</sup>, do que se extrai, também nas palavras de Sarmento, que “a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas da sua dosagem”<sup>49</sup>.

A mínima intervenção judicial não parece resolver o problema da necessidade impositiva constitucional de otimização dos direitos fundamentais. A máxima efetividade das normas constitucionais não se alia à intervenção judicial para mera preservação dos direitos fundamentais. Se os comandos constitucionais são de promoção dos direitos fundamentais, a ensejarem deveres estatais correlatos, a omissão ou falha nessa prestação é tarefa que pode ser submetida ao judiciário, porque tais deficiências ou inações representarão

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

<sup>46</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 46-47.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 31.

<sup>48</sup> Em sentido semelhante, sustentando a necessidade de demonstrar a falha do processo democrático para que haja a intervenção judicial, Robert Dahl assim se leciona: “*A heavy burden of proof should therefore be required before the democratic process is displaced by quase guardianship. It should be necessary to demonstrate that the democratic process fails to give equal consideration to the interests of some who are subjects to its law; tha the quase-guardians would do so; and that the injury inflicted on the right to equal consideration outweighs the injure done to the right of a people to govern itself.*”. Cf. DAHL, Robert. **Democracy and Its Critics**, Yale University Press, 1991, p. 192.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 31.

inconstitucionalidades, que precisam ser invalidadas para manutenção da força normativa da constituição.

Os limites mínimos e máximos de intervenção judicial, que representam o corredor de liberdade de apreciação política dentro do espectro subjetivo da realização ou não dos direitos fundamentais, serão definidos não por meio da intervenção mínima dos juízes nem pela absoluta substituição do ator político pelo julgador, mas pela definição de critérios procedimentais para identificação de inconstitucionalidades por omissões, no que invariavelmente a razoabilidade e a proporcionalidade serão utilizadas como ferramentas criativas.

### 3.1.2. “*Hard cases*” e desacordos sobre direitos fundamentais

Os naturais desacordos sobre direitos fundamentais, no que se refere às relações verticais Estado-indivíduo ou no que toca às relações horizontais entre particulares, despertam problemas jurídicos com soluções dificilmente consensuais<sup>50</sup>, aqui reputados como *hard cases*, conceito extremamente subjetivo, mas que pode ser reduzido, para os efeitos aqui buscados, à ideia dos problemas complexos que demandam solução judicial em tema de direitos fundamentais.

Com base nisso, é possível enfrentar, sem a intenção de esgotar o assunto, o que escaparia ao objeto do presente estudo, aspectos da argumentação e hermenêutica jurídicas na linha da pretensa objetivação da construção das decisões judiciais em busca da concretização de uma justificação jurídica racional.

A relação entre desacordos sobre direitos fundamentais e a função da jurisdição constitucional é tratada por Jorge Reis Novais<sup>51</sup> numa linha crítica ao revigoramento da contestação à jurisdição constitucional realizado por Jeremy Waldron<sup>52</sup>:

Ideia fundamental de Waldron é a da persistência, nas nossas sociedades, de

---

<sup>50</sup> Sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e seus efeitos no que o autor chama de “panjusfundamentalização” da ordem jurídica, na linha do papel do legislador e do juiz na realização dos direitos fundamentais, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. Em discussão semelhante, mas abordando especificamente o tema dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, cf. SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

<sup>51</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL, Lisboa, 2017, p. 113-146.

<sup>52</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, 2005; \_\_\_\_\_. *The core of the case against judicial review in Yale Law Journal*, 115 (2006), p. 1346 e ss.

um desacordo profundo sobre o conteúdo e sobre alcance dos direitos fundamentais. Então o problema nuclear do constitucionalismo e da sua relação com a democracia seria o da escolha da forma mais adequada de arbitragem desse desacordo.<sup>53</sup>

A crítica de Waldron ocorre no campo da teoria dos direitos fundamentais. O autor delimita, como terreno adequado para solução dos desacordos, a deliberação do parlamento, porque legitimado politicamente pela garantia do direito de todos à igual participação na tomada de decisões, o que não adviria do procedimento de decisão judicial, antidemocrático e elitista, segundo o autor. Este argumento é o cerne do caso (“*the core of the case*”), segundo Waldron.

Novais<sup>54</sup> defende que o problema, no entanto, não está no conteúdo dos direitos, pois este já foi arbitrado pelo constituinte de maneira objetiva e direta ou, como acontece normalmente, de modo aberto, com margem de deliberação ponderativa sobre a solução mais adequada das divergências. Fato é que, para o autor, o próprio constituinte também já remeteu a posterior arbitragem do eventual desacordo sobre a conformidade jurídico-constitucional à jurisdição constitucional.

Essa escolha constitucional é ratificada pela aptidão funcional de o Poder Judiciário não ser, em tese, um dos típicos violadores dos direitos fundamentais alçados à categoria de direitos na constituição, o que acontece de modo mais comum em relação ao poder político, em suas ações ou omissões violadoras de tais direitos. Ainda segundo Novais, essa aptidão funcional do Judiciário apoia-se

(...) na independência que lhe está institucionalmente garantida, a que acresce a ausência de responsabilidade política dos juizes; na distanciação, tranquilidade e *tempo* proporcionados ao exercício da função judicial; na imparcialidade, necessidade de fundamentação, de coerência e de integridade exigidas às decisões judiciais; na especialização adquirida pelas jurisdições constitucionais e no efeito de redundância e complementaridade dos controlos que o poder judicial exerce relativamente à instituição parlamentar.<sup>55</sup>

Os desacordos sobre direitos fundamentais não têm a natureza exclusivamente política que muitas vezes se lhe empresta, a fim de defender a ideia de que as decisões a seu respeito não poderiam ser atribuídas a um árbitro não eleito.

---

<sup>53</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL, Lisboa, 2017, p. 114.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 118.

Para além da ideia de existência do direito, do seu conteúdo, do seu alcance e da sua efetiva concretização vivencial, instâncias caracterizadas pela razoabilidade do pluralismo de ideias, a estrutura constitucional determina a análise jurisdicional como caminho para solução dos desacordos, caracterizados aqui não mais como estritamente morais ou políticos, mas como jurídicos<sup>56</sup>.

A arbitragem de problemas jurídicos, portanto, relacionados às violações dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas, deve ser também jurídica, sendo essa a conclusão adotada pelas constituições do segundo pós-guerra, convergindo com a prática norte-americana de *judicial review* já do século XIX.

É nessa linha, portanto, que Jorge Reis Novais conduz a discussão para uma instância posterior: a partir do momento em que os direitos fundamentais passaram a ser garantias jurídico-constitucionais, o cenário da discussão mudou, não se alocando mais no campo tratado por Waldron. O desacordo sobre os direitos fundamentais já não é mais um “desacordo em branco”<sup>57</sup>, passando a ser fruto de acordos minimamente estabilizados sobre conteúdos juridicamente protegidos, decorrentes do trabalho da jurisprudência, da doutrina, da vida jurídica cotidiana e até da própria atividade do legislador<sup>58</sup>. Não se trata mais de desacordo político. A discussão é jurídica e assim deve ser enfrentada, sendo a tarefa constitucionalmente atribuída aos tribunais constitucionais ou supremas cortes.

A realidade contemporânea traz ao judiciário a arbitragem de problemas de difícil consensualidade. A alocação dos desacordos, no contexto da teoria dos direitos fundamentais, potencializa polarizações e remete as discussões a cenários de intersecção entre os sistemas jurídico, político, religioso, econômico, social, o que gera oposições potenciais entre soluções ambivalentes, que, apesar de tendencialmente polêmicas, precisam ser decididas conforme as condições de tempo, lugar e circunstâncias, sem olvidar, é claro, a necessária vinculação à aplicação do direito no caso concreto.

Alguns exemplos podem auxiliar a compreensão do que se aduz aqui.

A discussão a respeito da constitucionalidade da eutanásia ou da morte assistida é um tema que naturalmente gera oposições amparadas em argumentos sociais, filosóficos, culturais, religiosos, políticos. Qualquer decisão dada parece ser invariavelmente questionável, seja

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 120-121.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 121.

por conta de aspectos não jurídicos diretamente relacionados às percepções dos cidadãos a respeito do assunto, o que pode advir, no exemplo dado, de compreensões fortemente interligadas à religião e à moral, ou mesmo de ilações amparadas em direitos protegidos constitucionalmente, como o direito à vida em “oposição” à indisponibilidade dos direitos fundamentais consagrados pelas cartas constitucionais.

A oposição potencial é característica que parece ser inafastável em temas como esses que despertam paixões do ponto de vista extrajurídico, mas também sobrelevam embates jurídicos que, no fim das contas, precisam ser solucionados em uma ou outra direção.

Luís Roberto Barroso acentua diversos exemplos interessantes que ilustram casos difíceis:

(...) a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais? b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo? c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa? d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma? e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?<sup>59</sup>

Os casos difíceis podem estar associados a um desacordo moral razoável, ou seja, situação em que a interpretação de cláusulas normativas abertas do ordenamento – preceitos normativos de baixa densificação, como os princípios constitucionais – pode conduzir a soluções inconciliáveis, mas igualmente amparadas pelo direito e defensáveis.

Barroso ensina que, sobretudo diante do caráter pluralista e diversificado da sociedade construída no modelo constitucional brasileiro, discussões envolvendo cláusulas constitucionais como “o direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-concepção do intérprete”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais**. REI- Revista Estudos Institucionais, v. 2, p. 517-546, 2017, p. 23-50.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2015.

O ponto de confluência do presente estudo com o pensamento de Novais alinha-se exatamente na defesa de que aos juízes incumbe a decisão a respeito dos temas mais caros à sociedade, justamente porque não foram resolvidos naturalmente, necessitando que um árbitro dirima a controvérsia.

As constituições, resultado do processo democrático, elegeram os juízes para arbitrar tais controvérsias. Essas controvérsias, no que tange às restrições de direitos fundamentais por excesso ou insuficiência prestacional do Estado, serão comumente resultantes de um desacordo, que, por mais que resolvido, não deixa de ser ainda um desacordo.

É por isso que a legitimação do exercício da jurisdição constitucional ultrapassa a discussão da primeira barreira da escolha do árbitro, que é até onde parece chegar Waldron, como se houvesse ali um obstáculo intransponível.

A escolha é pressuposta como sendo a vontade popular, já que alçada a escolha constitucional. Intransponível, tanto aqui quanto para Novais, parece ser a barreira das ferramentas utilizadas para resolução dos desacordos sobre direitos fundamentais. O instrumento do exercício do poder, a decisão judicial, é o cerne do caso, o que define a atuação judicial legitimadora de sua própria função.

Assim é que os juízes devem recorrer a princípios e critérios jurídicos, dogmaticamente elaborados, nos quais se possa objetivamente refletir a natureza de trunfos dos direitos fundamentais<sup>61</sup>. Não é a posição pessoal, política, de vontade do juiz que traz a solução do caso concreto, mas, nas palavras de Novais:

(...) a forma e o alcance com que o juiz enquadra juridicamente a posição pessoal de desfavor em que, justificada ou injustificadamente, foi colocado o titular do direito e, nessa avaliação, a concepção dos direitos como trunfos pode ser iluminante<sup>62</sup>.

Tudo isso é refletido na formalização escrita ou oral da expressão do poder dos juízes pelos fundamentos que utilizam para justificar suas decisões. A fluidez dos conceitos jurídicos, a abertura dos princípios estruturantes do Estado de Direito e o caráter universal dos direitos fundamentais determinam que, para afastar a pecha de casuísmo ou maximalismo, as

---

<sup>61</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>62</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL, Lisboa, 2017, p. 145.

decisões judiciais sejam proferidas por meio de construções analíticas e claras quando do enfrentamento de tais cláusulas abertas.

A utilização dos critérios jurídicos e o afastamento dos critérios extrajurídicos como razão principal de decisão é premissa para entendimento da decisão como apreciadora de problemas jurídicos resolvidos por meio do direito; a instrumentalização, por sua vez, segue na verificação da construção de justificativas sólidas que efetivamente demonstrem o caminho seguido pelo julgador, ao menos do ponto de vista da coerência e da integridade entre razões e conclusão final na aplicação das normas jurídicas em jogo.

Do ponto de vista da participação estatal como critério de verificação de inconstitucionalidades na proteção de direitos fundamentais, ter-se-á atuação excessiva ou insuficiente, de modo que o preenchimento do conteúdo desse caminho do julgador passa pela concretização normativa do que se entende por excesso e insuficiência, assim como pela densificação normativa de princípios e direitos objetos de apreciação, o que permitirá a objetividade que se busca para apreciação da justificação jurídica, com a intenção de defini-la como suficiente ou insuficiente, real ou simbólica, à legitimação da arbitragem judicial dos profundos e complexos desacordos sociais da contemporaneidade.

### ***3.2. Relação com a reserva do possível***

Nenhuma restrição a direito fundamental pode ser tão forte que retire o mínimo necessário da vida digna do cidadão. É o chamado mínimo existencial. Trata-se de conceito bastante utilizado na prática jurisprudencial brasileira, especialmente no que toca às demandas envolvendo alegadas falhas prestacionais do Estado.

Do outro lado encontra-se a limitação dos recursos humanos e materiais indispensáveis à efetivação de todos os direitos que têm um componente prestacional.

Jorge Reis Novais distingue os deveres de proteção dos deveres de promoção, sustentando que os primeiros estão sujeitos a uma “reserva do politicamente adequado” enquanto os deveres promocionais estão sujeitos a uma “reserva do financeiramente possível”<sup>63</sup>. De um modo ou de outro, restringem-se as possibilidades materiais de alcance de proteção de todas

---

<sup>63</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 271.

as situações da vida em sociedade no que tange à realização dos direitos fundamentais por haver uma reserva ao inexigível do Estado.

O poder público jamais conseguirá garantir total segurança quanto à intangibilidade dos bens jurídicos tutelados. A reserva do possível, de todo modo, não estaria atrelada aos fatores incontornáveis da natureza ou aos riscos comuns da vida social, mas aos “modelos concretos de organização política e econômica adoptados na generalidade das sociedades ocidentais, onde, apesar de os direitos sociais serem tomados a sério, o são com diferentes graus de empenho e seriedade”<sup>64</sup>, como assevera Jorge Pereira da Silva.

A identificação das omissões estatais que resultam em prejuízo a direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, e que impõem deveres estatais, tem clara relação tanto com a ideia de mínimo existencial quanto com a reserva do possível, em qualquer acepção que a esta se der.

É que se proíbe a insuficiência prestacional do Estado que seja capaz de expor o particular a uma lesão a determinado bem jurídico tutelado constitucionalmente. A garantia do mínimo existencial funciona como uma baliza que auxilia na identificação de inconstitucionalidades em decorrência dessas omissões.

A alocação do instituto, no entanto, encontra-se em outro estrato. A ideia de mínimo existencial se relaciona com o conteúdo do direito eventualmente ofendido, sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Se se verificar que determinada inação estatal coloca o sujeito numa situação de tamanha exposição lesiva que seja possível falar em ofensa ao mínimo existencial, a indicação da insuficiência estatal é tarefa fácil. O extremo da inação não demanda a instrumentalização do princípio da proibição da insuficiência, porque a ofensa torna-se tão patente que sequer se aproxima daquele corredor onde há margem de apreciação política.

Como se verá adiante quando do estudo das propostas existentes de preenchimento do conteúdo do princípio da proibição do déficit, bem assim quando da indicação do modelo aqui demonstrado para identificação da insuficiência de atuação estatal, as inconstitucionalidades claras, que decorrem de omissões que estilhaçam por completo o direito tutelado, são de fácil identificação. Para esses casos, questiona-se até a necessidade do princípio da proibição da

---

<sup>64</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 579.

insuficiência, pois o próprio direito ofendido, em seu conteúdo isoladamente, já indica a inconstitucionalidade. Se nem o mínimo existencial foi preservado, a inconstitucionalidade é clara.

A reserva do financeiramente possível ou do politicamente adequado, aqui entendida num mesmo plexo de ideias que confluem para a compreensão daquilo que é materialmente impossível ou extremamente difícil de exigir, não poderá ser tratada como critério alheio ou distante da proibição da insuficiência.

Diferentemente da ideia de mínimo existencial, extremamente forte em sua própria acepção, a reserva do possível apresenta conteúdo sujeito ao dissenso e à desconfiança. As escolhas sempre poderão ser sopesadas.

Em situações de crise, por outro lado, há realmente maior facilidade de utilização do instituto como critério apto à identificação de impossibilidades prestacionais ou promocionais.

Em situações de normalidade institucional e financeira, a reserva do possível será sempre vetor negativo na identificação de inconstitucionalidades por omissão, alocado na análise não da omissão em si, mas da ação que deveria ou poderia ter sido realizada.

Esse deslocamento da análise da omissão para a ação que poderia ser realizada será objeto de aprofundamento mais à frente. Mas, desde já, é possível apontar que, quando se fala naquilo que não poderia materialmente ser exigido do Estado, como argumento liberador da eventual ofensa a determinado direito, traz-se algo semelhante uma causa de exclusão da culpabilidade, fundada na não censurabilidade da conduta – fazendo aqui um paralelo com o Direito Penal. É como se houvesse um fato omissivo típico e ilícito, mas com uma excludente de culpabilidade do poder público que o exoneraria do cometimento da infração – da inconstitucionalidade por ofensa ao direito fundamental, no caso.

A reserva do possível, portanto, poderia funcionar como argumento liberatório da responsabilidade imposta ao poder público para salvaguarda de determinado direito. Isso, no entanto, somente seria atestado na última camada de análise, após a identificação de que houve inação estatal, houve lesão a alguém e houve ofensa a bem jurídico tutelado constitucionalmente.

O princípio da proibição da insuficiência, como vértice necessário para análise da omissão estatal, precisa levar em consideração essa cláusula geral com função teoricamente

liberatória. A omissão somente é reprovável se alguma ação poderia ser realizada. Não pode a reserva do possível ser banalizada nem funcionar como salvaguarda geral para o poder público, mas é critério que precisa ser levado em consideração na composição e preenchimento do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência.

Considerar o que é realmente possível à ação estatal insere-se justamente na camada mais turva de identificação de inconstitucionalidades, pois se coloca em jogo justamente os limites mínimos aceitáveis de intervenção estatal para configuração ou não de inconstitucionalidades entre as mínimas prestações possíveis e as máximas restrições válidas.

### ***3.3. Um princípio dispensável? A relação com o princípio da proibição do excesso e as teses da congruência, da liberdade de conformação, da assimetria, do englobamento e da convergência estadualística***

Na linha do que aponta Jorge Pereira da Silva, é possível citar quatro teses que desafiam a utilidade da autonomia dogmática da *Untermassverbot*, todas confluindo à ideia da irrelevância ou redundância do princípio: (i) teses da congruência, (ii) tese da assimetria, (iii) tese do englobamento e (iv) tese da convergência estadualística.

A proibição do excesso e a da insuficiência estariam inseridas no conceito de proporcionalidade, mas sempre vistas por óticas opostas. E, ainda quando assim não fosse possível encarar os institutos, a “proibição de insuficiência seria supérflua já que nada acrescentaria relativamente ao próprio conceito de dever de proteção”<sup>65</sup>, como alerta Novais.

Para a tese da congruência, defendida por Hain<sup>66</sup>, e que não necessariamente vincula a identificação da proteção insuficiente aos três testes da proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido), quando uma medida legislativa é adequada, necessária e proporcional, inevitavelmente será também adaptada à interdição de proteção insuficiente.

É como se ambas estivessem numa linha comum, fossem simétricas. O máximo até onde o Estado poderia restringir, conforme a proibição do excesso, coincidiria com o mínimo até onde teria de ir, de acordo com as exigências da proibição da insuficiência. Não haveria o

---

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 267.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 268 e ss.

já mencionado corredor de conformação ou espaço entre os limites máximos e mínimos. Estes simplesmente coincidiriam.

A tese de assimetria tem entre seus objetivos negar a possibilidade de convergência estrutural ou de resultados entre *Untermassverbot* e *Ubermassverbot*, e o faz ao diferenciar o ônus de fundamentação e legitimação que vigora entre as intervenções restritivas e as omissões. Nestas, devem ser satisfeitas uma multiplicidade de medidas omitidas ou a ausência de atuação, enquanto na atuação restritiva a fundamentação repousa somente quanto ao ato levado a efeito.

Alexy assim discorre sobre o tema:

A omissão de cada acção individual de destruição ou de afectação é uma condição necessária e só a omissão de todas as acções de destruição e afectação é uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruição ou afectação e, com isso, para a satisfação dos direitos de defesa. Ao passo que par ao cumprimento dos mandatos de protecção e promoção – o mesmo que, em geral, para o cumprimento dos direitos a prestações – é suficiente a realização de uma só acção adequada de protecção e promoção. Quando são adequadas várias acções de protecção e promoção; unicamente necessário é que se realize uma delas.<sup>67</sup>

A teoria da assimetria, além de ser confusa e não apresentar resultados objetivos claros<sup>68</sup>, parece apenas ressaltar ser mais difícil identificar inconstitucionalidades nas omissões, face à multiplicidade potencial de ações não realizadas a serem investigadas, que nas ações, cujo objeto de análise é pontualmente o ato avaliado. Não é suficiente, portanto, sequer para fundamentar com exatidão sua própria tese e, menos ainda, para justificar suficientemente a forma como se devem enxergar as distinções de aplicação entre os princípios em comento.

A tese do englobamento, por sua vez, sustenta o alargamento do clássico princípio da proporcionalidade, introduzindo em seu conteúdo aspectos relativos à eficácia e à efetividade da tutela jusfundamental.

O princípio da proporcionalidade, nessa visão, conteria a proibição do déficit como sendo um subprincípio de aplicação cumulativa com a proibição do excesso. Somente assim seria possível uma análise completa das posições jurídicas que se cruzam numa análise de inconstitucionalidade quando envolvidos os deveres estatais.

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, trad., Madrid, 1997, p. 447.

<sup>68</sup> Também nessa linha, cf. SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 603.

Por fim, tem-se a tese da convergência estadualística, capitaneada por Schwabe, que dispensa a importância e utilidade do princípio da proibição da insuficiência por considerar, nas lesões a direitos fundamentais nas relações entre particulares, que, em todo caso de lesão ao bem jurídico por omissão do Estado, há na verdade uma autorização implícita do Estado, pois não existem “vazios de Direito”.

A construção dos deveres de proteção como vetor útil à identificação das inconstitucionalidades por omissão seria dispensável, pois as afetações aos direitos fundamentais seriam decorrentes de um ato estatal. Assim, haveria sempre uma restrição de um ou de outro direito fundamental numa situação típica de afetação por parte do Estado. O pretense princípio, então, seria dispensável, por ser o princípio da proibição do excesso suficiente como critério de controle de constitucionalidade. A proibição do déficit, então, não teria espaço no tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Como se verá adiante, todas essas teses que negam autonomia ao princípio da proibição da insuficiência ou a ele atribuem a pecha de dispensável, inútil ou contido em algum outro instituto não prosperam aos olhos da análise aqui engendrada.

#### ***3.4. A autonomia da Untermassverbot em relação aos deveres de proteção: aplicação do princípio como parâmetro global de verificação do cumprimento dos deveres prestacionais do Estado***

A ligação da proibição do defeito com um dever constitucional de ação do Estado já não é mais discutível na visão aqui delineada, diante do já exposto. A questão que se põe, agora, reside no âmbito de aplicação da proibição e em sua relação com os deveres do Estado. É que há a possibilidade de associação da proibição aos deveres de proteção ou de ampliação de seu espectro de incidência para os deveres prestacionais em geral, corrente aqui defendida, como em alguns pontos pretéritos já se deixou antever.

Numa fase inicial, num contexto de debate a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a proibição do defeito ganhou relevo numa associação com os deveres de proteção. Nessa linha de ideias e com as preocupações que dela decorrem é que houve a recepção dogmática da proibição do defeito com uma vinculação à doutrina dos

deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais contra perturbações nas relações entre particulares, numa relação designada por triangular<sup>69</sup>.

Apesar de ser caminho ainda trilhado por parte da doutrina<sup>70</sup>, não é o percurso aqui adotado, tampouco pela maior parcela da doutrina moderna. E isso decorre, aliás, justamente da ideia emancipatória e vinculativa de autonomia à proibição do déficit aqui defendida. Assim pontua Vitalino Canas sobre o assunto:

Desenvolvimentos recentes apontam para uma dogmática abrangente e unitária dos deveres constitucionais de ação positiva do legislador (deveres de ação ou deveres de legislar), daí transitando para a caracterização do princípio da proibição do defeito como instrumento de mediação uniformemente aplicável a todas as situações em que o legislador está sujeito a um dever *prima facie* de agir ou de praticar ações positivas.<sup>71</sup>

Vale registrar que Canas entende não ser viável uma teoria unitária, uniformemente aplicável a todas as situações inseridas no âmbito de aplicação aqui delimitado, por mais que de fato não seja possível haver essa vinculação única aos deveres de proteção. Defende que há deveres de ação previstos constitucionalmente que não possuem densidade suficiente para permitir a verificação do (in)cumprimento pelo crivo da proibição da insuficiência. Desses diferem os deveres que decorrem de uma concreta e específica imposição legiferante.

Aqui, há uma tendência de aproximação com essas ideias, que afastam a teoria unitária, mas não tão bem dividida quanto a proposição de Vitalino Canas, que exige para a determinação de ação constitucional a imposição concreta e específica. Em nossa posição, há deveres extraídos da constituição, de caráter mais genérico mesmo, que podem – e devem – ser objeto de interpretação para identificação de inconstitucionalidades por falhas prestacionais. São justamente esses casos mais rarefeitos que tornam mais difícil a concretização procedimental da verificação do não cumprimento (gerador de inconstitucionalidade) dos deveres extraídos da constituição, que exigem uma avaliação mais densa do princípio da proibição da insuficiência.

As relações prestacionais concretas, específicas e limitadas pelas constituições, trazem ao legislador deveres extremamente claros, que, por óbvio, tem aplicação à doutrina da proi-

---

<sup>69</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 967.

<sup>70</sup> Vitalino Canas atribui a Alexy e seus seguidores. Cf. CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 967, nota 3430.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 971.

bição do déficit, mas não tem o condão de reduzir essa análise somente para esses casos. A ampliação aqui proposta é mais global, envolvendo todos os deveres prestacionais extraídos da constituição e, na verdade, tornando praticamente desnecessária a incidência da proibição do déficit para os casos de determinações constitucionais de deveres estatais extremamente claras e delimitadas. Estes casos, como se verá à frente, terminam sendo resolvidos pelo teste de evidência, alocado fora da estrutura da proibição do defeito.

Certo é que, agora na mesma linha de Vitalino Canas, há três núcleos de deveres que impõem ação estatal prioritariamente legiferante, quais sejam, os deveres de proteção, os deveres de concretização dos direitos sociais e os deveres de organização, procedimento e financiamento<sup>72</sup>. Analisa-se, a seguir, cada um dessas espécies de deveres.

A existência de deveres de proteção, a essa altura, já não é discutível. A estatura constitucional desses deveres denota que são decorrentes de direitos fundamentais elencados na constituição, bem como de determinações constitucionais propositivas aos poderes públicos no que tange à concretização de algumas promessas constitucionais e desses próprios direitos alçados à categoria máxima no ordenamento.

Assim como já se aduziu a desnecessidade do princípio em comento nos casos de colisões de direitos fundamentais, que poderiam ser resolvidos por meio da ponderação, por uma teoria dos direitos fundamentais como princípios<sup>73</sup>, também seria possível então avaliar as inconstitucionalidades unicamente pela análise dos deveres estatais de proteção não realizados em cada caso concreto.

Se a realidade fosse tão simples como as palavras acima, realmente, o princípio da proibição do déficit estaria descartado. A verdade é que essa aparente simplicidade resolutiva não encontra guarida no que se entende por vetor imprescindível à resolução dos casos consti-

---

<sup>72</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 973. Nessa mesma referência, Canas entende que os deveres de ação do legislador são bastante mais extensos, indicando haver na doutrina as seguintes menções: “(i) *deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares*; (ii) *deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros*; (iii) *deveres de emissão de normas estruturadoras de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais*; (iv) *deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade*; (v) *deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização dos direitos sociais, seja alocando recursos públicos, seja intervindo nas relações entre privados*; (vi) *deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais*; (vii) *deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenómenos (designadamente catástrofes) naturais*.”

<sup>73</sup> Essa teoria é atribuída a Alexy e é objeto de crítica por Jorge Reis Novais. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 272 e ss.

tucionais difíceis, que é a racionalidade argumentativa expositiva. A capacidade de se demonstrar, mesmo que não seja matematicamente, mas com precisão, o caminho percorrido até a identificação das inconstitucionalidades é requisito essencial para manutenção do Estado de Direito. Os juízos de ponderação, mesmo com toda a complexidade e desenvoltura das respectivas teorias, não são suficientes, isoladamente considerados, para resolver os casos que aqui se propõem sejam solucionados.

A ponderação, não resta dúvida, assim como outros institutos de caráter eminentemente subjetivo, como, por exemplo, o juízo de razoabilidade, estará sempre no trajeto das conclusões a respeito de problemas envolvendo colisão ou lesão a direitos fundamentais. Nas omissões, aliás, isso se torna ainda mais patente, uma vez que a avaliação de não atos certamente impõe análises menos palpáveis e mais subjetivistas.

Se se estivesse falando de normas-regra como motor principal de onde emanam os deveres de proteção, certamente se avistariam imposições constitucionais precisas, concretas, inequívocas.

Quando se lida com normas-princípio, típicas da realidade dos direitos fundamentais, as imposições constitucionais dos deveres correlatos são indeterminadas, possuem natureza muito diversificada.

E, como ressalta Novais, “raramente, a Constituição especifica em que actos concretos se deve traduzir esse dever, qual o seu alcance concreto, qual o nível exigível de proteção que o Estado deve garantir”<sup>74</sup>.

E dificilmente conseguiria o constituinte fazer isso com êxito, pois normalmente a definição do alcance e do nível de proteção varia conforme a relevância, a iminência e a premência das ameaças, e também dependem, em certa medida, das atitudes do lesado, de sua capacidade de autodefesa, e até mesmo das circunstâncias histórico-sociais e político-econômicas que permeiam o caso concreto. Tudo isso não pode ser previsto aprioristicamente.

Tendo em vista essa dificuldade de definição dos caminhos aptos ao Estado para realização dos seus deveres constitucionais, pelas razões acima expostas, torna-se bastante complexa a tarefa de identificar inconstitucionalidades pelo não cumprimento ou cumprimento insuficiente de um dever de proteção.

---

<sup>74</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 289.

Não se nega a autonomia dogmática do princípio da proporcionalidade, que serve à identificação dos excessos estatais lesivos aos direitos fundamentais dos cidadãos. Não é toda conduta invasiva do Estado que é inconstitucional. O princípio da proibição do excesso funciona como meio auxiliar de filtragem para separação das intervenções restritivas toleradas e não toleradas.

Não faria sentido negar a autonomia dogmática, nessa mesma linha de pensamento, ao meio auxiliar de identificação de inconstitucionalidade por omissão na prática de um dever de proteção. Se nem toda afetação do dever de proteção estatal dos direitos fundamentais se traduz em inconstitucionalidade, funciona o princípio da proibição do déficit como meio auxiliar indispensável para determinação de inconstitucionalidade no domínio dos direitos fundamentais, quando se analisa a ausência ou deficiência protetiva.

Os deveres de proteção, portanto, estão alocados em um campo menos vasto que o do princípio da proibição da insuficiência. Este, como mecanismo a ser utilizado para identificação das mencionadas invalidades por ofensa à constituição, leva em consideração diversos aspectos, como as circunstâncias fáticas, históricas, sociais, econômicas, materiais e estará sempre a realizar um balançar de olhos entre direito fundamental lesado, dever estatal de proteção não praticado ou praticado de maneira insuficiente e todos os outros aspectos que permeiam à identificação da justiça ou injustiça da inação estatal.

Disso é possível notar não só o desencaixe entre deveres de proteção e princípio da proibição da insuficiência, como também o caráter muito mais amplo deste último, que representa ferramenta essencial ao Estado de Direito, princípio estruturante que fornece ao intérprete mecanismos para avaliação da validade de não atos estatais.

A vinculação restritiva aos deveres de proteção “são a expressão moderna da antiga teologia securitária do Estado constitucional, assente no monopólio do uso da força pelo Estado e na proibição da autodefesa”<sup>75</sup>.

Reforça essa autonomia dogmática a ideia de *ressubjetivação* ou *subjetivação*, segundo a qual nem sempre a existência de norma constitucional consagradora de direitos fundamentais, mesmo que determine a existência de deveres estatais de proteção, resultam em direitos subjetivos que garantam a possibilidade de exigência judicial do cumprimento daqueles deveres por parte do Estado.

---

<sup>75</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 976.

Como ressalva Novais:

(...) a existência de subjectivação do dever estatal de protecção – sobretudo quando traduzida num direito a exigir judicialmente do Estado a respectiva realização – vem estreitamente associada à proibição de insuficiência, na medida em que a inconstitucionalidade só existe quando respectivo princípio é violado.<sup>76</sup>

Fato é que a distância que confere autonomia dogmática aos institutos relacionados decorre de uma afirmação relativamente simples: nem sempre que um dever estatal de protecção não é realizado haverá inconstitucionalidade. Isso ocorre porque o mecanismo para identificação dessa inconstitucionalidade é o princípio da proibição da insuficiência.

Seguindo essas mesmas lições em linhas gerais, tem-se ainda a necessária ampliação do âmbito de incidência da proibição do defeito para o não cumprimento dos demais deveres estatais, mormente nos casos dos deveres sociais e dos deveres de organização, processo e financiamento.

Essa ampliação já afasta a ideia da unicidade de aplicação da proibição da insuficiência somente em relações triangulares, porque a refração atinge de maneira muito mais marcante, nos casos dos deveres sociais, de organização, processo e financiamento, as relações bipolares, verticais, entre poder público e particular.

As prestações estatais é que precisam ser cumpridas, sob pena de, ofendendo bem jurídico tutelado constitucionalmente por conta de omissão total ou parcial, serem reputadas inconstitucionais. No atual estágio do constitucionalismo e até mesmo da teoria dos direitos fundamentais, reduzi o âmbito de aplicação da proibição do déficit somente aos deveres de protecção parece representa contrassenso.

São as falhas prestacionais de um modo geral que precisam ser reguladas, que são objeto de cobrança institucionalizada pela sociedade e pelos atores políticos. São essas determinações constitucionais de um modo geral que são reconhecidas atualmente como de força cogente, vinculativas, obrigatórias não somente para protecção dos cidadãos em suas relações particulares, mas primordialmente para impor aos poderes constituídos o dever de concretização dos direitos fundamentais deles decorrentes.

---

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 292.

É nessa seara que os direitos sociais, por mais que sejam tratados de modo distinto no Brasil e em Portugal, dois âmbitos de apreciação nesta investigação, representa um dos principais quadros de aplicação dos deveres prestacionais do Estado. A promoção desses direitos emana de ações positivas do poder público, não bastando postura protetiva, mantenedora. Aqui, a postura ativa que se exige é de efetiva concretização, realização.

No que concerne aos deveres de organização e processo, trata-se da imposição de legislar a respeito de instrumentos processuais, procedimentais ou organizativos, que decorrem da necessidade de o Estado criar condições organizativas e procedimentais que sejam instrumentais ao exercício – e seu controle – de outros direitos. Como defende Vitalino Canas:

Em todos esses casos, o legislador está obrigado a criar os quadros regulatórios e organizativos adequados a permitir que tais direitos se possam exercer: normas processuais e de organização judiciária, normas sobre organização de processos eleitorais, normas do recenseamento, normas sobre concursos e habilitações para acesso a empregos públicos, normas sobre o procedimento para o exercício do direito de petição, normas sobre a comunicação prévia da intenção de manifestação, etc. Podem ainda incluir-se nesta categoria os deveres de consagrar e regular alguns institutos de direito privado, como o abuso de direito ou a responsabilidade civil.<sup>77</sup>

E seguindo essa mesma lógica que se inserem também os deveres de financiamento, muito atrelados à ótica prático-jurídico da realização efetiva dos direitos fundamentais correlatos, especialmente mediatizados pelo exercício dos deveres sociais, pendentes de instrumentalização prática, no que exigem a efetiva materialização por meio da alocação de recursos públicos tendentes a permitir a consecução dos objetivos constitucionais.

A visão que se traz aqui dos deveres prestacionais do Estado, balizados para definição das omissões inconstitucionais por meio da proibição do defeito, é abrangente. Não se atrela somente aos deveres de proteção, como de fato se iniciou na história do princípio, mas é ampliada para aplicação a praticamente todos os deveres prestacionais, também não guardando relação específica com as determinações constitucionais concretas e especificamente delimitadas.

Os deveres prestacionais que se extraem da constituição, de fato, precisam conter normatividade suficiente para serem parâmetros de controle de constitucionalidade para reputar por inválidas ações não realizadas. Essa normatividade somente pode ser aferida no caso

---

<sup>77</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 982.

concreto e é balizada pelo conteúdo do princípio da proibição do déficit, que tornará palpável a identificação de inconstitucionalidades pelo balançar de olhos entre a omissão, o dever constitucional impostos e os caracteres específicos do caso concreto que permeiam a relação jurídica analisada.

É sobre isso que repousa este trabalho, especialmente em sua parte final, sendo premissas fundamentais para isso (i) a autonomia do princípio; (ii) a sua não vinculação aos deveres de proteção, mas aos deveres prestacionais em geral do Estado; e (iii) a conclusão deste capítulo – que ora se adianta – no sentido de que as inconstitucionalidades por ausências ou falhas prestacionais, se não evidentes, absolutas, precisam ser resolvidas por meio da estrutura ponderativa do princípio da proibição da insuficiência.

### ***3.5. A necessária e útil distinção entre a proibição do excesso e da insuficiência, a confirmar a autonomia e complementaridade dos princípios***

A existência do corredor em que há margem de livre apreciação, escolha e ação do Estado é o fundamento principal da distinção entre proibição do excesso e da insuficiência.

A margem de livre decisão política, de que falava Canaris, em que o legislador ou administrador pode proteger, mas não está obrigado a fazê-lo, comprova que os resultados dos dois princípios não coincidem. No caso de haver uma restrição, mesmo não sendo ela considerada excessiva, não está o legislador constitucionalmente obrigado a estender a restrição até um ponto de otimização da proteção/promoção, pois se trata de uma prerrogativa amparada pela sua margem de liberdade de conformação.

Significa dizer que há restrições constitucionais e inconstitucionais. O controle de constitucionalidade repousa justamente, no que tange ao limite máximo interventivo, na verificação da fronteira entre o não excessivo e o excessivo. Para que isso ocorra, é preciso que haja alguma ação criativa do Estado, seja ela primária ou secundária, ou seja, é preciso que o Estado tenha promovido uma restrição por meio de atuação primordialmente legislativa ou tenha alterado alguma regra já existente incrementando a restrição anterior.

No quadro das relações triangulares, portanto, caracterizadas pelas ações estatais protetivas no seio das relações horizontais, a autonomia do controle da insuficiência em relação ao excesso é bem clara, para além da ideia do corredor, que já se arrematará, por uma simples constatação: nos casos em que há omissão estatal absoluta na proteção de um bem jurídico,

não há como se considerar excessivo algum ato do Estado; o controle necessariamente se embasa no controle da insuficiência; isso ocorre porque o controle de excesso toma por base uma criação ou alteração legislativa com conteúdo restritivo, enquanto o controle por insuficiência toma por base o direito fundamental violado pela ausência ou deficiência prestacional determinada pela constituição.

Nas relações bipolares, a utilidade do controle pela insuficiência é ainda mais evidente. Se se parte do pressuposto, já alinhavado acima, de que as normas constitucionais determinam expressamente a busca pela efetividade dos comandos veiculadores de direitos fundamentais, não se pode negar a necessidade de existência de um modelo de verificação de inconstitucionalidade pela ausência de ação estatal concretizadora desse tipo de comando.

A proporcionalidade, isoladamente, não serve a esse propósito. Pode – e normalmente é – até ser um dos caminhos para tanto, especificamente no que tange ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, porque, do mesmo modo que a ponderação, pode ser preciso em algum momento realizar essa análise comparativa ou ponderativa a respeito das possibilidades à disposição do poder público, dos direitos fundamentais envolvidos – e muitas vezes em choque – e dos efeitos das ações parcialmente já realizadas pelo Estado para proteção ou promoção daquele direito em jogo.

Há de se admitir, todavia, que algumas interpretações, como a que se faz no Brasil, permitem a aproximação entre os princípios da proibição do excesso e da insuficiência. Para isso, entretanto, é preciso realizar digressões que desconsideram a diferença entre o controle da ação e o da omissão, colocando todas as formas de controle como se fossem de ações, realizadas ou não.

Como se demonstrará adiante, quando se adota a ideia de que o controle da insuficiência seria outra face da proibição do excesso, diz-se basicamente que o controle que se exerce é sobre as ações não realizadas pelo Estado. Identifica-se o que poderia e/ou deveria ter sido feito, e reputa-se que seria desproporcional a não realização daquele determinado ato naquela ocasião. Ou, em outras palavras, considera-se excessiva a restrição estatal – por mais que não tenha havido ato ou haja inação parcial – a determinado direito fundamental pela ausência de promoção ou proteção possível.

O controle aí, portanto, é de um ato não realizado, imaginável. O excesso não é da ação estatal, mas do resultado da omissão. Como se aprofundará nesta investigação, a expli-

cação não é dogmaticamente plausível. Apesar de fornecer resultados que talvez sejam suficientemente demonstrados nos casos fáceis, tende a descambar para o casuísmo nos casos difíceis, pois inevitavelmente esbarrará na necessidade de criação judicial do que não foi feito e do que deveria ser feito como ferramenta principal de análise de constitucionalidade.

Essa aproximação também é possível numa situação bem específica, mas de pouca aplicação prática. Imagine-se que houvesse apenas uma solução possível à proteção ou à promoção de um bem jurídico tutelado constitucionalmente. Nessas situações, é possível que se vislumbre a ausência de escolha política do Estado. Não há margem de apreciação ou conformação do Estado. Assim, o resultado do controle de insuficiência será o mesmo do controle de excesso, já que não haverá o mencionado corredor no caso.

De qualquer sorte, o que importa, e já parece muito claro, é a dificuldade de conceber a inexistência de um corredor de livre apreciação do legislador quanto à promoção ou à proteção dos direitos fundamentais. Se há esse corredor, não há como conceber a inexistência de limites máximos de restrição e mínimos de prestação.

Por consequência, o controle para invalidação de atuações ou omissões deve ser autônomo e distinto. Não significa que são totalmente dissociados e sem relação de complementaridade alguma. Significa que estão em estratos distintos, separados por caracteres específicos e até antagônicos. Ato e não ato. Excesso e insuficiência. A aproximação está no resultado: lesão a um direito fundamental.

A autonomia é necessária por serem as análises ontologicamente distintas, a demandar verificações embasadas em fases ou testes distintos por natureza. A utilidade, por sua vez, depende do caminho percorrido, do conteúdo jurídico que se empresta ao princípio. Se se segue a lógica brasileira, acima citada, parece não se dar utilidade alguma ao princípio, que será apenas o outro lado da proibição do excesso mesmo.

O que se propõe aqui, ao princípio da proibição da insuficiência, é um caminho dogmaticamente autônomo, pela sua necessidade – o que parece indiscutível –, pelo percurso de verificação e pelo resultado do controle de constitucionalidade nele embasado. Busca-se, portanto, a atribuição de conteúdo jurídico que permita ao intérprete alcançar soluções jurídicas racionais, justificáveis e com resultados dotados da máxima precisão e uniformidade possíveis.

### ***3.6. Primeira conclusão: princípio como mecanismo obrigatório de controle de constitucionalidade das omissões estatais que ofendem direitos fundamentais***

A primeira conclusão desta investigação, que é resultado da autonomia dogmática do princípio da proibição da insuficiência, é a sua imprescindibilidade para resolução de casos de identificação de inconstitucionalidades por omissão do Estado nos deveres prestacionais.

Por mais que haja mecanismos processuais, em cada ordenamento, aptos à identificação, materialmente a busca pela verificação da inconstitucionalidade de uma omissão do Estado precisa se embasar em critérios sólidos e uniformes. Se assim não for, não haverá decisão judicial legitimamente justificada, comprovável, controlável e comparável.

Enquanto não se confere ao princípio nem autonomia nem conteúdo jurídico preciso que permitam ao julgador, assim como já se faz quanto ao princípio da proibição do excesso, seguir um caminho para identificação de inconstitucionalidades, as decisões seguirão casuísticas, os critérios seguirão amplamente subjetivos, de difícil identificação. As argumentações levarão em consideração apenas ponderação e avaliação material do direito violado, sem instrumentalização de um percurso de análise de inconstitucionalidade.

A difusão do princípio da proibição do excesso no mundo, com os testes que se lhe propuseram, fez com que houvesse certa fluidez em sua aplicação, maior capacidade dos atores em interpretar os casos concretos em avaliação ou já julgados. A despeito de se tratar de temas que, naturalmente, seguirão tendentes ao desacordo, ao menos há maior racionalidade, do ponto de vista da justificação, nas decisões tomadas. Isso fornece grande incremento à racionalidade do dissenso e – talvez o mais importante – à estabilização das relações entre os poderes instituídos.

Não se concebe, portanto, a resolução de casos importantes de omissões do Estado sem que haja a instrumentalização, no controle de constitucionalidade, pela utilização do princípio da proibição da insuficiência, desde que haja o preenchimento normativo deste princípio a permitir sua racional aplicação.

Vale registrar, por fim, que a afirmação acima cede espaço a pelo menos duas exceções, que se aproximam bastante e que são tratadas nesta investigação: (i) quando houver apenas uma solução possível e ela não for efetivada, não parece haver corredor com margem de conformação, havendo confluência entre proibição da insuficiência e do excesso; e (ii) quando houver norma regra de ação prestacional, norma definidora de direito, regulamentação

precisa da ação a ser implementada, mas não existir nenhuma ação, ou seja, quando, nessas condições bem delimitadas e precisas, a omissão for total, a identificação da inconstitucionalidade é tarefa fácil, sendo possível essa identificação pela análise do direito violado, sem a necessidade do princípio para verificação.

#### **4. Um princípio carente de densidade normativa**

O preenchimento do conteúdo normativo de um princípio é o primeiro passo para sua aplicação concreta. É preciso compreender a que se refere, qual o espectro de aplicação da norma e qual o procedimento para sua verificação diante dos complexos problemas que podem demandar sua utilização.

Como já se destacou, no caso do princípio da proibição da insuficiência, há ponto distintivo que tonaliza a dificuldade natural de definição de conteúdo a normas dessa espécie, naturalmente amplas e sujeitas ao desacordo social, que é o fato de se debruçar sobre o nada, o ausente, a omissão. Se já é difícil apreciar inconstitucionalidades em face de ações, essa tarefa se torna ainda mais complicada quando o objeto de controle é a ausência de conduta.

Nesses casos, são mais rarefeitas as condições de análise e mais subjetivos se tornam os prognósticos de maturação do direito ofendido. O juízo de inconstitucionalidade passa, invariavelmente, pela divagação do que deveria ou poderia ter sido feito para que o direito fundamental tivesse sido devidamente protegido ou implementado.

O exercício de controle de constitucionalidade precisa ser alcançado, portanto, por meio de juízos imaginativos, que guiarão o intérprete da análise do caso concreto, em que supostamente há direito violado, à avaliação do que faltou ser feito pelo poder público, para então definir se essa omissão pública resulta em inconstitucionalidade que precisa ser declarada. Não há como dissociar tudo isso da projeção para o futuro, com base na ideia do que ocorreria se tivesse havido determinado ato estatal.

Esse percurso de análise de inconstitucionalidade por omissão, embasado na aplicação do princípio da proibição da insuficiência, é marcado por grande dificuldade de demonstração racionalizada. É por isso que, como se disse, muitas vezes o princípio passa a ser mero argumento retórico para justificar uma decisão qualquer, tomada com base em outros critérios não expostos ou não conhecidos.

O preenchimento do conteúdo normativo do princípio, nessa linha, é o vetor que aponta na direção da sua própria legitimação como critério definidor de inconstitucionalidades. Enquanto não houver testes de verificação, caminhos a serem seguidos, ou melhor, enquanto não se conferir a normatividade que se exige de conteúdos principiológicos estruturantes do Estado de Direito, questionar-se-ão a autonomia do princípio, sua importância e até mesmo sua validade para utilização como critério decisório.

Não tendo como ser demonstrado, não pode ser aceito como critério jurídico. Funcionaria apenas como reforço argumentativo, como critério sociológico ou como vetor opinativo, mais alimentando o dissenso que pondo fim a discussões sobre a efetivação dos direitos fundamentais e dos respectivos programas necessários para tanto.

#### ***4.1. As propostas de preenchimento do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência***

##### ***4.1.1. Controle de evidência ou de mínimos***

Atribui-se a Schuppert<sup>78</sup> a primeira utilização da expressão “proibição do déficit” ou “proibição da insuficiência”. O autor questionou o alcance conferido aos deveres de proteção (*Schutzpflicht*) na primeira decisão sobre o aborto do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão<sup>79</sup>, ocasião em que afirmou que o tribunal, embora sem mencionar expressamente, teria se utilizado da *Untermassverbot* para realizar o controle constitucional da descriminalização operada pelo legislador.

Realmente, nessa decisão, o TCF, mesmo que timidamente e sem uma metodologia precisa, expressou-se sobre os deveres de prestação estatal já reconhecendo implicitamente a proibição da insuficiência na relação jusfundamental, quando mencionou, nas razões da decisão, que o dever de proteção não só proibia intervenções no direito à vida como também ordenava que o Estado tomasse medidas positivas para protegê-la e incentivá-la<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Nesse sentido, cf. m CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 905; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. p. 261, nota 149.

<sup>79</sup> BverfGE, 39, 1, 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*). Nesta decisão, o TCF decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo legal que excluía a punibilidade em certos casos de aborto. Para desenvolvimento, em português, cf. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 266-273.

<sup>80</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 269.

Essa primeira vertente, portanto, alocava o princípio da proibição da insuficiência conforme idealizado por Canaris, apesar de a decisão do TCF ter se referido à Isensee<sup>81</sup> como seu idealizador, como uma construção em torno dos deveres estatais de proteção, sem a amplitude aqui conferida aos deveres prestacionais em geral.

Para Canaris<sup>82</sup>, a proibição da proteção deficiente objetiva indicar um patamar mínimo de proteção ao direito fundamental, deixando ao legislador ampla margem de liberdade de conformação. Para o autor, então, a eficácia da proibição da insuficiência, relativa ao imperativo de tutela ou ao dever de proteção, era muito mais fraca que a da proibição do excesso, em razão da multiplicidade de medidas possíveis à integração de uma omissão inconstitucional.

Partindo desse ponto, o Tribunal Constitucional alemão passou a enfrentar a temática dos deveres de proteção do Estado em suas decisões, classificando-os, então, como deveres de proibição (*Verbotspflicht*), de segurança (*Sicherheitspflicht*) e de evitar riscos (*Risikopflicht*)<sup>83</sup>.

Em 1993, na sua segunda decisão sobre o aborto<sup>84</sup>, o TCF expressamente se refere à *Untermassverbot* como princípio determinante do dever de proteção estatal, ao asseverar que “o Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva”<sup>85</sup>.

Neste julgado, é possível verificar tentativas de definição do conteúdo jurídico do princípio, mas não há a aplicação de um método para identificação da incompatibilidade por insuficiência protetiva da lei apreciada em cotejo com a lei fundamental. O TCF expressa que, para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo

---

<sup>81</sup> MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 185.

<sup>82</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 105.

<sup>83</sup> Cf. RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Polke. **Casebook Verfassungskrecht**. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

<sup>84</sup> BverfGE, 88, 203, 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*). Neste caso, o TCF decidiu serem inconstitucionais dispositivos legais que qualificavam como não antijurídico o aborto não indicado caso ocorresse após aconselhamento por órgão criado para esse fim. Para desenvolvimento, em português, cf. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 273-294.

<sup>85</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 276.

ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

Em capítulo específico deste trabalho haverá a análise aprofundada da evolução, inclusive de maneira crítica, da jurisprudência do TCF a respeito do princípio em referência. Neste ponto, importa destacar o significado desta proposta para o conteúdo do princípio.

É possível afirmar-se, então, que, num contexto geral, na Alemanha, o princípio tem sido utilizado com base na ideia de controle de evidência ou de mínimos: haverá inconstitucionalidade quando se demonstrar que o Poder Público não realizou qualquer medida de proteção ou que suas ações foram totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção<sup>86</sup>.

O Tribunal, apesar de asseverar que o Estado deve adotar medidas normativas e materiais para a proteção adequada e eficiente de um direito fundamental, conforma a adjetivação da omissão como inconstitucional sob a ótica da evidência: ou não se fez nada ou tudo que se fez era inadequado (inapto à proteção) ou as medidas eram evidentemente insuficientes. “Haverá violação do princípio da proibição do déficit quando, atendendo às circunstâncias da situação concreta, real ou idealmente antecipada, for manifesta a necessidade e a possibilidade de garantia de um mínimo de prestação”<sup>87</sup>, que, entretanto, não foi efetivada pela ação estatal.

O controle de evidência concentra-se na garantia de mínimos, a fim de se resguardar a separação dos poderes, uma vez que o judiciário somente poderia reconhecer inconstitucionalidade por insuficiência protetiva quando isso decorresse da necessidade de garantir o núcleo mesmo dos direitos afetados.

A ideia, como já se disse, é não retirar dos poderes democraticamente eleitos a liberdade de conformação da execução das políticas públicas. Em tese, não se busca a redução da aplicação do princípio a um patamar de inoperabilidade, mas de adequação e racionalização para que sua aplicação não subverta a harmonia entre os poderes.

Quando se controle o mínimo, pretende-se garantir que o direito seja preservado sem que se exija dos poderes constituídos um caminho ou outro a seguir. Isso estaria inserido

---

<sup>86</sup> BVerfGE 77, 170, 1987. Para desenvolvimento, em português, cf. SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 307-314.

<sup>87</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. P. 214.

dentro da margem de discricionariedade, conferiria a autonomia e a independência necessárias para que os poderes legislativo e executivo conduzissem seus programas conforme as escolhas sócio-políticas de dado momento histórico.

A constituição, nessa linha, não determinaria deveres de proteção para além daqueles que preservassem o direito fundamental sem lesão. A ampliação ou promoção desse direito seria exigida em patamares mínimos, não podendo o juiz se imiscuir nesta seara.

Não é viável que se tente delimitar, de maneira geral, abstrata e objetiva, o que seria o núcleo irreduzível de proteção ou promoção de direitos, mesmo que se tenha por norte o princípio da dignidade da pessoa humana, tampouco o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais específicos postos em causa nos casos concretos em eventual avaliação.

Com base no controle de evidência, até há objetividade na identificação da inconstitucionalidade. Mas, se somente há insuficiência nos casos evidentes, não há uma boa solução para os casos difíceis e o princípio parece não ser tão útil para solução de problemas constitucionais da atualidade. Mesmo que se verifique utilidade nessa formatação, é inquestionável que, desse modo, o princípio não comporta carga normativa que permita sua aplicação com racionalidade capaz de gerar legítimas expectativas sociais e resultados esperados e maleáveis conforme as evoluções histórico-sociais.

O controle de evidência parece, em certa medida, negar a própria ótica promocional dos deveres estatais de prestação relativamente aos direitos fundamentais. Parece tornar a visão constitucional estática, paralisada frente ao mínimo que se pode exigir dos poderes constituídos. Não parece que o controle de evidência se coadune com a ideia prestacional que deu origem aos deveres estatais de proteção, tampouco com a ideia de promoção e desenvolvimento desses direitos a patamares mais eficazes.

Não se quer dizer, a evidência, que é isso que a doutrina e jurisprudência alemã pensam sobre o tema. Não se afirma aqui que há essa ideia reducionista da aplicação do princípio. O caminho normativo escolhido, no entanto, parece guiar o intérprete para esse tipo de conclusão.

Mas, a verdade é que, na prática, o que isso ocasiona é a baixa densificação normativa do princípio. Como se verá quando da análise da jurisprudência alemã, a utilização do princípio com base na ideia de controle de mínimos segue por manter o casuísmo,

encostando o princípio na retórica argumentativa e afastando-o da cientificidade que aqui se busca lhe imprimir.

Um exemplo que auxilia a visualizar a insuficiência desse critério pode ser retirado da questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Adotando-se unicamente o referencial da inconstitucionalidade evidente, quando uma pessoa homossexual postulasse pelo seu direito ao casamento, responder-se-ia que seu direito de se casar já estaria garantido, bastaria que se casasse com alguém de outro sexo. Isso porque a análise de evidência da inconstitucionalidade seria afastada, já que a instituição do casamento, enquanto mínimo a que tem direito o indivíduo, estaria garantida. Por sua vez, também não haveria desrespeito ao direito de manter uma relação homoafetiva, já que essa união também seria permitida, tolerada e não poderia ser repugnada pelo Estado, mas não poderia ser oficializada nem gerar efeitos jurídicos. Estaria garantido o mínimo.

Nessa ideia de controle de mínimos, se aplicada isoladamente, verificar-se-ia o princípio como critério tão fechado e minimalista que ou determinaria a diminuição da proteção estatal, garantindo a separação dos poderes, mas se afastando da concretização dos direitos fundamentais, ou seguiria permitindo os casuísmos e decisionismos, já que a definição do que é o mínimo de proteção poderia variar conforme o julgador e conforme as razões genericamente apresentadas.

#### ***4.1.2. A ponderação como mecanismo para verificação da proteção (in)constitucional***

A apuração de inconstitucionalidade decorrente de carência de proteção estatal poderia ser resolvida por meio da ponderação entre o direito supostamente afetado pela omissão e outro direito suscetível de ser restritivamente afetado pelas medidas de proteção que viessem a ser adotadas.

Essa é uma das possíveis formas de se preencher o conteúdo jurídico do princípio da proibição do déficit, recorrendo à ponderação como mecanismo central de resolução dos problemas que envolvam falhas nos deveres estatais de proteção e promoção.

Quanto a isso, Jorge Reis Novais alerta o seguinte:

De facto, não é possível resolver problemas difíceis de direitos fundamentais sem, em alguma medida, se ser obrigado a fazer juízos de ponderação (...)

Quando está em causa saber se o Estado está ou não constitucionalmente obrigado a proteger, em que medida o deve fazer e com que alcance, há factores que não podem deixar de ser considerados e ponderados, como sejam, as necessidades concretas e especiais de proteção, a relevância dos bens em jogo, as capacidades e as responsabilidades individuais de autodefesa e de acesso aos bens jusfundamentais por meio próprios, a gravidade das agressões, dos riscos ou das ameaças, a assimetria ou a igualdade de *armas* em presença no caso concreto.<sup>88</sup>

Por meio da ponderação, o intérprete, então, sairia da ideia de apenas exigir a prestação estatal mínima para determinar que a ação estatal fosse também adequada e efetiva. Para isso, haveria a ponderação dos direitos e deveres em causa.

Não se pode negar, como afirmou Novais, que a ponderação é recurso praticamente obrigatório numa análise de inconstitucionalidade, especialmente quando há direitos fundamentais contrapostos. O que se indaga é se é recurso suficiente para funcionar como critério definidor ou solidificador do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência, hábil a identificar inconstitucionalidades.

A mera ponderação entre os direitos opostos ou com os deveres de proteção estatais, mesmo que leve em consideração todos os fatores em causa, permanecerá levando a análise de inconstitucionalidade a uma série de ponderações, sem critérios minimamente pré-definidos ou estruturados.

A vagueza do critério decisório parece permanecer envolvida pelos ordinários argumentos da separação dos poderes, que serão o pano de fundo para que simplesmente haja sobreposição da ponderação do juiz à ponderação igualmente realizada (em tese) pelos atores políticos.

Segundo essa aceção, a ponderação seria suficiente para avaliar as omissões inconstitucionais em relação aos deveres estatais, pois haveria uma análise comparativa entre direito ofendido pela omissão e direito que seria restringido pela ação estatal prestacional.

Veja-se que, em verdade, não há realmente a verificação *in concreto* da inconstitucionalidade da omissão estatal. Aqui, o juízo de ponderação parece ser um caminho para isso, mas não ter essa avaliação como ponto central, pois os olhos do examinador

---

<sup>88</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do *défi*c**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 333.

certamente estarão voltados muito mais à restrição não realizada que ao direito ofendido. Para ter determinada conduta como inconstitucional, a ponderação levaria em consideração a ação estatal que poderia ter sido realizada sob a ótica do *quantum* de restrição que causaria, para daí então concluir se seria inválida a omissão que resultou no prejuízo ao direito de alguém.

A ponderação, nesses termos, de fato parece caminhar no sentido da verificação das inconstitucionalidades em casos de falhas na prestação estatal, mas não há como veicular-se como critério único e suficiente.

Além da vagueza já mencionada, é pertinente reiterar que, ao se buscar definir o conteúdo jurídico ou densificar normativamente um princípio, busca-se o afastamento do casuísmo, da solução disforme (ou demasiado maleável) e, principalmente, intenta-se que sejam apresentados mecanismos e critérios capazes de serem apreciados por terceiros. Significa dizer que, para que se reconheça o conteúdo jurídico que se pretende emprestar a uma norma naturalmente vaga, deve-se retirar-lhe vagueza, dar-lhe concretude, a fim de que haja segurança jurídica, possibilidade de fiscalização e conhecimento das razões que fizeram com que o julgador tenha decidido pela inconstitucionalidade naquele momento. Isso se aplica sob a ótica dos destinatários da norma, mas também à verificação dos próprios poderes legislativos e executivos, como artifício da separação dos poderes.

Afinal, um juízo ponderativo isoladamente somente poderá ser avaliado por meio de outro juízo ponderativo, o que não se adequa à busca pelo preenchimento do conteúdo de um princípio, objeto desta investigação. Os resultados das avaliações seguirão fomentando mais o dissenso que o conhecimento a respeito dos limites constitucionais.

#### ***4.1.3. A inversão dos parâmetros de controle de proporcionalidade, a “não solução” brasileira***

Na busca por explicações para os institutos jurídicos, há situações em que os resultados não correspondem a verdadeiras soluções práticas. É o que se chama aqui de “não solução”. A simplificação do caminho para definição do conteúdo jurídico do princípio termina por negar-lhe autonomia, ao ser relegado à condição de “a outra face da proibição de proporcionalidade”, como se tem feito no Brasil.

Utilizando lógica dedutiva simples, faz realmente sentido dizer que o princípio da

proibição do déficit, por servir ao controle de constitucionalidade das atuações estatais insuficientes que ofendem direitos fundamentais, representa a versão oposta do princípio que serve à aferição das ações estatais excessiva, muito contundentes, que ferem direitos fundamentais das pessoas. De um lado, estaria a falta de ação e, do outro, o excesso de atuação restritiva.

Se já existem parâmetros para contorno do princípio que veda a atuação excessiva do Estado, basta que esses critérios agora sejam aplicados as relações contrárias, de inação ou atuação deficiente. É o que se chama de “dupla face do princípio da proporcionalidade” ou “inversão dos parâmetros de controle de proporcionalidade”. Fala-se também em “reverso do princípio da proibição do excesso”, tratando ambos como categorias do princípio da proporcionalidade<sup>89</sup>.

É o modo como a doutrina brasileira<sup>90</sup> – mesmo sem muito aprofundamento – tem enfrentado o princípio, com reflexos na jurisprudência, inclusive, como se abordará no próximo capítulo.

Adotando essa teoria como referencial, deve-se analisar (i) se a omissão estatal tem fim legítimo e se tal omissão é de fato apta a alcançar tal fim (adequação ou aptidão); (ii) se é necessária, ou seja, se existe alguma alternativa à omissão que prejudique menos o direito fundamental afetado e, caso exista tal opção, a omissão seria desnecessária e; (iii) se é proporcional em sentido estrito, considerando-se uma omissão como inconstitucional se ela significar maior ingerência no direito à prestação do que promoção do fim estatal que lhe

---

<sup>89</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência** in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122. Em sentido semelhante, cf. Klatt, Matthias; e Meister, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 431-432; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 392-394; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 409-413; STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p. 180. No mesmo sentido, mas com discordâncias entre si, Cf. BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1998. P. 151 e segs. e ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 475 e segs. Para desenvolvimento acerca das distinções entre os pensamentos dos dois autores, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. P 277-285.

motivou<sup>91</sup>.

Há, pelo menos, dois problemas bem marcantes nesse modelo. Primeiro, ao promover a identificação com o preceito da proporcionalidade, afasta-se a autonomia do princípio da proibição da insuficiência<sup>92</sup>, o que se tem por premissa básica deste estudo. A segunda razão, que justifica a primeira, reside no fato de que o método trifásico de identificação de inconstitucionalidade por omissão, pela mera inversão dos critérios da proporcionalidade, não prospera, porque formatado sob a ótica de ações estatais a serem sopesadas, e não inações.

Seguem-se analisando ações, de modo que não há o controle efetivo da omissão. Se se está a falar da ausência de um ato do Estado, como será possível encontrar a aptidão e a necessidade? É contraditório examinar como um *non facere* pode – ou poderia – ser adequado para atingir um fim ou necessário para uma determinada proteção.

A verdade é que a sequência trifásica da proibição do excesso, aplicada às avessas à proibição da insuficiência, faz com que qualquer análise de insuficiência protetiva do Estado leve em consideração o ato estatal, deixando de lado o “não ato”, que é o que de fato se analisa quando em jogo o choque entre direitos fundamentais das pessoas e deveres do Estado sob a ótica das omissões inconstitucionais.

Didaticamente, parece realmente muito mais fácil seguir a lógica da inversão dos parâmetros. Cientificamente, contudo, essa lógica não serve à demonstração do porquê, do

---

<sup>91</sup> Cf. MENDES, André Caixeta da Silva. **O STF e a proibição da insuficiência: a proporcionalidade na litigância de direitos sociais**. Monografia (Especialização em Direito Público). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2018. P. 53. Disponível em: <: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicao-de-Insuficiencia.pdf>>. Acesso em: 24.09.2020.

<sup>92</sup> Para desenvolvimento sobre as teses acerca da autonomia do princípio, sob a ótica das relações tripolares, envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 P. 267-285. O autor trata da autonomia do princípio da proibição da insuficiência destacando as diferenças entre a tese da congruência (Hain), a tese da convergência (Schwabe) e a aplicação da teoria dos direitos fundamentais como princípios (Alexy). Também tratando da autonomia do princípio, mas sob ótica publicista distinta e com algumas divergências em relação a Novais, cf. RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?** Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020. O autor traz o contraponto entre a chamada tese da congruência/convergência, defendida por HAIN, Karl-Eberhar. **Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot**. In: DVBl (1993), pp. 982-984, segundo a qual o exame da proibição da insuficiência em nada se diferenciaria do exame da proibição do excesso, e a tese da divergência, segundo a qual a distinção estaria presente, defendida por DIETLEIN, Johannes. **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**. Berlin: Dunker & Humblot, 1992.

“quando” e do “como” se conclui pela inconstitucionalidade nos casos concretos.

Quando se fala em proibição do excesso<sup>93</sup>, o exercício é objetivo: sopesam-se fatos e consequências. A subjetividade do sopesamento entre um nada, um não fato/ato, uma ausência de conduta e suas consequências, pela subsunção ao chamado modelo trifásico da proibição do excesso, torna rarefeita a densidade normativa que se exige para aplicação racional do princípio.

Canaris sustenta que os direitos fundamentais, como imperativos de tutela, não permitem “uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência”<sup>94</sup>, ainda que se admita algum papel da proporcionalidade, sempre presente em soluções de ponderação.

A mera inversão do modelo trifásico resultaria em análise da idoneidade e necessidade de atos que poderiam ser realizados, mas não foram. Não se controla a omissão, mas a suposta ação não ocorrida. A inoperabilidade das duas primeiras fases tornaria a análise da inconstitucionalidade verificável apenas na terceira fase, no que se daria o controle por ponderação. Avaliar-se-iam a proporcionalidade em sentido estrito pela avaliação das omissões estatais, os problemas delas decorrentes e as possíveis (mas, em tese, não realizadas a contento) ações do Estado, numa escala comparativa de realização do direito fundamental em jogo.

Jorge Reis Novais sustenta que a proposta de mera inversão dos parâmetros de controle falha por três razões fundamentais:

Em primeiro lugar, porque o controle de proibição do déficit não tem que ver com uma relação de proporcionalidade entre duas ou três grandezas; em segundo lugar, porque os referidos critérios de controle tipicamente aplicados à proporcionalidade são estruturalmente inaptos para um controle das omissões; e finalmente, na base de todo o equívoco, pela razão, eventualmente inesperada aos olhos de muitos, de que também, como vimos aquando do estudo da proibição do excesso, um controle bem sucedido da

---

<sup>93</sup> Sobre a diferença entre “proporcionalidade” e “proibição do excesso”, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. No presente estudo, adota-se a distinção feita por Novais, de modo que será usado o termo “princípio da proibição do excesso” sempre que se estiver discorrendo a respeito do que, no Brasil, se convencionou (equivocamente) chamar de “proporcionalidade”.

<sup>94</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

proporcionalidade das restrições não se traduz sequer na aplicação linear e sucessiva daqueles parâmetros.<sup>95</sup>

Ao se utilizar o princípio como a outra face da proibição excesso, relega-se praticamente tudo para a ponderação. A maior objetividade alcançada com o método trifásico, apta a conferir racionalidade às intervenções judiciais restritivas de direitos fundamentais, própria do princípio da proibição do excesso, não encontra ressonância efetiva na correção das omissões inconstitucionais.

Resumir a análise da inconstitucionalidade à ponderação não confere racionalidade à intervenção judicial onde ela é mais necessária, nas situações em que ao juiz incumbe não só extirpar uma ação estatal, mas realmente integrar uma situação fática, garantindo ou promovendo a proteção de um direito fundamental diante de uma omissão normativa ou material do Estado.

A ausência de método tem como principal efeito a ampliação da discricionariedade judicial<sup>96</sup>, apta a tornar questionável a ofensa ao princípio da separação dos poderes. Há espaço indesejável para o ativismo exacerbado prejudicial em vez da altivez concretizadora almejada<sup>97</sup>.

Esse é o modelo que a doutrina brasileira capitaneou e que tem sido, de algum modo, absorvido pela jurisprudência. A análise da forma como o princípio da proibição da insuficiência tem sido aplicado no Brasil perpassa necessariamente pelo estudo da sua evolução no Supremo Tribunal Federal, o que não escapará de análise neste trabalho.

#### ***4.1.4. A proibição da desrazoabilidade somada ao controle de mínimos, segundo Jorge Reis Novais***

Por fim, tem-se a proposta que se considera mais consentânea com a busca pelo preenchimento normativo do princípio em estudo. Trata-se de posição mais ampliada e suscetível de aplicação prática na realidade dos casos difíceis, que agrega critérios de

---

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p.190.

<sup>96</sup> Cf. BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

<sup>97</sup> Cf. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008. 158 f.

proibição de desrazoabilidade nas omissões ao controle de mínimos exportado da Alemanha.

Jorge Regis Novais defende que, em primeiro lugar, haja um controle de mínimos, cabendo ao juiz averiguar se o direito fundamental está insuficientemente protegido ou promovido de maneira evidente. Se a inação ou deficiência não for evidente, isso estará na margem de apreciação política, impenetrável pelo juiz. À necessidade de garantia do mínimo, agrega-se a proibição da desrazoabilidade.

Sobre o primeiro aspecto, defende o autor que “a multiplicidade de factores e variáveis que há a considerar desaconselha as tentativas de delimitação prévia, geral e abstracta, de um núcleo irreduzível com carácter absoluto”<sup>98</sup>, razão pela qual a definição da ofensa ao mínimo passaria pelo já citado controle de evidência, em que, à luz das circunstâncias do caso concreto, seriam analisadas a necessidade e a possibilidade de garantia do mínimo não realizado sem justificativa aceitável.

Quanto à razoabilidade, sustenta o autor que a prestação ausente ou insuficiente será delimitada tendo em conta as consequências da omissão em causa na esfera jurídica dos afetados. Há a proteção insuficiente, então, “quando a omissão estatal deixa os cidadãos afectados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social”<sup>99</sup>.

A inconstitucionalidade, por ofensa a direito fundamental, em razão da proibição do déficit, portanto, na visão de Novais, resulta da análise comparativa entre a omissão ou insuficiência e o possível efeito positivo em prol do titular da ação estatal que não aconteceu. Conclui, ainda, que essa atuação estatal deveria ser objetivamente comportável no quadro dos recursos e disponibilidades do Estado.

No modelo proposto, a subjetividade na delimitação e aplicação do conteúdo do princípio é inafastável. Não há fórmula matemática que possa definir previamente as situações pelas quais os indivíduos passarão e qual resposta deve dar o Estado para sua proteção. Isso se dá nas relações entre particulares e, mais ainda, nas relações entre as pessoas e o poder público.

Mesmo adotando a definição do autor, portanto, a subjetividade permanece bastante elevada, pois outros questionamentos surgem ou conduzem a novos questionamentos: como

---

<sup>98</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. p. 214.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 215.

avaliar o que é objetivamente comportável no quadro dos recursos e disponibilidades do Estado e quais os padrões de desproteção razoável num Estado social de direito? Cada leitor – assim como cada juiz – pode ter uma resposta diferente para uma determinada situação concreta, mesmo tomando como partida os critérios expostos por Novais – que, repita-se, ainda assim são mais objetivos que os demais.

Pode-se dizer que todos os princípios estruturantes do Estado guardam consigo certo (ou alto) grau de subjetividade. O problema que nos parece mais relevante quando o tema é o princípio da proibição da proteção insuficiente é que chega ao Judiciário a necessidade de tomar decisões que implicam ações, determinações para atuações positivas, e não contenções, anulações, impedimentos, proibições. Se o Estado agiu de maneira deficitária relativamente a uma pessoa, deve o juiz determinar a integração da situação concreta e a garantia do direito fundamental violado pela inação.

Essa preocupação já foi exposta por Luís Fernando Matricardi Rodrigues, quando diz que, diante da

“(…) inexistência de contornos nítidos do instrumento da proibição de insuficiência – bem como de um conceito preciso da omissão estatal que autorizaria seu uso concreto –, não é descabida a preocupação com possível postura proativa do tribunal sobre os demais poderes: alegando certo dever estatal de proteção implícito ao texto constitucional, poderia passar a controlar todo tipo de omissão – inclusive em áreas já reguladas, sob o argumento de sua insuficiência.”<sup>100</sup>

Em toda situação de omissão legislativa ou administrativa, por mais que se decida o caso com base em qualquer outro princípio, como o da dignidade da pessoa humana, estará presente o princípio da proibição do déficit, com sua carga subjetiva e com o problema da tensão entre os poderes. Se há inação estatal, há atuação deficitária e tem lugar no direito o princípio em foco, por mais que isso não seja expressamente dito.

A ideia de razoabilidade na aplicação da proibição da insuficiência foi adotada pelo Tribunal Constitucional sul-africano, especialmente nos casos *Grootboom* e *Treatment Action*

---

<sup>100</sup> RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?**. Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020.

*Campaign*<sup>101</sup>.

#### 4.1.5. Em resumo, a posição de Vitalino Canas

Em Portugal, pode-se dizer que as duas posições mais relevantes sobre o assunto hoje se assentam, com vieses distintos, nas ideias defendidas por Jorge Reis Novais e Vitalino Canas.

O primeiro teve suas ideias resumidas no tópico anterior, trazendo certa inovação ao cenário português, que inicialmente se ligou basicamente à ideia de Canaris, por meio de Canotilho<sup>102</sup> e Vieira de Andrade<sup>103</sup>, e hoje encontra, para além destes, as ideias de Jorge Miranda<sup>104</sup>, que trata do tema sob a ideia da desproporcionalidade negativa, e Jorge Pereira da Silva<sup>105</sup>, que argumenta sobre os deveres de proteção, trata sob a perspectiva do controle de mínimos, mas agrega a necessidade de avaliação de condicionamentos jurídicos e empíricos, inserindo no contexto as ideias de máxima efetividade e de eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Vitalino Canas apresenta posição divergente, desvinculando a proibição da insuficiência da ideia de mínimos, que, para autor, seria uma concepção imprópria de proibição do defeito, e apresentando uma versão dentro de um conceito de proporcionalidade moderna. A proibição do defeito, então, seria aplicável quando se avaliasse o controle do cumprimento de pelo menos um dever *prima facie* de ação do legislador que colidisse com outros deveres *prima facie* ou com a consecução de fins imediatos legítimos permitidos (ou não proibidos) pela Constituição<sup>106</sup>.

Canas distingue o estudo da proibição do defeito, entre outras classificações, em normas de controle e normas de ação, identificando a proibição do defeito não só como vetor de controle de constitucionalidade, mas também como instrumento que rege a atividade do

---

<sup>101</sup> Cf. DEMETERCO, Isabella. **A proibição da insuficiência na jurisprudência do STF**. Tese de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa. Orientador: Prof. Dr. Jorge Reis Novais, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/49968?mode=simple>. Acesso em 08 de maio de 2022.

<sup>102</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267.

<sup>103</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 144.

<sup>104</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207.

<sup>105</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 599 e ss,

<sup>106</sup> CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 991.

legislador. Para o autor, a proibição do defeito só pode ser parâmetro de controle se o legislador também estiver vinculado ao sentido normativo da proibição<sup>107</sup>.

No que concerne à identificação dos tipos de omissão, Vitalino Canas considera que uma omissão total viola o próprio conteúdo do direito, de modo que somente haverá proibição do defeito quando não se puder verificar um conteúdo mínimo absoluto. Nesses casos, seria possível falar apenas em proporcionalidade em sentido estrito, porque não haveria como analisar adequação ou eficiência exigível.

Na omissão parcial, a conduta realizada, mesmo que não seja completa, deverá ser adequada para superar a colisão entre dois deveres constitucionais ou o fim legítimo autorizado. A inadequação resulta em sua apreciação como omissão total.

Avaliando o que se pode exigir de eficiência, classifica o autor a proibição do defeito em paritária e não paritária. Na primeira, cabe ao intérprete verificar se existe medida alternativa que mais bem satisfaça o dever de ação, assim também aos deveres colidentes, ou que satisfaça de igual forma os deveres de ação e em maior medida que as atuais o cumprimento dos deveres colidentes<sup>108</sup>. Na proibição do defeito não paritária, haveria comparação a respeito da existência de medida alternativa que satisfaça mais o dever de ação, atingindo igualmente ou de maneira mais leve os fins colidentes.

Por fim, respectivamente à proporcionalidade em sentido estrito, contrapesa-se a importância dos efeitos jurídicos e materiais de satisfação de bens, interesses ou valores objetos dos deveres colidentes ou dos não cobertos por deveres com o comportamento do legislador. Como avaliado por Isabela Demeterco, a respeito de Canas:

Na proibição paritária, examina-se se a omissão parcial acarreta um desequilíbrio favorável a algum dos deveres; na não paritária, analisa-se se o peso dos argumentos é inferior ao peso da satisfação dos deveres constitucionais *prima facie*. É de se dizer, ainda, que o julgador dever-se-á pautar em regra por um exame de evidência e, excepcionalmente, de defensabilidade, a depender dos bens em jogo.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 997.

<sup>108</sup> CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1026.

<sup>109</sup> DEMETERCO, Isabella. **A proibição da insuficiência na jurisprudência do STF**. Tese de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa. Orientador: Prof. Dr. Jorge Reis Novais, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/49968?mode=simple>. Acesso em 08 de maio de 2022.

O autor, portanto, a despeito de entender que a proibição do defeito é apta ao controle da generalidade dos deveres estatais se minimamente determináveis, defende um modelo diferenciado a depender do tipo de colisão e da existência de uma omissão total ou parcial. A avaliação tem por objetivo apurar se o comportamento do legislador é justificado, ou seja, se a omissão macula as exigências da proibição do defeito, tendo em vista os caracteres mencionados.

## ***4.2. Alemanha, Portugal e Brasil: uma história pouco evolutiva da Untermassverbot na jurisprudência***

### ***4.2.1. Justificativa metodológica: por que tratar do princípio na Alemanha, em Portugal e no Brasil?***

Como já se viu, pode-se atribuir ao princípio da proibição da insuficiência origem alemã. A partir de Schuppert, Canaris e dos estudos sobre os deveres estatais de proteção, passando pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que primeiramente tratou sobre o tema em sua primeira decisão sobre o aborto, é na Alemanha que se encontra o terreno mais fértil das discussões envolvendo o tema abordado.

A despeito de se tratar de país desenvolvido, inclusive no que tange à força e à segurança das decisões do tribunal constitucional, a Alemanha enfrenta discussões relevantes a respeito da omissão dos deveres estatais, sendo especialmente conhecidas as decisões sobre o sequestro do industrial Schleyer, o licenciamento de instalações nucleares, o armazenamento de armas químicas, o problema do ruído de aeronaves e de tráfego, a taxa de alcoolemia na condução de automóvel, os limites de velocidade rodoviária, a redução de concentrações de ozônio, a central de transformação elétrica e as antenas para funcionamento de telefonia<sup>110</sup>.

A realidade periférica brasileira apresenta problemas de omissões estatais mais contundentes e marcantes. Entre o deficitário sistema de saúde pública e a superlotação carcerária<sup>111</sup>, são inúmeras e diárias as situações de ofensa a direitos fundamentais apreciadas por ausência ou deficiência de ação estatal.

---

<sup>110</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018. 358 p. P. 309-310.

<sup>111</sup> O Supremo Tribunal Federal, em 27/05/2015, declarou existir “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ação de controle concentrado de constitucionalidade, relatada pelo Min. Marco Aurélio Mello.

Essa realidade não é exclusiva do Brasil, é verdade, sendo vivenciada nos países periféricos com regime constitucional instituído, especialmente da América Latina, Ásia e África, mas tem no Brasil, um dos maiores países do mundo, com economia relevante no cenário internacional, um campo também muito fértil a ser explorado, seja pela realidade social apontada, seja pela distinção e proeminência do Poder Judiciário com as recentes e importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Essa distinção da Corte máxima brasileira é tão marcante que, num contexto de análise do ativismo judicial ali empregado, Carlos Blanco de Moraes alerta que, no Brasil, o STF exerce um “autêntico poder arbitral, moderador e até impulsionador de alterações normativas e, ainda, criador de factos políticos”, sustentando, ainda, que “nunca nenhum ordenamento ocidental roçou, como no Brasil, as fronteiras paradigmáticas do chamado ‘Estado Judicial’, antevisto por Carl Schmitt”<sup>112</sup>.

Ao lado desses aspectos sociojurídicos que confirmam a pertinência do estudo das jurisprudências alemã e brasileira acerca do princípio da proibição do déficit, justifica-se a correlação entre o marco histórico-prático de aplicação do princípio (Alemanha) e as realidades brasileira e portuguesa por se tratar de tese apresentada à Universidade de Lisboa, dirigida, portanto, primariamente, ao cenário jurídico de Portugal, e tem a autoria de um brasileiro, sendo o Brasil um país com marcantes problemas de omissões dos poderes públicos e atuações integrativas judiciais.

A relevância da investigação já foi alicerçada e a pesquisa jurisprudencial fornece o substrato necessário para compreensão do problema que gravita em torno do cerne da questão enfrentada, que é a necessidade definição do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência, para solidificá-lo como critério jurídico cientificamente válido para exercício do controle de constitucionalidade de omissões estatais.

A identificação da evolução (ou não) do princípio da proibição da insuficiência passa necessariamente pela avaliação da evolução jurisprudencial, revelando-se recorte suficiente e pertinente a esta análise a investigação a respeito das decisões judiciais dos tribunais máximos da Alemanha, de Portugal e do Brasil, com atenção especial ao conteúdo jurídico do princípio nessas cortes.

---

<sup>112</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 414.

#### 4.2.2. A “criação” na Alemanha e a evolução no Tribunal Constitucional Federal

Como se disse quando da avaliação da proposta de definição do conteúdo do princípio por meio do mero controle de mínimos, há dois marcos iniciais de utilização da proibição da insuficiência no TCF alemão, que são as duas sentenças sobre o aborto.

Na primeira, a análise da descriminalização levou em conta os deveres de proteção do Estado, não mencionou expressamente a *Untermassverbot*, mas já se considera que o princípio foi utilizado, por mais que de maneira implícita. Nessa decisão, o tribunal asseverou que o dever de proteção não só proibia intervenções no direito à vida como também ordenava que o Estado tomasse medidas positivas para protegê-la e incentivá-la<sup>113</sup>.

Na segunda decisão sobre o aborto, a menção ao princípio em estudo foi expressa. O TCF decidiu serem inconstitucionais dispositivos legais que qualificavam como não antijurídico o aborto não indicado caso ocorresse após aconselhamento por órgão criado para esse fim<sup>114</sup>.

Como já se disse, nessa decisão, o TCF considerou que “o Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva”<sup>115</sup>. Nesse julgado, o TCF expressa que, para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

Avaliando essa segunda decisão sobre o aborto do TCF e a correspondência doutrinária feita pelo Tribunal, Jorge Reis Novais faz importante registro:

Quando o fez, o Tribunal Constitucional remeteu expressamente o aprofundamento do conceito para Isensee, o que poderia gerar alguns equívocos sobre a respectiva paternidade (para esta decisão, cf., em tradução portuguesa, L. Martins, *Tribunal Constitucional Federal Alemão*, cit., pag. 185). Na realidade, tinha sido Schuppert o responsável pela designação e, depois, sobretudo o civilista Canaris quem desenvolvera uma construção de *Untermassverbot* enquanto critério constitucional autônomo de controlo no domínio da função dos direitos fundamentais como comandos de proteção, incluindo Jarass, Götz e Isensee, apesar da contestação de que foi objecto também por muitos outros atores (por exemplo, Starckm Hain, Dietlein,

<sup>113</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 269.

<sup>114</sup> BverfGE, 39, 1, 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*).

<sup>115</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 276.

Stern).<sup>116</sup>

A verdade é que a confusão vai além da mera remissão ao “pai” do princípio na doutrina. Como se viu, apesar de o tribunal referir-se à doutrina alemã que aplica o princípio da proibição do déficit utilizando por critério o controle de mínimos ou de evidência, no sentido de que seria inconstitucional a ausência de proteção que evidentemente desse causa à ofensa ao direito fundamental em jogo, a argumentação levada a efeito pelos julgadores caminha em sentido aparentemente diverso. Na verdade, no julgamento, o tribunal exige atuação estatal superior ao exigido pela doutrina do controle de mínimos. Isso fica claro quando se verifica que o tribunal articula que os deveres de proteção determinam dos poderes constituídos a garantia adequada e efetiva do bem jurídico protegido. Essa ideia de que a garantia deve ser efetiva, a nosso ver, vai além da mera obrigação de mínimo.

O controle de evidência, a fim de manter a separação dos poderes e respeitar a margem de conformação política do legislador e do administrador, determina que somente será inconstitucional a omissão que for claramente causadora da ofensa ao direito fundamental tutelado. Como já se disse, para que a omissão seja inconstitucional, ou não se fez nada ou tudo que se fez era inadequado (inapto à proteção) ou as medidas eram evidentemente insuficientes.

A determinação de que a suficiência da prestação estatal deve ser adequada e efetiva não se coaduna com a garantia do mínimo de atuação protetiva. Para que seja efetiva, avaliar-se-ia mais que o mínimo. Exigir-se-ia do Estado a tutela pelos meios que lhe fossem possíveis na medida necessária para que efetivamente fosse garantido o direito em questão.

O ponto aqui é definir, uma vez mais, até quanto se pode exigir dos poderes constituídos para promover essa efetiva proteção ou, mais relevante ainda, o que se configura como uma efetiva proteção.

O TCF, apesar de genitor do princípio na jurisprudência moderna, também não fornece essas respostas. Pelo contrário, aliás, mantém o problema da falta de definição do conteúdo jurídico do princípio em patamares mais elevados, pois se apoia na doutrina do controle de evidência, não a adota efetivamente na prática e assim potencializa o casuísmo

---

<sup>116</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 262-263, nota 150.

decisório e a falta de metodologia para identificação das inconstitucionalidades em casos de deficiência de atuação estatal.

Alguns julgados paradigmáticos confirmam a oscilação do TCF na avaliação dos deveres do Estado, que varia entre um controle intensivo, um controle de defensabilidade e um controle de mínimos. Para demonstrar isso, registrando que, a depender do dramatismo da situação, o tribunal “oscila num amplo espectro que vai desde a total deferência para com a margem de decisão dos poderes públicos até a interferência radical nas avaliações do legislador”<sup>117</sup>, Jorge Reis Novais compara as decisões do aborto (1975), do caso Schleyer (1977) e do abate de avião (2006):

a) no caso do aborto, estando em jogo a vida humana intra-uterina, o tribunal atribuiu relevância praticamente integral ao dever de proteção, exigindo do legislador a tutela penal para garantir proteção adequada e efetiva do bem jurídico em questão, considerando, assim, inconstitucional a lei que admitia a interrupção voluntária da gravidez em certos casos;

b) em 5 de setembro de 1977, Schleyer foi sequestrado por um comando do grupo extremista Baader-Meinhof. Na violenta ação armada de sua captura numa rua de Colônia, três guarda-costas e seu motorista foram assassinados pelos sequestradores. O grupo exigia, em troca da devolução do industrial com vida, que o governo libertasse os fundadores da organização. Apreciando esta situação, a decisão do TCF já foi diferente, por mais que os termos utilizados na argumentação tenham sido semelhantes. Neste caso, o tribunal relegou todo o poder ao Estado, prestigiando a margem de conformação política democrática, parecendo ter adotado aqui efetivamente a tese do controle de mínimos. No caso, o industrial terminou sendo assassinado;

c) no que se refere à lei que permitia o abate de avião comercial quando a aeronave estivesse sendo usada como arma terrorista em iminente risco de ser jogada contra vítimas no solo, por mais que houvesse reféns inocentes no avião, o tribunal, dessa vez, afastou praticamente qualquer margem de conformação política legislativa, decidindo que o abate seria inconstitucional, desvalorizando o antagonístico dever estatal de proteção das vítimas no solo.

Os “altos e baixos” da jurisprudência alemã ficam mais evidentes ainda quando se

---

<sup>117</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 262-263, nota 151.

verifica que o tribunal, analisando a mesma questão do aborto, dessa vez em 1993, passou a um controle de defensabilidade, utilizando como parâmetro para invalidação das decisões do legislador a possibilidade de justificação racional das suas avaliações, prognósticos e medidas. Registrou-se que o Estado deveria recorrer a medidas suficientes, normativas e fáticas, preventivas e repressivas, para assegurar proteção adequada e efetiva à vida antes do nascimento. Já não se observa, portanto, uma decisão pautada na avaliação de evidência, ou seja, no sentido de que somente seriam inválidas as ações/omissões se as medidas fossem totalmente inadequadas ou inidôneas<sup>118</sup>.

A análise da jurisprudência mais recente do TCF não traz conclusões distintas dessas já aferidas com base nos julgados da década de 70 e até o de 2006 da lei de abate de aviões. Em verdade, a despeito de os deveres estatais de proteção representarem argumento fortemente utilizado pelo tribunal em suas decisões, o princípio da proibição da insuficiência não tem evolução marcante nos julgados da corte.

Não se trata de princípio que teve evolução conteudística, tampouco que tenha passado por enfrentamentos profundos pelos julgadores e nem mesmo que tenha suportado evolução dogmática ao longo dos últimos anos pela aplicação a casos julgados. A indefinição continua a mesma da década de 70.

No TCF, em decisões proferidas de 1998 a 2022<sup>119</sup>, somente há 15 (quinze) menções expressas ao termo “*Untermassverbot*”, sendo 4 (quatro) em decisões proferidas em 2021 e a última anterior em 2011, na apreciação da lei de proteção contra ruídos de aeronaves<sup>120</sup>. Neste caso, assim como nos demais, o Tribunal sempre deixou claro que a liberdade de conformação (o *Korridor* já mencionado) somente permite intervenção do Poder Judiciário se o legislador violar evidentemente o dever de proteger.

Confira-se trecho do julgado nesse sentido:

O Tribunal Constitucional Federal pode, portanto, apenas rever a decisão sobre quais medidas são necessárias em uma extensão limitada. Só pode intervir aqui se o legislador violar evidentemente o dever de proteger. (...) Além disso, o legislador deve observar a proibição de subdimensionar. As disposições do legislativo devem ser adequadas para uma proteção efetiva,

<sup>118</sup> BVerfGE 88, p; 203 e segs.

<sup>119</sup> Pesquisa realizada em 24/03/2022, utilizando a expressão “*Untermassverbot*” no campo de pesquisa jurisprudencial, no *site* do Tribunal Constitucional Alemão (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>), que reúne os julgados da Corte a partir de 1998.

<sup>120</sup> BVerfG, decisão da 1ª Câmara de 04 de maio de 2011 - 1 BvR 1502/08 -, marg. (1-61).

levando em consideração interesses legais conflitantes, e também devem ser baseadas em investigações factuais cuidadosas e avaliações razoáveis. A constituição especifica a proteção como um objetivo, mas não sua forma individual. O Tribunal Constitucional Federal verifica se o legislador administrou razoavelmente sua discricção (ver BVerfGE 88, 203 <254, 262 f.>; BVerfG, decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 29 de julho de 2009 - 1 BvR 1606/08 -, NVwZ 2009, página 1494 <1495>; Decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 15 de outubro de 2009 - 1 BvR 3522/08 -, juris, marg. 27). A obrigação de proteger de acordo com o direito constitucional não exige a adoção de todas as medidas de proteção possíveis. Em vez disso, sua violação só pode ser verificada se as autoridades públicas não tomarem nenhuma medida de precaução ou se as medidas tomadas forem completamente inadequadas ou completamente inadequadas para atingir a meta de proteção exigida ou ficar significativamente para trás. (tradução livre)

É interessante anotar que, quando a pesquisa é feita pelo termo “*Schutzpflicht*”, há 274 (duzentos e vinte e três) resultados, o que demonstra que os *deveres de proteção* do Estado são bastante referidos pelo TCF, mas não há correlação com a utilização sistemática do princípio da proibição da insuficiência de modo expreso.

É claro que isso pode decorrer de diversos fatores, a começar pela autonomia entre os institutos e até mesmo pela possível ausência de casos em que se questionem omissões inconstitucionais, mas os dados são relevantes ao menos para apontar a ausência de enfrentamento direto do princípio em estudo até mesmo no Tribunal Constitucional que pela primeira vez o utilizou.

A teoria dos direitos fundamentais hodierna ultrapassa a proposta do controle de evidência. A evolução das democracias, da política, do acesso à justiça, das relações sociais e dos conflitos de direitos fundamentais (cada vez mais complexos) fez com que a garantia do mínimo se tornasse questionável na maioria das situações que representam problemas importantes do direito.

Se a proteção e promoção materiais do Estado devem ser efetivas e a proibição de insuficiência serve justamente a essa concretização prestacional, que exige mais que a mera abstenção estatal (não intervenção ou absoluta não promoção, inação) ou atuação protetiva mínima, o controle de evidência não auxilia a resolução dos verdadeiros problemas que são atualmente postos em causa.

Pior ainda: a jurisprudência do TCF, apesar de representar o berço do princípio da

proibição da insuficiência, não lhe rendeu tantos frutos quanto se poderia esperar. A utilização do critério mais simples, sem metodologia e, muitas vezes, como mero argumento retórico para tomada da decisão que se considera justa em dado momento histórico-social confirma o caráter rarefeito do princípio em estudo, com pouca ou nenhuma evolução na corte máxima alemã.

Por fim, vale registrar que o TCF segue com tímida evolução também quando do enfrentamento dos direitos sociais sob a ótica do princípio da proibição do defeito. Ao analisar as omissões de cumprimento de vertentes positivas e de interferências negativas de direitos sociais, avaliando a jurisprudência do tribunal constitucional alemão, Vitalino Canas aponta que, apesar de o grau de evolução dogmática não permitir conclusões definitivas, é possível considerar que há tendências de não aplicação da proibição do defeito quando está em jogo a definição ou materialização da vertente positiva do direito social; e que os testes de mínimos conduzem conferem ampla liberdade de conformação ao legislador<sup>121</sup>.

O TCF, portanto, segue se embasando retoricamente na tradicional doutrina alemã de controle de mínimos, que sobreleva a ideia de autocontenção judicial, mas, em verdade, segue decidindo conforme o caso concreto que lhe é submetido, ora se atendo efetivamente à doutrina que anuncia, ora percorrendo caminho (sem metodologia decisória explicitada) que vai muito além do controle de evidência.

#### ***4.2.3. A proibição da insuficiência no Tribunal Constitucional português***

##### ***4.2.3.1. A absorção da doutrina germânica do controle de mínimos***

O Tribunal Constitucional português absorve a doutrina e jurisprudência germânicas no que se refere aos deveres prestacionais do Estado, mais precisamente quando da aplicação da proibição da insuficiência. Atribui-se à jurisprudência portuguesa, aliás, até maior aplicação da autocontenção que no seu próprio nascedouro, na Alemanha.

É curioso que, assim como ocorreu na Alemanha, também em Portugal o princípio da proibição do déficit, alinhavado direta ou indiretamente ao soergimento dos deveres estatais à condição de critério jurídico de observância de inconstitucionalidade por omissão, deu-se

---

<sup>121</sup> CANAS, V. Proibição do Excesso, **Proibição do Defeito e Garantia do Conteúdo Mínimo nas Colisões de Direitos Sociais**. Direito Público, [S. 1.], v. 19, n. 101, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6420>. Acesso em: 5 maio. 2022.

em julgamentos a respeito do aborto. Assim ocorreu nos seguintes acórdãos: Acórdão 25/84, Acórdão 85/85, Acórdão 288/98, Acórdão 617/2006, Acórdão 75/2010.

Nessas decisões, constam os primeiros passos para confirmação das previsões constitucionais dos deveres de prestação estatal. Assim é que no primeiro julgamento referente ao aborto registrou-se que haveria uma vertente ou dimensão positiva da proteção constitucional, que se traduziria na obrigação para que o Estado adotasse procedimentos e medidas que salvaguardassem a possibilidade de cada homem viver a sua vida. Consta, ainda, que essa tutela deve ser assegurada não em relação ao Estado, mas também em relação a terceiros<sup>122</sup>.

No acórdão proferido em 1985, reconhece-se a vinculação do legislador à adoção de medidas de proteção, mas afirma-se que não se pode escolher a forma de tutelar o direito, pela margem de escolha política, razão pela qual não se poderia afirmar de pronto que a ausência de tutela penal resultaria em inconstitucionalidade. Desenvolvendo essa linha, nos casos julgados em 1998 e 2006, já houve vozes minoritárias asseverando que a ausência de proteção penal determinava proteção insuficiente do Estado, violando o princípio da proibição do déficit<sup>123</sup>.

O caso mais importante de apreciação do princípio da proibição da insuficiência deu-se no Acórdão nº 75/2010, em que se decidiu que o sistema de aconselhamento da mulher grávida, instituído pelo legislador, não violava o dever de proteção. O tribunal entendeu que a solução encontrada pelo legislador estava dentro do seu “espaço de livre conformação”, limitado inferiormente pela proibição da insuficiência e superiormente pelo princípio da proibição do excesso.

Trata-se de clara adoção da teoria do controle de mínimos, tanto que se consignou no acórdão que a questão não residia “em saber se não existem outros meios ‘que melhor protejam o valor da vida’. Está apenas em saber se o meio concretamente escolhido satisfaz ou não o mínimo de proteção”.

Depois do Acórdão nº 75/2010, há mais alguns julgados em que o princípio foi invocado, mas sem aprofundamento, como mero argumento retórico, como aponta Jorge Reis

---

<sup>122</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 698.

<sup>123</sup> SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 698.

Novais<sup>124</sup> quando se refere aos Acórdãos nº 187/2010, 270/2010, 400/2011 e 416/2011.

#### 4.2.3.2. *Análise quantitativa*

A análise quantitativa da aplicação do princípio da proibição da insuficiência no Tribunal Constitucional português foi realizada no *site* <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Foram utilizadas as seguintes palavras-chave no campo de pesquisa: “*Untermassverbot*”, “proibição da insuficiência” ou “proibição de insuficiência”, “proibição da protecção insuficiente” ou “proibição de protecção insuficiente”, “proibição do défice” ou “proibição de défice”.

A partir dos dados coletados, desconsideradas repetições de decisões, em 12 (doze) acórdãos o Tribunal se manifestou sobre o assunto<sup>125</sup>. Certas decisões, como as já mencionadas referentes ao aborto, certamente não foram encontradas por conta dos critérios de pesquisa ou mesmo da disponibilidade de pesquisa virtual. A soma da pesquisa doutrinária com essa ora exposta, de todo modo, fornece dados relevantes e confiáveis para que seja possível traçar a forma como o tribunal vem enfrentando o princípio em estudo.

Nesta pesquisa, a primeira decisão do Tribunal Constitucional português em que se mencionou expressamente o princípio da proibição da insuficiência foi proferida em 2006. Entre 2009 a 2011, outras 7 (sete) decisões foram prolatadas. Somente em 2019 uma nova decisão envolvendo o princípio foi discutida pelo Tribunal. Em 2021 e 2022, o assunto foi abordado em 3 acórdãos.

Conforme argumentos de pesquisa apontados, a primeira vez que a proibição da insuficiência foi mencionada em decisão do Tribunal Constitucional de Portugal ocorreu em 15/01/2006, na declaração de voto de Paulo Mota Pinto (Acórdão 617/06, Processo 924/06,

---

<sup>124</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 320.

<sup>125</sup> Nos seguintes acórdãos foi localizada a expressão “*Untermassverbot*”: Acórdão 269/10 (Processo 985/09, 3ª Secção, Recurso, 29.06.2010, Cons. Vítor Gomes), Acórdão 75/10 (Processo 733/07, Plen. Sucessivo, 23.02.2010, Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro); a menção ao princípio da proibição da protecção insuficiente foi encontrada nos seguintes julgados: Acórdão 617/06 (Processo 924/06, Plen., Referendo, 15.11.2006, Cons. Fernanda Palma), Acórdão 357/09 (Processo 969/08, 2ª Secção, Recurso, 08.07.2009, Cons. Benjamim Rodrigues), Acórdão 166/10 (Processo 1206/07, 3ª Secção, Recurso, 28.04.2010, Cons. Maria Lúcia Amaral), Acórdão 270/10 (Processo 830/09, 3ª Secção, Recurso, 29.06.2010, Cons. Ana Guerra Martins), Acórdão 151/22 (Processo 216/20, 3ª Secção Recurso, 17.02.2022, Cons. Joana Fernandes Costa), Acórdão 313/21 (Processo 569/19, 3ª Secção Recurso, 13.05.2021, Cons. Lino Rodrigues Ribeiro), Acórdão 123/21 (Processo 173/21, Plen. Preventivo, 15.03.2021, Cons. Pedro Machete), Acórdão 394/19 (Processo 471/17, Plen. Recurso, 03.07.2019, Cons. João Pedro Caupers), Acórdão 401/11 (Processo 497/10, Plen. Recurso, 22.09.2011, Cons. João Cura Mariano), Acórdão 493/09 (Processo 783/08, Plen. Recurso, 29.09.2009, Cons. João Cura Mariano).

Plenário, Referendo, Relatora Conselheira Maria Fernanda Palma). No caso, o Presidente da República requereu ao Tribunal a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas.

O Tribunal compreendeu que o referendo proposto obedecia à constitucionalidade e a legalidade. No voto vencido de Paulo Mota Pinto, aponta-se que a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, independentemente dos motivos invocados pela mulher, violaria o princípio da proibição da insuficiência no que tange à proteção da vida pré-natal. Com base em suposta harmonização prática dos interesses em conflito – liberdade da mulher e proteção da vida intrauterina – busca-se chegar a uma “solução dos prazos”, ainda que seja com total indiferença aos motivos para se realizar a interrupção.

Referida conclusão não se extrai da Constituição, pois a garantia da inviolabilidade da vida humana, inclusive da vida intrauterina, somente cede espaço perante outros direitos igualmente constitucionais “se se verificar em concreto a presença de um motivo constitucionalmente relevante para a realização da interrupção voluntária da gravidez”. Nas palavras de Paulo Mota Pinto:

Consideraria, assim, a resposta afirmativa à pergunta – na medida em que conduz à despenalização da interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher, e, portanto, com irrelevância dos motivos invocados para pôr termo à gravidez – como inconstitucional, por violar o princípio da “proibição da insuficiência”, quanto à protecção da vida pré-natal (o “*Untermabverbot*” – v., entre nós, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2003, p. 273), isto é, o “défice” de tutela de um bem cuja protecção é constitucionalmente assegurada (sem que esta garantia seja afastada pela proposta compatibilização com outros interesses constitucionalmente protegidos). Isto, uma vez que, por outro lado, não se divisam outros meios a que o legislador possa recorrer para proteger esse bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica, e que a protecção penal é, apesar de tudo, a única que se pode revestir de alguma eficácia jurídica (e notando igualmente que a questão submetida a apreciação não contende directamente com a da punibilidade do aborto clandestino, não sendo sequer líquido que uma resposta positiva viesse a contribuir para a diminuição deste, ou, muito menos, para a diminuição geral do número de abortos).

Após a primeira menção em um dos votos, o princípio foi utilizado em 4 (quatro) acórdãos do ano de 2010, em diversos temas. Dentre as decisões analisadas, destaca-se o

Acórdão 166/10, julgado em 28/04/2010 (Processo 1206/07, 3ª Secção, Recurso, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral), em que o Tribunal Constitucional português revogou a decisão recorrida, com base no imperativo constitucional de proibição do déficit ou da insuficiência.

A questão consistia em saber se a dispensa da audição prévia dos credores reclamantes com garantia real era de fato necessária para a realização do interesse público na execução fiscal. Para o Tribunal, ao estabelecer referida dispensa, o legislador que conformou as normas “não conferiu, às posições jurídicas tuteladas, a protecção eficiente que poderia ter conferido; e fê-lo por razões de interesse público que, uma vez ponderadas, se mostram, na sua relação com os outros bens e valores constitucionalmente tutelados, claramente sobreavaliadas”.

No Acórdão 166/10, o Tribunal compreendeu que, se a dispensa da audição prévia dos credores não é efetiva para a realização do interesse público na execução fiscal, não há razões para que subsista:

Com efeito, e como o Tribunal tem sempre dito (vejam-se a este propósito os Acórdãos nºs 205/2000 e 491/2002), o princípio da proporcionalidade ou da *proibição do excesso*, enquanto princípio vinculativo das acções de todos os poderes públicos, decorre antes do mais das próprias exigências do Estado de direito a que se refere o artigo 2.º da Constituição, por ser consequência dos valores de segurança nele inscritos. Como se sabe, o que através dele se pretende é evitar cargas coactivas excessivas ou ingerências desmedidas na esfera jurídica dos particulares (assim mesmo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., pp. 273).

(...)

No entanto, tal como do princípio do Estado de direito decorre o imperativo constitucional de *proibição do excesso*, também do mesmo princípio decorre a *proibição da insuficiência* ou do *deficit*: é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adopte medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um *dever de legislar* em ordem a essa protecção ou realização. (Canotilho, *op. et loc. citis*)

Como vimos, a conformação dos processos de execução comum e fiscal corresponde ao cumprimento de um dever de legislar, que merecerá assim censura constitucional se vier a ser cumprido ou de forma *excessiva* ou de modo *insuficiente* ou *deficitário*.

No Acórdão nº 225/2018, apreciado também por Jorge Reis Novais como a “prova da persistência de indefinição e de inconsistência na concepção do controle de

constitucionalidade em domínio de deveres de protecção”<sup>126</sup>, o Tribunal Constitucional não se referiu expressamente à proibição do défice, ao apreciar a questão da gestação de substituição e procriação clinicamente auxiliada, mas no fim das contas a (não) aplicação do princípio permeia o julgado e também serve de substrato para a presente análise.

O que se avaliou efetivamente neste caso é se o legislador, na regulação do processo de gestação por substituição, conferiu protecção constitucionalmente adequada aos bens jusfundamentais em jogo. O objeto de análise era a escolha legislativa de regulação do contrato celebrado entre a gestante e os beneficiários, ocasião em que houve prevalência da autonomia da vontade dos contratantes.

O tribunal, ao apreciar tal norma, inicialmente adota o controle de mínimos e considera constitucional a gestação de substituição, mas, quanto ao momento até quando a gestante poderia se arrepender e revogar o consentimento, a corte vai além e “envereda verdadeiramente por uma *disputa* com o legislador sobre qual a solução mais adequada”<sup>127</sup>. Enquanto a lei definia que a revogação poderia ocorrer até o momento do início da terapêutica de procriação auxiliada clinicamente, o tribunal constitucional define que a revogação poderia ocorrer até o momento da entrega da criança nascida aos beneficiários.

Mais recentemente, no Acórdão 123/21 (Processo 173/21, Plenário, Preventivo, 15.03.2021, Conselheiro Pedro Machete), o tribunal se manifestou sobre a inconstitucionalidade de decreto que regulava as condições em que a antecipação da morte medicamente assistida não seria punível. Especificamente sobre a proibição da protecção insuficiente, em que pese competir ao legislador a liberdade de conformação, assentou o tribunal que esta deve ser exercida no interior de uma “espécie de moldura cujo limite máximo é dado pela *proibição do excesso de protecção* - medido pelo nível de afetação a que o instrumento de protecção escolhido sujeita certo (outro) direito fundamental - e cujo limite mínimo corresponderá à *proibição da protecção deficitária ou insuficiente*”.

A última decisão que utilizou a proibição à protecção insuficiente como fundamento é de 17/02/2022, no Acórdão 151/22 (Processo 216/20, 3ª Secção, Recurso, Cons. Joana Fernandes Costa), em que o Tribunal se manifestou sobre o direito à justa reparação por

---

<sup>126</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018, p. 320.

<sup>127</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018, p. 322.

acidentes de trabalho. No sistema português, há transferência da responsabilidade pela reparação dos danos por acidente de trabalho para uma entidade seguradora. Há que se preservar, no entanto, um equilíbrio entre os benefícios e o financiamento, de modo a não inviabilizar a competitividade das empresas. Em relação à justa reparação no caso de acidente laboral, destaca-se que se trata de direito fundamental, ou seja, apesar de se exigir um equilíbrio entre os benefícios e o próprio financiamento, o fato de se tratar de direito fundamental enseja um dever de ação legislativa do Estado para balizar referida relação.

Nesse ponto, o problema estava em saber se, ao prever uma prestação suplementar em tal situação, cujo limite máximo estaria aquém da retribuição mínima mensal garantida, o legislador violou ou não a proibição da proteção deficitária. O Tribunal decidiu que permitir que o limite máximo da prestação suplementar seja inferior ao mínimo mensal garantido viola a Constituição. Para o Tribunal:

Não se ignora que a função dos direitos fundamentais enquanto a direitos a prestações normativas, associada ao princípio da proibição da insuficiência, não impõe ao legislador a colocação do direito infraconstitucional no *ponto ótimo* ou *grau ideal* de efetivação do conteúdo do direito económico ou social de que se trate; apenas o impede de conceder um nível de satisfação que, tudo visto e ponderado, nomeadamente a liberdade de conformação do legislador, se revele *deficitário* ou *insuficiente*. No mínimo, tal exigência pressupõe uma proteção que não seja apenas aparente ou ilusória, mas antes efetiva e eficaz. É aqui que reside a medida do *controlo jurisdicional*: tal controlo destina-se a verificar se certa norma assegura ao direito fundamental em causa, não uma *proteção plenamente eficiente*, mas uma *proteção suficientemente eficiente* tendo em conta o conteúdo que a Constituição lhe assinala.

A proteção plenamente eficiente consistiria na ausência de qualquer limite máximo à prestação suplementar, de forma a possibilitar o ressarcimento da integralidade da despesa que o sinistrado suportaria com a contratação de terceira pessoa, em razão do acidente ocasionado a outro trabalhador.

Por outro lado, “a *proteção suficientemente eficiente* pressupõe que aquele limite máximo, a existir, seja fixado levando em conta não menos do que o valor da retribuição mínima mensal garantida praticada no mercado de trabalho”. Assim, na última decisão sobre o tema, o Tribunal destaca que, para além de se tratar de proteção suficiente ou não, deve-se analisar a conformação sob o aspecto de ser uma proteção suficientemente eficiente.

Registra-se, por fim, que a pesquisa aponta muitos outros casos de utilização expressa ou implícita dos deveres estatais de proteção pelo Tribunal Constitucional de Portugal. Com amparo no que desenvolve Jorge Pereira da Silva, é possível apontar os Acórdãos nº 574/98, 683/99, 254/2002, 199/2005, 423/2008, 569/2008, 101/2009, 357/2009, 166/2010, 181/2010, 269/2010 e 397/2012. Em todos eles, apesar de não haver desenvolvimento do princípio da proibição do déficit, vê-se que as avaliações judiciais levaram em consideração os deveres estatais de proteção, estando, portanto, umbilicalmente interligadas à verificação da inconstitucionalidade por ausência ou deficiência prestacional em cada caso.

#### ***4.2.3.3. Análise qualitativa: a retórica do controle de mínimos e a falta de metodologia e aprofundamento do Tribunal Constitucional português***

Parece que o Tribunal Constitucional português segue a mesma linha alemã, até mesmo na ausência de aprofundamento a respeito da aplicação do princípio da proibição da insuficiência em tema de omissões dos deveres estatais de proteção.

Do mesmo modo que vem acontecendo na Alemanha, adota-se a postura de retoricamente adotar o controle de mínimos, demonstrando uma postura de *pseudo-autocontenção*, para deflagrar vozes de deferência às escolhas políticas, em respeito ao primado da democracia. Mas, na verdade, sempre que o tribunal entende que é preciso se arvorar sobre determinados temas acaba por substituir sua escolha em prejuízo da margem de avaliação e escolha legislativa ou administrativa. Para isso segue sem se justificar, sem abandonar a confortável tese do controle de mínimos como argumento retórico, sem justificar a possibilidade de se arvorar na ponderação realizada pelo poder político, sem seguir qualquer metodologia de aferição da inconstitucionalidade por ofensa aos deveres de proteção.

Segue-se repetindo o problema: decisionismo, casuísmo judicial, propensão ao dissenso. Segue-se sem a densificação aqui reputada necessária do princípio da proibição do déficit. As decisões judiciais terminam por ser apenas ponderações a respeito dos direitos envolvidos e das escolhas políticas estatais. Como já se disse, a ponderação é caminho inafastável, mas isoladamente, nessa seara dos deveres estatais de proteção, coloca o judiciário na mesma posição que os escolhidos democraticamente, sem que haja demonstração racional e devidamente justificada das razões jurídicas que levaram o poder

contramajoritário a imperar no caso.

Veja que, num mesmo julgamento, o tribunal ora adota postura de autocontenção e deferência ao legislador, ora abandona a margem de escolha política do legislador e define qual seria a ponderação mais adequada constitucionalmente em prol dos bens jusfundamentais em questão. O tribunal, portanto, define basicamente que sua ponderação é melhor que a do legislador. Em Portugal, portanto, o princípio segue sem desenvolvimento e com pouca ou nenhuma aplicação aprofundada.

#### ***4.2.4. A outra face do princípio da proibição da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal brasileiro***<sup>128</sup>

Antes de apresentar a pesquisa da evolução da jurisprudência do STF a respeito da avaliação de inconstitucionalidades por omissão com base no princípio da proibição da insuficiência, alguns apontamentos a respeito da constituição brasileira são pertinentes, para melhor alocação das ideias a serem expostas.

Entre o constitucionalismo clássico e o contemporâneo<sup>129</sup>, passando pelo que Canotilho chamou de constitucionalismo dirigente<sup>130</sup>, há confluência na evolução à proeminência dos direitos fundamentais como fim maior a ser buscado por meio de determinações constitucionais programáticas.

A constituição brasileira revela um intuito de planejamento do Estado. Prolixa, a

---

<sup>128</sup> Este tópico representa a atualização e o desenvolvimento de pesquisa iniciada e apresentada por este autor no relatório apresentado à disciplina de Direito Constitucional, ministrada pelo Prof. Dr. Jorge Reis Novais, no calendário 2019/20, no curso de mestrado científico da Universidade de Lisboa, em trabalho intitulado: “O conteúdo do princípio da proibição da insuficiência: da indefinição no Supremo Tribunal Federal brasileiro a uma proposta de densificação normativa”.

<sup>129</sup> No Brasil, tem-se dado extrema relevância ao chamado “neoconstitucionalismo”, conceito importado das doutrinas italiana e espanhola, expressão que se evitará utilizar no presente trabalho tendo em vista as fortes dissonâncias doutrinárias que pairam sobre o tema e sobre a equivocidade do emprego especialmente no Brasil, o que poderia conduzir o trabalho para espaços áridos destoantes do objeto que se investiga. Sobre o neoconstitucionalismo, entre outros, cf. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 51-91. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 Fev. 2020 e cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. Como crítica ao uso da expressão, entre outros, cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>130</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, 1982. 539 p.

constituição de 1988 contém muitas normas de conteúdo aberto dirigidas ao legislador e ao gestor público, visando à realização de prestações sociais, criando deveres estatais de proteção para muito além do que se via na realidade existente e talvez até do que é possível na realidade atual.

Mais que uma constituição cidadã<sup>131</sup>, tem-se uma constituição sonhadora, com planos, programas e institutos que funcionam como vetores a apontar para qual caminho o Estado deve seguir. O texto constitucional, além de representar uma fissura com o regime autoritário anterior, dá grande relevo às liberdades e aos direitos das pessoas.

No texto constitucional, por exemplo, diz-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>132</sup>; que a educação é direito de todos e dever do Estado<sup>133</sup>.

Possível ou não o atingimento das “metas” estipuladas pelo constituinte, deve-se conferir força normativa à constituição<sup>134</sup>. A não concretização das normas no plano fático e o possível enfraquecimento da força das normas constitucionais, bem enfrentados por Karl Loewenstein<sup>135</sup>, em sua classificação ontológica das constituições, e, de maneira mais crítica, por Marcelo Neves<sup>136</sup>, quando do estudo da chamada “constitucionalização simbólica”, são problemas a respeito dos quais este estudo não se ocupará, apesar de relevantes. É que, aqui, apesar de esses questionamentos afetos ao constitucionalismo margearem toda a discussão, a busca é pela avaliação do descompasso entre o “sonho constitucional” e a realidade verificada à luz das decisões do STF com base no princípio em estudo. A verificação, portanto, neste quadrante, é pragmática e serve como substrato para a proposta que segue no último capítulo deste trabalho.

Posto esse problema e considerada a realidade do Brasil, parte-se da ideia de que uma

---

<sup>131</sup> Atribui-se a expressão a discurso de Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte da atual constituição brasileira.

<sup>132</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

<sup>133</sup> Ibidem: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

<sup>134</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>135</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. (Trad. Alfredo Gallego Anabitarte) 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

<sup>136</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

consequência previsível – e talvez inafastável – do modelo constitucional brasileiro é a incapacidade estatal de corresponder a todas as promessas constitucionais<sup>137</sup>.

E, nesse contexto de integração judicial de omissões, observar-se-á a dificuldade de aplicação (silenciosa ou expressa) do princípio da proibição da insuficiência em face da falta de precisão e uniformidade na definição de seu conteúdo jurídico. Já é pertinente adiantar, aliás, que o princípio tem utilização muito mais forte, do ponto de vista quantitativo, no Brasil, que nos outros países analisados, o que não significa, entretanto, que tenha havido maior evolução quanto à definição do seu conteúdo.

Com a finalidade de investigar o modo como vem o STF aplicando expressamente o princípio da proibição do déficit ao longo da sua história jurisprudencial, realizou-se levantamento quantitativo e qualitativo de sua jurisprudência. A pesquisa a respeito do modo como o STF aplica a *Untermassverbot* é exaustiva, abarcando todos os julgados em que já houve menção ao princípio, conforme parâmetros de pesquisa jurisprudencial realizados no *site* do tribunal.

A pesquisa foi realizada no *site* [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) entre 21/04/2020 e 05/04/2022. As palavras-chave utilizadas no campo para pesquisa de jurisprudência foram: “*Untermassverbot*”, “proibição da insuficiência” ou “proibição de insuficiência”, “proibição da proteção insuficiente” ou “proibição de proteção insuficiente”, “proibição do déficit” ou “proibição de déficit”, “proibição da deficiência” ou “proibição de deficiência”, “dupla face da proporcionalidade” e “dupla face do princípio da proporcionalidade”.

Foram excluídos os resultados em que houve menção às expressões citadas no relatório, mas não nos fundamentos do voto, pois indicavam apenas o relato de argumentação de alguma parte nesse sentido, sem dar ensejo à efetiva utilização do princípio pelo julgador. Foram considerados na pesquisa os casos em que o princípio não foi aplicado, apesar de mencionado. Isso é relevante para que se possa entender até que ponto o princípio tem caráter retórico ou efetivamente funciona como razão de decidir da corte.

Na análise quantitativa, da qual decorrerá a análise qualitativa, foram desconsideradas repetições de julgados (com base em critérios de pesquisas distintos, pois, num mesmo julgado, podem ter sido mencionados argumentos de pesquisa distintos), a partir da ordem de

---

<sup>137</sup> As promessas da modernidade são, para Lenio Luiz Streck, " ... igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais." Cf. STRECK, L. L.. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. v. 1. 710p. P. 128.

pesquisa realizada, afinal, os termos têm o mesmo significado para os fins do presente estudo. Também foram desprezadas as expressões de pesquisa que não apresentaram nenhum resultado que já não houvesse sido apontado nos casos de maior incidência nos resultados da busca.

Para enfrentamento crítico dos dados angariados, levar-se-ão em consideração os seguintes aspectos: (1) se foi atribuído um conteúdo normativo ao princípio e, caso a resposta seja positiva, qual o conteúdo que lhe foi conferido; (2) se o princípio foi aplicado como método de julgamento ou se funcionou apenas como vetor argumentativo; (3) se o princípio foi utilizado em voto vencedor ou em voto vencido; e (4) se a utilização do princípio foi determinante para definição do caso julgado.

Esse método indicará a evolução do princípio da proibição da insuficiência no STF, com dado estatístico quanto ao número de menções do princípio pelos ministros em seus votos no decorrer dos anos, permitindo ainda inferências quanto ao modo, intensidade e relevância de sua aplicação na Corte.

A partir dessa análise, pretende-se responder qual o conteúdo jurídico conferido à *Untermassverbot* pela Suprema Corte brasileira.

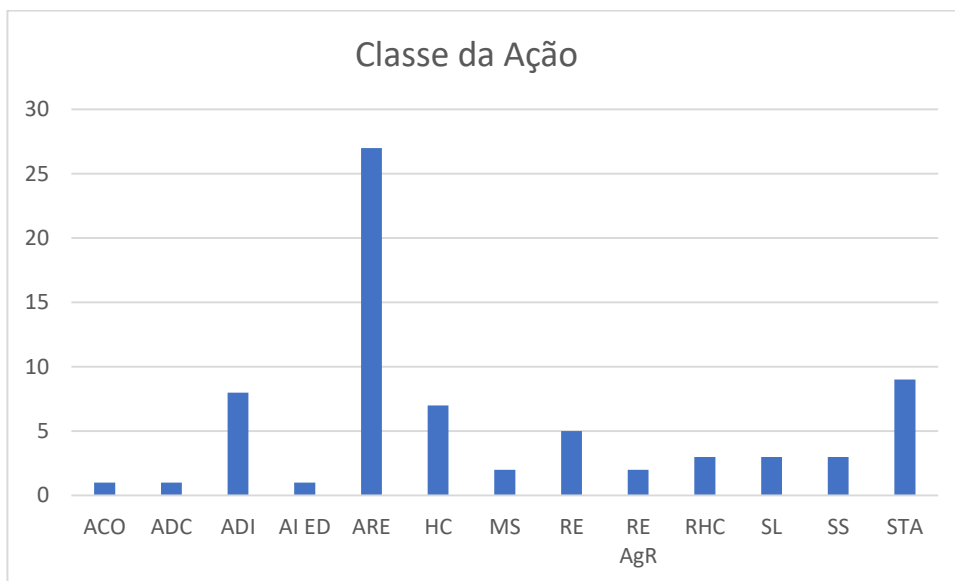
#### ***4.2.4.1 Análise quantitativa***

A análise quantitativa da jurisprudência do STF será discriminada, conforme critérios metodológicos utilizados na definição do objeto de pesquisa, nas seguintes classes: classe da ação; ano em que foi proferido o ato judicial em que se utiliza o princípio em sua fundamentação; tipo de decisão em que o princípio foi utilizado; frequência de utilização por cada ministro; e palavra-chave utilizada.

Um dos importantes pontos da análise é a verificação da evolução do uso do princípio da proibição da insuficiência, de maneira expressa, no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Para tanto, verificou-se essa utilização em números absolutos, com alguns parâmetros de correção de desvios nos dados. Ao todo, até então, foram proferidas 72 (setenta e duas) decisões da Suprema Corte brasileira em que houve alguma menção aos argumentos de pesquisa, sendo 14 decisões da presidência, 43 decisões monocráticas e 15 acórdãos.

Quanto ao tipo de controle – difuso ou concentrado – em que o princípio foi utilizado, a primeira inferência é de que há larga predominância nas ações do controle difuso, caracterizadas pela existência de partes, lide e fundada na análise de situações concretas, que se contrapõe ao controle abstrato, assim entendidas aquelas destinadas exclusivamente ao controle em abstrato da compatibilidade de normas com a Constituição Federal.

**Figura 1 – Distribuição dos processos conforme Classe da Ação**



Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/04/2022.

Do total analisado, apenas 11 processos diziam respeito a ações do controle abstrato (1 ação declaratória de constitucionalidade e 10 ações diretas de inconstitucionalidade). Importante dizer que não existe nenhum impedimento para a utilização desse princípio como fundamento de pedidos ou de decisões no controle abstrato, o que poderia ser verificado, por exemplo, em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A prevalência nas ações do controle concreto pode ser entendida como sintoma da ausência de conteúdo normativo do princípio. Isso porque o ônus argumentativo para o julgador ao empregar em sua decisão um fundamento sem determinar precisamente seus limites – para o que se exigiria a precisa delimitação do conteúdo do princípio – é menor quando os efeitos do ato judicial são não vinculantes e apenas atingem as partes, caso das ações do controle difuso.

A primeira vez que o Supremo tratou do princípio da proibição da proteção

insuficiente aconteceu em 09/02/2006, no RE 418376<sup>138</sup>, quando o Ministro Gilmar Mendes utilizou a proibição da proteção insuficiente para tratar dos deveres de prestação do Estado, numa perspectiva de “garantismo positivo”, no que se oporia ao “garantismo negativo”, protegido pelo princípio da proibição do excesso. Tratava-se de um caso de estupro de uma criança, em que se analisava se, sob a ótica da legislação penal brasileira, seria constitucional considerar a união estável – por equiparação ao casamento (previsão legal) – entre autor e vítima como causa superveniente excludente de punibilidade do autor do crime<sup>139</sup>.

É sintomática a primeira aparição do julgado na jurisprudência do Supremo num voto do Ministro Gilmar Mendes. Este foi o julgador que trouxe à Corte o tratamento do princípio, que ganhou mais relevo ainda no período de sua presidência no STF, no biênio 2008/2010. Nesse período, proferiu, na condição de presidente, 13 (treze) decisões em suspensões de tutela antecipada, de liminar e de segurança<sup>140</sup> com a menção ao princípio.

A análise quantitativa revela que o princípio foi invocado pela primeira vez em 2006 (RE 418.376) e teve, até 2008, apenas mais uma ocorrência, no ano de 2007 (ADI 3.112). Em 2008, há uma mudança no padrão, já que nesse ano o princípio figurou em 10 atos judiciais (9 deles decisões da presidência e 1 decisão em suspensão de tutela antecipada). O ano de 2008, portanto, marca a ampliação da utilização desse princípio pelo STF.

A última decisão que envolve tema no Brasil<sup>141</sup> é de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida em 18/12/2021. Trata-se do julgamento da ADI 5676, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da supressão, por decreto estadual, da Área de Proteção Ambiental de Tamoios, em razão à ofensa aos princípios da reserva legal, vedação do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente.

Veja-se a distribuição de decisões por ano:

## **Figura 2 – Distribuição dos processos conforme ano da decisão**

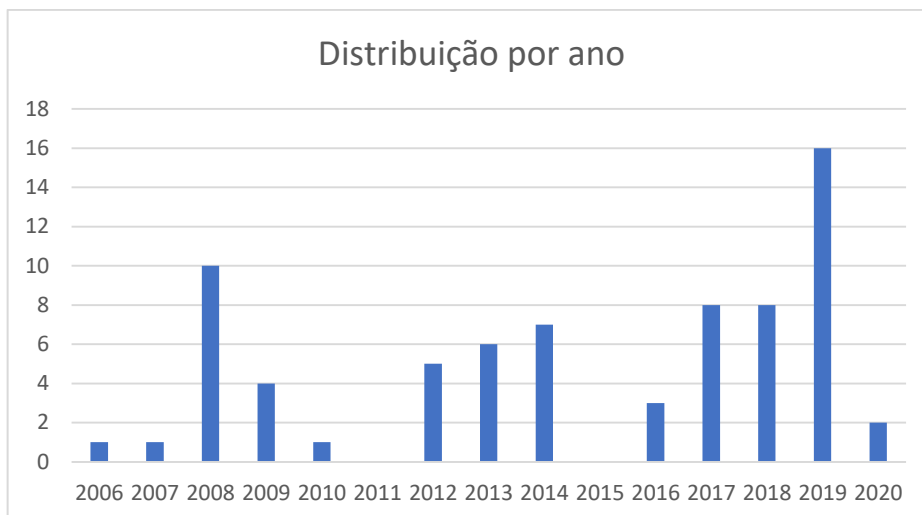
---

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.376**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23-03-2007.

<sup>139</sup> O conteúdo do julgado será abordado na análise qualitativa, no item 2.2.2 deste trabalho.

<sup>140</sup> Trata-se de decisões judiciais de cunho político, e não jurídico, a serem proferidas pelo presidente do Tribunal para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O presidente do Tribunal pode, então, suspender decisão judicial precária proferida por juiz inferior, sem se ater a critérios jurídicos propriamente ditos, mas com atenção ao risco de lesão normalmente relacionada à economia, às finanças ou à organização administrativa do Estado. Estão previstas no art. 4º da Lei nº 8.437/92 e no art. 15 da Lei nº 12.016/09.

<sup>141</sup> No recorte temporal desta pesquisa.

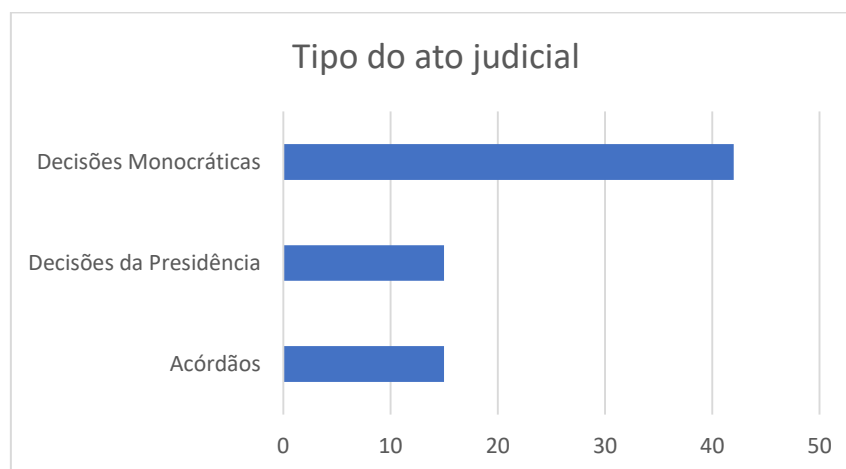


Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/04/2022.

Entre 2008 e 2011, observa-se queda na ocorrência de julgados utilizando o princípio e, a partir de 2012, há nova tendência de crescimento, que vai até 2015, ano em que não se recuperou nenhum registro de utilização das palavras-chave que remetem ao preceito em estudo. Entre 2016 e 2019, há nova onda de crescimento em sua utilização, com a chegada a um patamar distintivo no ano de 2019 com 16 ocorrências de seu emprego pela Corte.

Em relação ao tipo de decisão e adotando-se como classificação os tipos (i) decisões monocráticas<sup>142</sup>; (ii) decisões da presidência e (iii) acórdãos<sup>143</sup>, tem-se a seguinte distribuição:

**Figura 3 – Distribuição dos processos conforme tipo do ato judicial**



<sup>142</sup> O cabimento de decisões monocráticas no direito processual civil brasileiro é descrito no art. 935 do Código de Processo Civil Brasileiro.

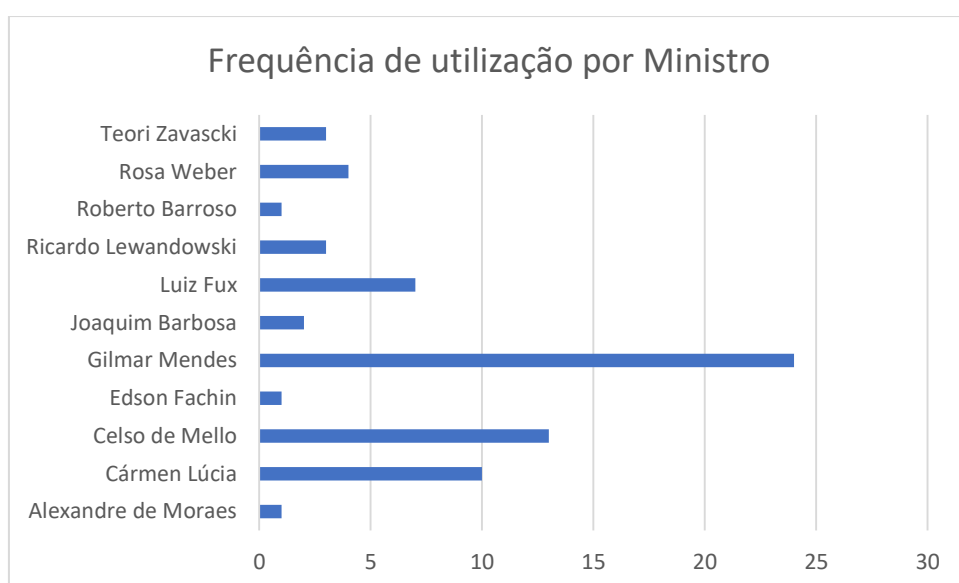
<sup>143</sup> Na forma do art. 204 do Código de Processo Civil Brasileiro, “Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”.

Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 23.09.2020.

A prevalência de utilização do princípio em decisões unipessoais – sejam elas decisões monocráticas ou da presidência – novamente serve de subsídio à tese de que o princípio ainda não possui seu conteúdo jurídico definido de forma clara pela Corte, daí a infrequente aparição em pronunciamentos judiciais que exijam consenso entre os julgadores.

No que toca à frequência de utilização por cada ministro, a distribuição é a seguinte:

**Figura 4– Distribuição conforme frequência de utilização do princípio por Ministro**

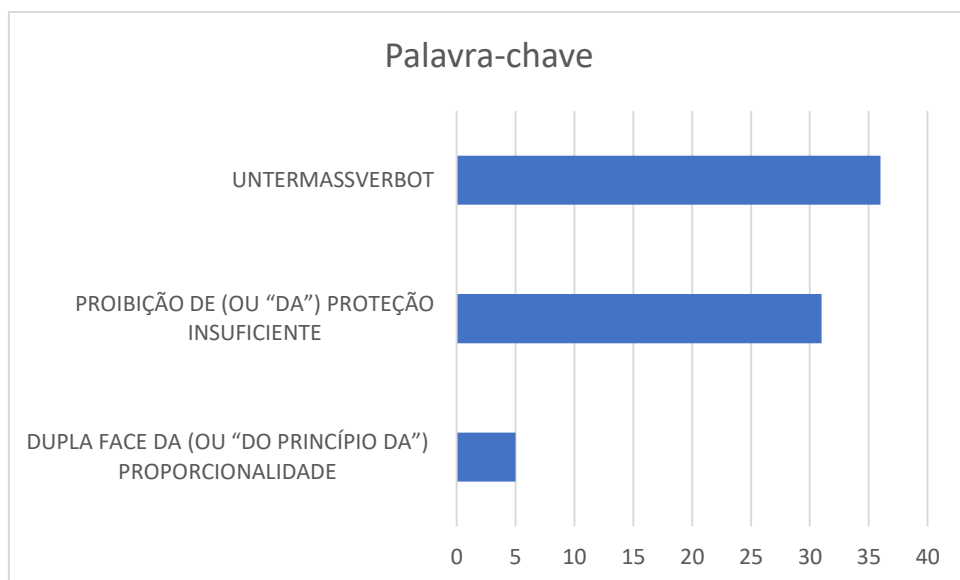


Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/04/2022.

Nota-se evidente a primazia do Ministro Gilmar Mendes, responsável inclusive pela introdução do princípio da vedação à proteção insuficiente no tribunal, e quem mais tem utilizado, desde então, esse fundamento.

No que diz respeito ao referente (palavra-chave) mais utilizado, tem-se a seguinte predominância:

**Figura 5– Distribuição conforme frequência de utilização do princípio por Ministro**



Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/04/2022.

Considerando que todos os termos utilizados na pesquisa se referem, na jurisprudência da corte, ao mesmo princípio, a variedade da terminologia empregada não parece trazer maiores dados a este estudo.

A distribuição de utilização dos termos “*Untermassverbot*”, “proibição da proteção insuficiente” e “dupla face da proporcionalidade”, pelo STF pode ainda ser verificada em relação ao tipo de ato judicial proferido, conforme consta do quadro abaixo.

	<b>UNTERMASSVERBOT</b>	<b>PROIBIÇÃO DE (OU “DA”) PROTEÇÃO INSUFICIENTE</b>	<b>DUPLA FACE DA (OU “DO PRINCÍPIO DA”) PROPORCIONALIDADE</b>
<b>ACÓRDÃO S/DATAS</b>	HC 104410 (06/03/2012), HC 102087 (28/02/2012), ADI 3112 (02/05/2007), RE 418376 (09/02/2006)	ADI 5676 (18/12/2021), ADI 3470 (29/11/2017), ADI 4066 (24/08/2017), RE 966177 RG-QO (07/06/2017), ARE 745745 (02/12/2014), \727864 AgR	ADI 6031 (27/03/2020), HC 126292 (17/02/2016), RE 583523 (03/10/2013), HC 96759



	680868 (24/08/2012).	ADI 5874 MC (12/03/2018), ARE 944519 (24/02/2016), ARE 814145 (01/08/2014), ARE 718665 (20/01/2014).	
<b>DECISÕES DA PRESIDÊNCIA/ DATA</b>	ADI 5874 (28/12/2017), STA 419 (06/04/2010), SS 3741 (27/05/2009), SS 3690 (20/04/2009), STA 318 (20/04/2009), SS 3751 (20/04/2009), STA 198 STA 278 (22/08/2008) (22/12/2008), STA 277 (01/12/2008), STA 245 (22/10/2008), STA 238 (21/10/2008), SL 228 (14/10/2008), SL 263 (14/10/2008), STA 241 (10/10/2008), SL 235 (08/07/2008).	----	----

#### 4.2.4.2 Análise qualitativa

Na primeira vez em que a *Untermassverbot* foi aplicada pelo STF, em 09/02/2006, no

RE 418376, o Ministro Gilmar Mendes citou Lênio Streck<sup>144</sup> e Ingo Sarlet<sup>145</sup>, ao apontar que a doutrina vinha se referindo a essa “nova” face do princípio da proporcionalidade, com “importante aplicação nos direitos fundamentais de proteção”. Os trechos citados no voto são esses:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180)

“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

(...) “A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).”(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)

Após essa constatação de qual seria o conceito e aplicação pela doutrina da proibição

---

<sup>144</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p. 180.

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência.** Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.

da proteção insuficiente, registrou-se que o caso em julgamento se amoldaria à situação enfrentada pela doutrina, de modo que a eventual extinção da punibilidade do autor do crime ofenderia a dignidade da pessoa humana por proteção deficiente dos direitos fundamentais, notadamente no caso em que se pretendia considerar a união estável equiparada ao casamento para o fim de absolver pessoa que estuprou uma criança e depois passou a conviver maritalmente com ela.

No julgado, não há qualquer normatização do conteúdo do princípio. Ele é explicado por meio das referências doutrinárias e, então, aplicado ao caso como “princípio da proporcionalidade no que toca à proteção deficiente”, sem que sequer haja a demonstração dos três comuns testes da proibição do excesso, que deveriam ser transportados à proibição do déficit segundo a doutrina citada.

Em 27/03/2020, em voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, na ADI 6031, foram feitas exatamente as mesmas citações doutrinárias de 2006, acrescentando a ministra o seguinte:

(...) A proporcionalidade, portanto, tem dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, quando determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de direito fundamental-social, quando o Estado abre mão do uso de sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

(...)

18. A atividade legislativa sujeita-se à estrita observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, está direcionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Neste julgado, no entanto, analisava-se a questão sob a ótica da restrição de direitos fundamentais (suposta atuação legislativa desproporcional), e não de omissão inconstitucional. A menção à proibição da proteção insuficiente serviu apenas como vetor argumentativo, retórico ou como argumento supostamente necessário à conceituação do princípio da proibição do excesso. Não houve realmente a aplicação do princípio proibição da

insuficiência, porque não se tratava de análise de omissão legislativa ou administrativa na proteção ou promoção de direitos fundamentais.

Na última vez<sup>146</sup> em que o princípio foi aplicado no Brasil, na ADI 5676, o relator Ministro Ricardo Lewandowski destaca que o Poder Público deve proteger o meio ambiente conforme imposição constitucional. Desse modo, a supressão de espaço especialmente protegido por meio de um decreto ofende a proibição da proteção insuficiente.

O Estado, por imposição constitucional, possui o dever geral de proteção ambiental. Com efeito, a inação dos entes estatais tem o condão de malferir o regime jurídico de defesa do meio ambiente, configurando violação ao princípio da proibição de proteção insuficiente ou deficiente.

Nas palavras de Sarlet, “[a] insuficiência manifesta de proteção estatal – por exemplo, ausência ou insuficiência da legislação em dada matéria, conforme já se pronunciou o STF – caracteriza violação ao dever ou imperativo de tutela imputada ao Estado pela Constituição, e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva. Isso, por certo, torna possível o controle judicial de tal déficit de agir do ente estatal, por força, inclusive da própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade. [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 389 e ss.

No julgamento, evidenciou-se que a inação estatal malferia a proibição de proteção insuficiente, entretanto, verifica-se que pior do que a omissão é a própria atuação do Poder Público em suprimir espaço ambientalmente protegido por ato normativo inadequado.

A relação entre o primeiro e o último julgado da amostra pesquisada diz bastante sobre o modo como vem sendo aplicado o princípio no Supremo Tribunal Federal brasileiro. É que praticamente todos os casos seguem a mesma linha de raciocínio, ora com maior aprofundamento sobre os deveres estatais de proteção, ora com análise mais superficial da proibição da insuficiência como a outra face da proporcionalidade.

Nas decisões enquanto presidente, o conceito da proibição da insuficiência foi sempre

---

<sup>146</sup> Conforme os parâmetros materiais e temporais desta pesquisa.

trazido nas decisões do Ministro Gilmar Mendes desse modo:

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).<sup>147</sup>

Em seguida, as decisões proferidas tratam dos direitos fundamentais em análise, dos deveres estatais relativamente à promoção daqueles direitos nos respectivos casos e dali surge a conclusão quanto à suspensão ou não do julgado pelo então presidente do STF.

É interessante verificar que a “inauguração” do princípio da proibição do déficit na jurisprudência do Supremo ocorreu em situações em que o presidente do tribunal deveria analisar a questão sob o viés político, e não jurídico. O argumento acerca do princípio da proibição do déficit, portanto, jamais seria o elemento central decisório, porque, necessariamente, segundo a regra processual, o juízo daquele instrumento vinculava-se à suspensão de uma decisão judicial, motivada pelo fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas<sup>148</sup>, e não pela análise de acerto, desacerto ou justiça da decisão objurgada.

Na ADI 3510, em 2008, o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto com maior aprofundamento sobre o modo de aplicação do princípio da vedação à proteção insuficiente, trazendo uma tentativa de sistematização da aplicação do princípio:

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 235. Decisão da Presidência: Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 08/07/2008, p. 6-7.

<sup>148</sup> Matricardi Rodrigues, a propósito do assunto, assevera que, nesses casos, o Ministro Gilmar Mendes controla o excesso das decisões judiciais, e não do ato executivo em si. O autor aduz, então, que o ministro não admite “estar utilizando a proporcionalidade como proibição de excesso, o que permite a consideração de que, para o ministro, suas decisões são fundamentadas na proibição de insuficiência. Cf. RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?**. Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020.

Nesse julgado, há a primeira sistematização do princípio de modo prático, com a tentativa de demonstração de seu conteúdo normativo e de definição de um modelo de aplicação, seguindo os três testes da proporcionalidade às avessas, já que se avaliam omissões que determinam concretização insuficiente de direitos fundamentais.

A avaliação da inconstitucionalidade da omissão, por ofensa ao princípio da proibição da insuficiência, ocorreria, então, pela adequação (que, aqui, chama-se de “aptidão”), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras do próprio ministro, contudo, fica bastante claro que não se julga a omissão, mas o ato insuficiente. Não há controle da omissão, mas do ato insuficiente. Todos os parâmetros levam em consideração o ato que está no mundo, e não a omissão que determina a possível inconstitucionalidade pela ausência de proteção. O controle é nitidamente de proporcionalidade do ato. O ato insuficiente é que pode ser inconstitucional, por ser pouco protetor ou promotor.

Essa é justamente a crítica que se fez no início deste estudo: encarar o princípio da proibição do déficit dessa forma retira-lhe autonomia e afasta a cientificidade necessária a um importante aspecto a ser enfrentado pelas cortes constitucionais, que é a análise da inconstitucionalidade da ausência de ação protetiva.

De todo modo, esse paradigma de aplicação do instituto segue a mesma linha nas diversas outras utilizações no Supremo Tribunal Federal, por distintos ministros. Em regra, sua utilização dá-se *en passant*, quase que como uma necessidade de expressar em toda situação em que há a explicação do que se trata o princípio da proporcionalidade<sup>149</sup>.

Após a presidência do Ministro Gilmar Mendes, encerrada em 2010, verificam-se decisões monocráticas proferidas pelo próprio ministro em 2012 (ARE 680868 e ARE 686182), usando os mesmos argumentos das decisões anteriores, em situações em que o argumento de decisão era, na verdade, o princípio da proibição do excesso e, pelo Ministro Luiz Fux, em 2013 (ADI 4650), em caso em que na verdade houve apenas menção à *Untermassverbot* sem qualquer aprofundamento ou aplicação verdadeira.

---

<sup>149</sup> André Caixeta da Silva Mendes também chega a essa conclusão: “Refere-se a tais conceitos com um nível de abstração tão elevado, que a impressão final é a de que eles só estão presentes na sentença para preenchê-la com um conteúdo – paradoxalmente – vazio; diante da reincidência do exato trecho em todas as ementas lavradas pelo Ministro Celso de Mello que foram examinadas nesta monografia, a conclusão lógica é a de que, para ele, a proibição de insuficiência serve como penduricalho retórico ou como prova de erudição.” Cf. MENDES, André Caixeta da Silva. O STF e a proibição da insuficiência: a proporcionalidade na litigância de direitos sociais. Monografia (Especialização em Direito Público). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2018. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicaoode-Insuficiencia.pdf>>. Acesso em: 24.09.2020

E, mesmo nos casos em que se avalia eventual proteção ou prestação insuficiente do Estado, em regra de medidas legislativas, apesar de o princípio ser mencionado, não se verifica sua comprovação racional ao longo das decisões, que depois seguem sem se ater à possível sistematização traçada no julgado acima transcrito do Ministro Gilmar Mendes.

Do que se viu até aqui, não há qualquer sistematização da aplicação do princípio na Suprema Corte brasileira, a exceção da repetição dos argumentos jurídicos no contexto da explicação do princípio da proporcionalidade. Cuida-se claramente de doutrina trazida pelo Ministro Gilmar Mendes ao Supremo, mas que, mesmo nos julgados deste ministro, não encontram evolução dogmática prática.

As repetições dos argumentos sem qualquer vinculação normativa com os casos julgados, levadas a efeito rotineiramente pelos demais ministros, terminam por confirmar que a aplicação é disforme, sem conteúdo jurídico bem definido. Em verdade, na maioria dos casos em que há menção ao princípio, este não é verdadeiramente aplicado ao caso, mas utilizado apenas como ferramenta para explicação do suposto caráter bifforme do princípio da proporcionalidade.

No que tange às decisões colegiadas, foram encontradas 15 (quinze) situações de aplicação dos argumentos de pesquisa que formam a amostra em estudo. Em tese, essas decisões representariam a verdadeira formação da jurisprudência da Corte, já que representariam votos seguidos por outros ministros, em turmas ou pelo pleno do STF, e não posições isoladas proferidas em decisões monocráticas decorrentes do esquema processual do STF de resolução também de casos concretos em vias recursais e assemelhadas.

O resultado dessa avaliação, no entanto, não se distingue muito do que se registrou até aqui. Nos julgamentos colegiados, verificam-se maiores discussões sobre os direitos fundamentais em jogo, sobre aspectos econômicos, políticos, legislativos, de política criminal, dados estatísticos, aspectos sociais e até relativos à gestão dos processos e do tribunal<sup>150</sup>, mas

---

<sup>150</sup> Sobre a forma deliberativa do Supremo Tribunal Federal, há interessante estudo baseado em pesquisa de campo realizada diretamente com ministros e ex-ministros do STF que resultou numa sequência de artigos de Virgílio Afonso da Silva, que demonstra de maneira elucidativa os problemas do modelo de deliberação da Corte que conduz a debates muitas vezes alheios ao campo jurídico a ser decidido no caso concreto. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. *International Journal of Constitutional Law* v. 11, p. 557-584, 2013.; SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um voto qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal**. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 1, p. 180-200, 2016. SILVA, Virgílio Afonso da. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal** *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*. n. 47. Jul/dez 2015. p. 205-225. SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

isso não tem refletido na evolução da aplicação do princípio da proibição do déficit na jurisprudência da Corte<sup>151</sup>.

Até hoje, quando o princípio é mencionado, segue-se com o “procedimento” de enunciar o que seria o princípio da proibição da insuficiência (como uma das faces da proporcionalidade), bradar a impossibilidade de atuação estatal não concretizadora de direitos fundamentais e reforçar a existência de deveres estatais prestacionais, mas tudo isso sendo feito de maneira genérica. Não há nem sequer um julgado que traga a aplicação sistematizada do princípio na verificação da omissão inconstitucional. Além disso, em muitas situações, a menção à proibição do déficit é apenas decorativa, para ilustrar a tal outra face do princípio da proporcionalidade em aplicação no caso.

Alguns trechos de julgados deixam clara essa suposta aplicação do princípio como argumento de decisão, mas desprovido de qualquer densificação normativa:

[A]inda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. (p. 9, ADI 3510)

A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). (p. 12, ADI 3510)

[U]ma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) – deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (pp. 24-25, ADI 3112)

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso (*übermassverbot*) [sic], e, de outro, a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) [sic]. (p. 6, ADI 1800)

Na ADI 3510, o Ministro Gilmar Mendes trata da classificação dos deveres de proteção:

---

<sup>151</sup> Não se encontra nos limites do presente estudo o aprofundamento sobre aspectos específicos dos julgamentos ou dos direitos fundamentais discutidos, apesar de tal enfoque ser feito de maneira lateral ao longo do texto, porque necessário para demonstrar a utilização do princípio. Esse, no entanto, tem sido o enfoque maior dos julgamentos na Suprema Corte, que não se atêm a critérios racionais, formais ou materiais de aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente.

(a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; (b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiro mediante a adoção de medidas diversas; (c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Nessa mesma ADI, também explica toda a construção alemã, aqui já referida, realiza comparativo da legislação pretensamente insuficiente com legislações estrangeiras, mas, ao fim, também não demonstra a realização dos testes da *Untermassverbot*, segundo sua própria metodologia.

Isso é tão notório que não se identificou um caso sequer em que o princípio foi utilizado numa ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou num mandado de injunção, ferramentas processuais típicas de controle das omissões estatais, especialmente no que tange às omissões legislativas<sup>152</sup>.

Dois casos emblemáticos do ponto de vista do reconhecimento da omissão estatal decididos pelo STF demonstram o quão frágil é o princípio da proibição do déficit em sua jurisprudência. Nas duas situações, os fundamentos para a irrazoabilidade na inércia estatal quanto à proteção dos direitos fundamentais postos em cheque são sopesados com base na ponderação, pela aplicação dos preceitos dos direitos fundamentais discutidos, sem qualquer apoio ou menção direta ao princípio da proibição da insuficiência.

Fala-se das ações que discutiram o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional relativamente ao regime carcerário brasileiro (ADPF 347) e a criminalização da homofobia e da transfobia como racismo (ADO 26). Em ambos os casos, reconheceu-se a insuficiência da prestação estatal como violadora de direitos fundamentais, do que decorreu atuação proativa, de vanguarda da Corte, para a concretização de tais direitos.

---

<sup>152</sup> Avançar-se-á sobre esse assunto em tópico próprio deste trabalho, quando serão discutidos alguns casos emblemáticos em que foram discutidas omissões estatais sérias e relevantes sem que se levasse em consideração ou fosse utilizado o princípio da vedação da proteção insuficiente.

Na ADPF 347<sup>153</sup>, reconheceu-se, em caráter cautelar e com bastantes precauções no que toca à separação dos poderes, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, com a determinação para que fossem adotadas medidas estruturais pelos poderes constituídos para o endereçamento dos problemas identificados. Há claro julgamento embasado na omissão administrativa/material do Estado brasileiro, mas não há a aplicação do princípio da proibição da insuficiência como fundamento racional e expresso de julgamento.

Na ADO 26<sup>154</sup>, reconhece-se a omissão legislativa na proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTI+<sup>155</sup>, reconhece-se que há graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de “superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização”, havendo injustificável inércia do Estado “em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima”. Toda essa decisão, no entanto, apesar de em muitas situações deixar claro que há inércia estatal e insuficiência na proteção dos direitos fundamentais, não toma por base o princípio da proibição da insuficiência como causa de decidir. Não é um fundamento jurídico explorado no voto.

Nesses casos, a falta de embasamento na *Untermassverbot* nas decisões do Supremo é sintomática. Isso porque parece contraditório que a Corte utilize o princípio em diversos outros casos menos emblemáticos de omissões inconstitucionais, mas não faça menção a ele em casos com grande repercussão e de nítido enfrentamento da insuficiência protetiva do Estado.

Para explicar esse fenômeno, levantam-se duas hipóteses. A primeira é de reconhecimento, pelo STF, da inutilidade do princípio como ferramenta apta à resolução de litígios estruturais, com grande repercussão e que envolvem a contraposição entre bens jurídicos relevantes ao ordenamento (*hard cases*). A segunda hipótese, que com a primeira guarda relação, é que, ainda que considere o princípio uma ferramenta útil à resolução desses imbróglis, a falta de seu desenvolvimento na jurisprudência da corte impede uma utilização mais proveitosa.

---

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347**. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2020

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26**. Relator: Celso de Melo.

<sup>155</sup> Este é o termo utilizado no voto do Min. Celso de Mello, por isso, aqui reproduzida.

Fato é que, quando utiliza o princípio, o STF, apesar de sempre mencionar a doutrina e a jurisprudência alemãs, acaba sempre trazendo à tona a inversão dos parâmetros de controle de proporcionalidade como ferramenta de sua aplicação, técnica não utilizada na Alemanha. No caso brasileiro, não se adota o modelo alemão de avaliação pelo controle meramente de evidência, privilegiando-se, em seu lugar, a utilização do princípio como uma das faces do preceito da proporcionalidade. Ocorre que, mesmo ao eleger essa segunda forma de aplicação, os julgados ainda denotam uma construção muito rarefeita do que seria o conteúdo jurídico desse princípio.

Como se viu em tópico precedente, a doutrina e a jurisprudência alemãs não encaram a *Untermassverbot* como a outra face da proporcionalidade, mas determinam a verificação da insuficiência legislativa ou administrativa a partir de um controle de evidência, a fim de não ferir o aludido corredor dentro do qual os demais poderes constituídos podem democraticamente transitar entre maiores e menores proteções ou promoções de direitos fundamentais. Essa é a forma que o TCF, com os temperamentos críticos feitos em tópico precedente, encontra para conferir maior segurança à aplicação do princípio e à atuação do Poder Judiciário no controle das omissões estatais.

A despeito de também não se verificar no TCF a racionalidade e a densidade normativa sugeridas como essenciais para evitar decisionismos disformes, a concretização realizada no Brasil pelo STF, pela inversão dos parâmetros de controle de proporcionalidade, também não resulta na verdadeira aplicação desses critérios para tomada de decisão. Ou, se isso acontece, não é expresso nas decisões judiciais, permanecendo talvez no íntimo dos julgadores, o que de nada adianta aos fins institucionais da Suprema Corte.

Vê-se, portanto, que a evolução na utilização desse preceito normativo pelo STF não foi acompanhada de um correspondente exercício de delineamento de seu conteúdo jurídico, ou seja, da definição de seu aspecto substancial, do teor valorativo, jurídico, político e normativo que se encontram no âmago do princípio.

Diante desse cenário jurisprudencial, em uma visão crítica do tema, é viável sustentar que a (falta de) evolução normativa no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda não foi capaz de conferir a mínima densidade normativa ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Essa conclusão parcial conduz a uma questão subjacente da pesquisa: ausente conteúdo normativo suficiente, qual a forma e qual a utilidade atribuídas à *Untermassverbot* no STF?

Neste ponto, alinham-se semelhantes conclusões já exaradas em três estudos anteriores a este, de André Caixeta da Silva Mendes<sup>156</sup>, Luiz Fernando Matricardi<sup>157</sup> e Fabrício Meira Macedo<sup>158</sup>, segundo as quais “não há uma maneira central com que o STF emprega a proibição de insuficiência ao julgar a concessão de prestação fática de direitos sociais”<sup>159</sup> e não há utilidade na invocação do princípio nas decisões do STF<sup>160</sup>. Nesse mesmo toar, Matricardi conclui<sup>161</sup>:

Fortalece-se, com isso, a hipótese de que a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) é um argumento menos relevante por seu conteúdo (inexplorado) do que por sua forma (aberta), que permite ao julgador uma nova resposta diante de omissões estatais – quer legislativas, quer executivas, quer judiciais.

Os momentos em que foram confeccionados e publicados os estudos citados demonstram que não tem havido evolução no tratamento do princípio na Suprema Corte. Luiz Fernando Matricardi apresentou seu estudo em 2009; Fabrício Meira Macedo, entre 2012 e 2014; e André Caixeta da Silva Mendes, em 2018. Todos têm semelhantes conclusões, no sentido de que não há uma definição normativa e sistematizada da aplicação do princípio da proibição do déficit no Brasil.

Matricardi, aliás, em estudo complementar à sua primeira tese, realizado em 2012, faz interessantíssima correlação com as “navalhas de Ockham”, ao concluir que o emprego da *Untermassverbot* na jurisprudência do Supremo tem sido um enxerto de argumento

---

<sup>156</sup> MENDES, André Caixeta da Silva. **O STF e a proibição da insuficiência: a proporcionalidade na litigância de direitos sociais**. Monografia (Especialização em Direito Público). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2018. Disponível em: <: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicao-de-Insuficiencia.pdf>>. Acesso em: 24.09.2020.

<sup>157</sup> RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?**. Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020.

<sup>158</sup> MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 9, p. 7029-7073, 2014. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 24.09.2020.

<sup>159</sup> MENDES, André Caixeta da Silva. **O STF e a proibição da insuficiência: a proporcionalidade na litigância de direitos sociais**. Monografia (Especialização em Direito Público). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2018. P. 100. Disponível em: <: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicao-de-Insuficiencia.pdf>>. Acesso em: 24.09.2020.

<sup>160</sup> MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 9, p. 7029-7073, 2014. P. 7071 Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 24.09.2020.

<sup>161</sup> RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?**. Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020.

desnecessário, que nada acrescenta aos julgados, como mera deferência a uma “erudição ornamental”, que “contraria a racionalidade”, que se traduz em “fraqueza argumentativa” e que se configura apenas como “muletas teóricas”, sem servir aos fins concretos evocados. Conclui, então, que, para que funcione efetivamente como argumento decisório com utilidade dogmática, ou o STF deve enfim desenvolvê-lo ou definitivamente abandoná-lo<sup>162</sup>.

Mais recentemente, em estudo que congrega vários dos acórdãos aqui citados, mas que enfrenta o princípio da proibição do defeito sob a ótica específica da realização dos direitos sociais, com grande enfoque no também bastante ressaltado pelo STF mínimo existencial, Vitalino Canas apresenta conclusões que reforçam os argumentos até aqui expendidos. Diz o autor, quanto ao princípio em estudo, que o instrumento da proibição da insuficiência ou do déficit, é empregado no Supremo apenas na versão imprópria, que, “por prescindir de metódicas ponderativas, não se pode afirmar ser a mais intrusiva da liberdade de conformação do legislador”<sup>163</sup>.

Na análise quanto à forma que hoje o princípio ostenta na jurisprudência do Supremo, três importantes problemas podem ser elencados: (i) a versão brasileira do princípio é diferente da versão originária, pois a *Untermassverbot*, tanto na doutrina<sup>164</sup> quanto na jurisprudência alemãs, não é tratada como uma das faces do princípio da proibição do excesso; (ii) a definição do conteúdo jurídico do princípio, além de discreta, não se apoia num controle de constitucionalidade das omissões, mas dos atos realizados; e (iii) o emprego do princípio na maioria das situações serve mais como argumento retórico, de ilustração e de decoração que efetivamente como a razão dogmática da decisão, o que lhe retira solidez e afasta a racionalidade decisória esperada.

Os erros cometidos na importação do princípio determinam sua formatação atual: retórica argumentativa desprovida de conteúdo jurídico-normativo.

A sustentar essa afirmação, pode-se dizer que a doutrina brasileira jamais se aprofundou sobre o tema, adotando a percepção simplista e linear da inversão dos parâmetros da proporcionalidade, que, aliás, repita-se, jamais foi adotada pelo Tribunal Constitucional

---

<sup>162</sup> RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **O STF às voltas com a “Navalha de Ockham”: uma “Proibição de Insuficiência” como Controle de Proporcionalidade das Omissões?** In: Vojvodic, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de, (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 317-334.

<sup>163</sup> CANAS, V. **Proibição do Excesso, Proibição do Defeito e Garantia do Conteúdo Mínimo nas Colisões de Direitos Sociais**. *Direito Público, [S. l.]*, v. 19, n. 101, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6420>. Acesso em: 5 maio. 2022.

<sup>164</sup> Sobre isso, ver nota 35.

Federal alemão, de onde, teoricamente, foram retiradas tais conclusões. Doutrinariamente, Gilmar Mendes leciona:

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

Schlink observa, porém, que, se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn).<sup>165</sup>

Ocorre que nem mesmo Canaris, o autor mais citado pelos brasileiros que discutem o tema, enunciou tal formato de aplicação do princípio da proibição do déficit. Como já se viu neste trabalho, aliás, Canaris refuta tal tese.

O modelo brasileiro atual é disforme. Com os mesmos fundamentos de uma decisão, é possível apresentar conclusões totalmente discrepantes. O princípio não é utilizado como norma que define como se dá a correção das omissões. O que define a correção das omissões é a ponderação pura, crua, sem metodologia e casuística.

Enquanto não se imprimir densidade normativa ao princípio, a zona cinzenta de apreciação judicial das omissões estatais seguirá nebulosa e a proibição do déficit continuará a ser um bonito argumento de persuasão que, no fim das contas, nada define do que efetivamente se julga.

#### ***4.3. Segunda conclusão: o estado da arte do princípio demonstra sobreposição de um caráter retórico em prejuízo de sua evolução dogmática***

Reunindo as conclusões extraídas das análises da aplicação do princípio na Alemanha, em Portugal e no Brasil, verifica-se um ponto em comum, que é a baixa densidade

---

<sup>165</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

normativa empregada pelos julgadores quando de sua aplicação. Por mais que haja a tentativa de adoção de algum método para preenchimento do conteúdo do princípio, não se verifica realização prática segura do método.

Mais que norma aplicada como metodologia decisória, o princípio parece funcionar como argumento retórico para justificação das decisões tomadas com base na ponderação ou verificação direta do direito fundamental em jogo. As avaliações correlatas dos deveres estatais, com aprofundamento na margem de conformação política e sequenciamento metodológico para identificação de inconstitucionalidades não é realidade em qualquer dos países analisados.

Isso confirma a premissa desta investigação, que é a necessidade manifesta de busca de melhor definição do conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência. A submissão de casos de omissões estatais ao judiciário não tende a diminuir ou acabar, mas a se intensificar, à medida que se tornam mais complexas as relações sociais e se potencializa a necessidade de respostas estatais a problemas cada vez mais relevantes para a sociedade.

Esses fatores, aliás, tanto tornam mais importante a definição do princípio quanto dificultam sua própria aplicação, uma vez que a identificação de inconstitucionalidades por ofensa a direitos fundamentais em decorrência de falha nas prestações estatais submete-se a constantes alterações de ordem histórico-social. A intensidade e a imediatividade das relações no contexto mundial também exigem respostas mais céleres e contundentes dos poderes constituídos, o que faz com que as exigências sejam cada vez maiores.

Tudo isso faz com que a racionalidade que se busca na tomada de decisões seja problema que vai muito além do espectro de atuação dos juízes, muitas vezes colocada aqui como ponto focal. Para que sejam justificadas com base no ordenamento jurídico posto, as decisões estatais de um modo geral precisam ter parâmetros claros quanto ao que se pode exigir para concretização dos direitos fundamentais, sob pena de se viver como hoje se vive, num emaranhado de soluções casuísticas fortemente sujeitas ao desacordo e que terminam, na maioria das vezes, fazendo com que o judiciário seja posto em posição decisória também submetida a um forte dissenso político.

Até aqui, portanto, verifica-se que não há evolução do princípio da proibição da insuficiência que permita nem ao legislador nem ao gestor público nem ao juiz nem à

sociedade ter parâmetros objetivos válidos para apreciar com alguma racionalidade as decisões que envolvam a análise da insuficiência da efetivação dos deveres estatais de proteção.

## **5. Proposta de densificação normativa: o conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência**

### ***5.1. Uma retomada do problema, das suas causas e consequências***

A existência de um princípio que dá suporte ao julgador para corrigir omissões estatais quanto aos deveres prestacionais do Estado, de proteção e de promoção de direitos dos indivíduos, traz certa segurança do ponto de vista da retórica argumentativa. Há, assim, sustentação jurídica no controle de constitucionalidade das inações estatais, por omissão absoluta ou déficit prestacional.

Isso decorre da inafastabilidade da correção judicial das omissões estatais, especialmente legislativas, quanto à não realização de ações estatais que coloca em risco ou causa lesão a direitos fundamentais dos cidadãos.

A segurança jurídica mencionada, entretanto, não se sustenta pela mera retórica argumentativa. A ação corretiva passa, com o tempo, a ser notada como um risco à separação dos poderes, em razão da ausência de racionalidade na justificação que confira à fundamentação das decisões objetividade capaz de torná-la explicável, inteligível, replicável e até mesmo contraditada.

A baixa densidade normativa do princípio, que já nasce com o problema da dificuldade da análise de não atos – o que, decerto, enseja mais trabalho que a análise de condutas do Estado –, é o que permite sua utilização como argumento retórico. Sinaliza erudição e parece conter caráter jurídico, mas, muitas vezes, não passa de argumento raso, utilizado quase que irresponsavelmente, sem qualquer cientificidade ou capacidade de demonstração pormenorizada do porquê de sua aplicação.

Inicialmente, a autonomia do princípio é questionada. E, mesmo que confirmada sua autonomia, do que resulta sua necessidade e utilidade como critério de controle de constitucionalidade, resta ainda mais um problema, que é o de sua aplicação. Como aplicar o princípio, como identificar inconstitucionalidades por insuficiência protetiva ou promocional

do Estado?

A história jurisprudencial, então, demonstra que a evolução da aplicação do princípio é bastante tímida. A adoção da tese do controle de mínimos ou de evidência ora serve somente aos casos fáceis, ora parece não servir aos ideais de busca pela máxima efetividade das normas constitucionais e da necessidade de realização desses direitos por meio do poder contramajoritário dos juízes. Esse mesmo controle de evidência, em outros casos, parece causar confusão entre o texto e seus consequentes: diz-se que o controle é de mínimos, mas prega-se a otimização dos direitos fundamentais e realiza-se o controle de constitucionalidade ora com autocontenção ora com maior ativismo judicial.

Na Alemanha, não há a evolução que se preconizou. A estabilidade jurisprudencial mais se aproxima de um reforço da retórica que da evolução normativo-dogmática do princípio.

Em Portugal, a timidez jurisprudencial do aprofundamento a respeito do assunto induz a conclusões semelhantes.

No Brasil, a aplicação misturada de conceitos parece negar a autonomia dogmática do princípio sem isso declarar, mas traz resultados bastante semelhantes aos demais: argumentos retóricos, bradados como ferramentas jurídicas sem conformação de juridicidade, sem normatividade, sem definição de um conteúdo jurídico palpável.

Maximalismo judicial, contestação à legitimidade das decisões judiciais, potencialização de tensões entre os poderes, integração de omissões pelo judiciário de maneira concretizadora, casuísmo anti-isonômico são alguns dos resultados da ausência de preenchimento do conteúdo normativo do princípio da proibição da insuficiência.

A fim de fornecer respostas mais sólidas que as que se encontram atualmente, como se demonstrou até aqui, apresenta-se proposta que congrega os argumentos até então lançados com a ideia de clarear as contradições e incertezas por que pairam as propostas atualmente aplicadas.

## ***5.2. Teste de evidência e a dispensabilidade do princípio da proibição da insuficiência***

Na linha de Novais, e seguindo a criação original do princípio da proibição do déficit

de Canaris, ambas já tratadas neste estudo, o preenchimento do conteúdo do princípio deveria passar, primeiramente, pela verificação daquilo que é claramente inconstitucional. Trata-se da omissão nitidamente inconstitucional, porque feriria de forma patente o direito fundamental em jogo, por ausência ou insuficiência absoluta de prestação ou promoção do Estado.

Aqui, defende-se ideia diversa. A avaliação de evidência ou o controle de mínimos não se insere como elemento estrutural do princípio da proibição da insuficiência, como se pode eventualmente concluir da análise da sua criação original e mesmo da posição defendida por Novais.

O controle de evidência representa, em verdade, limite para intervenção judicial na avaliação da inconstitucionalidade do não cumprimento de um dever prestacional do Estado. Define-se que o judiciário somente poderia considerar inconstitucional a omissão estatal se ela resultasse, sinteticamente, da verificação de não realização de qualquer ação estatal ou da execução de medidas *absolutamente* inadequadas ou insuficientes para o alcance do objetivo de realização de determinado direito correlato.

Esse tem sido o fator de verificação declarado pelo Tribunal Constitucional alemão: “haverá violação do princípio da proibição do déficit quando, atendendo às circunstâncias da situação concreta, real ou idealmente antecipada, for manifesta a necessidade e a possibilidade de garantia de um mínimo de prestação”<sup>166</sup>, que, entretanto, não foi efetivada pela ação estatal.

O controle de evidência concentra-se na garantia de mínimos, a fim de se resguardar a separação dos poderes e transferir ao judiciário apenas a garantia do núcleo dos direitos afetados, para que não se retire dos poderes democraticamente eleitos a liberdade de conformação da execução das políticas públicas.

Como já se disse, essa utilização do controle de evidência tem dois problemas principais.

Primeiramente, afirmar que somente será inconstitucional os casos em que o Estado não houver promovido ou protegido o núcleo mínimo de um direito fundamental traz consigo uma ideia que também remete a uma minimização da proteção desses direitos.

Ao contrário dos próprios comandos constitucionais, que bradam a máxima

---

<sup>166</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. P. 214.

efetividade de suas normas, bem como das necessidades sociais decorrentes dos deveres promocionais das constituições, fortemente determinativos e amplos, a justificação do controle de constitucionalidade pelo controle de mínimos como garantia da separação dos poderes é solução que esbarra no dilema do “cobertor curto”. Garante-se a intervenção mínima judicial, a fim de manter a liberdade de conformação política, mas não se garante o ideal constitucional de efetividade dos direitos fundamentais.

Veja-se que não se fala, aqui, em otimização dos direitos fundamentais, por se tratar de expressão que remete à busca pelo melhor grau de prestação do Estado, o que certamente esbarraria nos limites da separação dos poderes e ocasionaria a invasão do controle no corredor da livre apreciação do legislador e do executivo. Mas, a garantia do mínimo, do núcleo essencial, é tão rasa que sequer serve, se aplicada efetivamente como se argumenta deva ser aplicada, para casos realmente difíceis.

A verificação da inconstitucionalidade evidente, clara, que faz com que não haja concretização nem do núcleo mínimo de um direito fundamental, torna o princípio da proibição da insuficiência realmente dispensável. A mera análise do direito fundamental em jogo é suficiente, sem qualquer outro instrumento de verificação, para identificação da inconstitucionalidade. Isso, aliás, ocorre em casos tão banais e desimportantes, porque de solução fácil, que não representam verdadeiramente um problema do direito.

Se somente fosse isso, ainda se poderia argumentar que a redução à dispensabilidade representaria mera tentativa de (des)classificação doutrinária também irrelevante, já que a ideia de controle de evidência também é suficiente para identificação de inconstitucionalidades, não tendo um defeito apriorístico que comprometa a tese criada. Aliás, assim até se confere maior segurança e confirmação à ideia do corredor, da liberdade de conformação e da separação dos poderes.

Acontece que há uma segunda razão, essa mais importante, para o problema da aplicação do controle de evidência como teste de verificação de inconstitucionalidades pela insuficiência estatal. Isso decorre justamente da sua aplicação prática, como se viu especialmente na Alemanha, em que a suposta aplicação do controle de evidência é justificada ou na ausência absoluta de qualquer medida protetiva de um direito ou na execução de medidas *absolutamente* inadequadas ou insuficientes.

A avaliação da absoluta inadequação ou ineficiência das medidas executadas sempre

esbarrará em caracteres subjetivos que permitem ao julgador ir além do controle de evidência, por mais que siga expressando estar realizando controle de mínimos.

A análise da eficiência dos atos executados, por mais que adjetivada como absoluta, tem conduzido a análise à adoção de uma razoabilidade que vai além da ideia do controle de evidência. Isso fica muito claro nos julgados do TCF, em que ora se argumenta pelo controle de mínimos ora se justifica a existência de um controle de *efetividade* da proteção estatal.

Se é preciso analisar a efetividade da prestação do Estado, e se ela é questionável, discutível e merece apreciação judicial por meio da razoabilidade e até da proporcionalidade, não há um controle de evidência no caso. É o que tem ocorrido: uma banalização da retórica argumentativa do controle de mínimos, que dá mais segurança à justificação judicial, por supostamente conferir mais segurança à ideia da separação dos poderes, que na verdade é desacompanhada da sua efetiva aplicação, porque, de fato, o controle de evidência somente serve – ou somente deveria servir – a casos fáceis, quase nunca sujeitos ao problema de que nos ocupamos.

O teste de evidência, portanto, não é exclusivo do preenchimento do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência. Pode ser tido como instrumento autônomo ou que se associa tanto à identificação pela aplicação do princípio da insuficiência como instituto dotado de autonomia dogmática como à própria identificação do núcleo mínimo do direito, porém, está alocado não na estrutura do princípio, mas como parâmetro que define o alcance do poder jurisdicional de controle do cumprimento desse princípio e da inconstitucionalidade por omissão prestacional do Estado.

É, de todo modo, o primeiro teste a ser realizado para controle de constitucionalidade por insuficiência prestacional. Seu âmbito de aplicação, no entanto, é muito restrito e só deveria servir realmente aos casos de evidente inconstitucionalidade, como ocorre efetivamente apenas em três situações aqui vislumbradas:

a) o direito é previsto constitucionalmente com a prescrição exata da prestação estatal a ser realizada e nada é cumprido. No Brasil, ocorreu situação desse tipo no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência. A constituição previa que haveria uma aposentadoria especial para essas pessoas na forma de uma lei que deveria ser editada prevendo as regras para tanto. A lei não havia sido editada. É claro que, nessa situação, há uma previsão de um direito, a definição da ação concreta a ser realizada

pelo Estado, e absoluta inação estatal no dever determinado constitucionalmente.

É um caso de evidente inconstitucionalidade, para que o controle de evidência tem efetiva aplicação. Veja que não há a necessidade de se analisar efetividade do direito, grau de otimização exigido do direito fundamental, tampouco há a necessidade de se ponderar com razoabilidade atos realizados ou situações circunstanciais que gravitam em torno da situação. Há evidente inconstitucionalidade. Nesses casos, há realmente controle de mínimo verdadeiramente possível.

b) outra situação é a da existência excepcional de apenas uma solução, uma única via, que permite garantir a proteção a um bem ou direito. Novais exemplifica a situação de necessidade de salvamento de alguém em que a única medida disponível e eficaz obriga a destruir patrimônio de outra pessoa, e aduz que “nessas alturas, podemos dizer que, pontualmente, o resultado do controle de proibição do excesso coincide com o resultado do controle de proibição do déficit. Ou seja, não estava disponível qualquer margem de escolha ou de opção para realizar o dever de proteção, o referido *corredor*, neste caso, não existia”<sup>167</sup>.

Nesse caso, parece claro também que o teste de evidência é suficiente, também porque é dispensável a instrumentalização de testes mais “sofisticados” da proibição da insuficiência.

c) uma última situação em que se vislumbra a aplicação do controle de evidência tem reflexo na ideia trazida em diversos julgamentos do TCF no sentido da existência de medidas *absolutamente inadequadas ou ineficientes* à proteção do direito ou bem tutelado. A sua aplicabilidade é restrita somente a situação *absolutas*, como a abaixo exemplificada, diferentemente do que se tem praticado.

Imagine-se que, no mesmo exemplo da aposentadoria dos servidores públicos portadores de deficiência, houvesse lei prevendo as regras de aposentadoria e todos os regramentos necessários para a sua fruição, mas condicionando a concessão de qualquer aposentadoria à criação de órgão para processar esses pedidos, e o tal órgão nunca tivesse sido criado. Nessa situação, há medida realizada, mas que é *absolutamente* ineficiente à proteção almejada.

Com esses três casos é possível verificar o âmbito de aplicação do teste de evidência, que serve, como já se disse, aos casos fáceis, não demandando muito aprofundamento no

---

<sup>167</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018, nota 189, p. 300-301.

conteúdo do princípio da proibição da insuficiência, mas inspirando cuidados para que a ideia de controle de mínimo não seja subvertida numa alegada propensão à separação dos poderes que na prática se converte num controle de constitucionalidade realizado sem amparo em testes minimamente objetiváveis e controláveis.

Em linha bastante semelhante, Vitalino Canas aduz que:

Se a interpretação constitucional revelar a existência de deveres absolutos ou categóricos, não há lugar à aplicação da proibição do defeito em seu sentido próprio. Se os deveres estiverem significativamente densificados na constituição ou, noutros termos, se esta especificar quase integralmente de que modo o dever é cumprido, não restando ao legislador mais do que uma margem mínima (ou nula) de conformação, o cumprimento desse dever não exige nem é condicionado por uma operação prévia de ponderação com bens, interesses ou valores colidentes.<sup>168</sup>

Não é viável que se tente delimitar, de maneira geral, abstrata e objetiva, o que seria o núcleo irreduzível de proteção ou promoção de direitos, mesmo que se tenha por norte o princípio da dignidade da pessoa humana, tampouco o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais específicos postos em causa nos casos concretos em eventual avaliação.

É por isso que a verificação da inconstitucionalidade por insuficiência de prestação ou promoção estatal estará sempre vinculada ao princípio da razoabilidade, traduzido nos três subtestes a seguir destacados, não sendo possível estar atrelada unicamente ao controle de mínimos.

Isso porque, desse modo, o critério seria tão fechado e minimalista que ou conduziria à diminuição da proteção estatal, garantindo a separação dos poderes, mas se afastando da concretização dos direitos fundamentais, ou seguiria permitindo os casuísmos e decisionismos, já que a definição do que é o mínimo de proteção poderia variar conforme o julgador e conforme as razões genericamente apresentadas.

Não vale afirmar, aqui, que a jurisprudência alemã é exemplo sobre o assunto. Isso porque, apesar de inaugurar a aplicação do princípio, como já mencionado, não há desenvolvimento do princípio nem mesmo no tribunal constitucional alemão.

A discussão doutrinária, por outro lado, não é acompanhada da evolução jurisprudencial nem do desenvolvimento doutrinário dos deveres estatais e da busca pela

---

<sup>168</sup> CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Coimbra: Almedina, 2017, p. 966-967.

concretização dos direitos fundamentais, aspectos que necessariamente precisam ser mensurados na definição da melhor metodologia para aplicação do princípio.

### **5.3. O conteúdo proposto: os testes de verificação da inconstitucionalidade na omissão de proteção estatal**

#### ***5.3.1. Teste de integração: verificação de razoabilidade na prestação ou promoção possível***

Para que seja possível falar em omissão ou insuficiência estatal, é necessário que haja uma possibilidade material de integração dessa omissão ou prestação insuficiente. Não se pode exigir do Estado toda e qualquer prestação para realização dos direitos fundamentais.

Como já asseverado, exigir a otimização da prestação conduziria uma inconstitucionalidade intermitente, pois sempre seria possível vislumbrar uma melhora na situação anterior, seja pela alteração das condições de tempo e espaço ou mesmo pelas circunstâncias do caso concreto.

Também não se coaduna com o atual estágio de proteção e promoção dos direitos fundamentais a mera garantia mínima. Naquilo que se chamou de corredor de constitucionalidade, viu-se que a liberdade de conformação do legislativo e do executivo encontrava-se entre as mínimas proteções e as máximas restrições capazes de lesar direitos fundamentais. Nessa senda, não se pode ter por inconstitucional omissão que decorra de irrazoável prestação ou promoção requerida.

É possível considerar que há omissão estatal que lesa direito fundamental na ausência de segurança individualizada para cada cidadão ou que o Estado deveria garantir um médico por habitante em determinado Estado? Seria razoável considerar inconstitucional a ausência de legislação conferindo direito a toda e qualquer pessoa, a qualquer tratamento, mesmo que experimental e sem comprovação científica, em qualquer lugar do mundo, por qualquer preço que fosse, e mesmo que houvesse a mínima possibilidade de cura?

O mesmo juízo pode ser feito sob o ponto de vista legislativo. Diante da pandemia do coronavírus, seria possível declarar a inconstitucionalidade por omissão estatal em decorrência da ausência de legislação que previsse a possibilidade de trabalho em regime telepresencial para os servidores públicos do Estado? Seria possível declarar a inconstitucionalidade da omissão estatal em legislar sobre a proteção de um animal em

extinção que fora recentemente descoberto? Em nenhum destes casos há razoabilidade na exigência prestacional ou promocional do Estado, porque são situações imprevisíveis e que não se adequam à realidade imaginável no estado brasileiro.

A prestação possível, da qual se imputa a insuficiência estatal, deve ser balizada segundo o caso concreto, a fim de que se verifique e se responda ao seguinte questionamento: há razoabilidade na prestação ou promoção que se alega possível e que não foi executada pelo Estado?

Esse balizamento representa importante fator para verificação da (in)validade da omissão estatal. Primeiro, é preciso verificar se realmente é possível imputar validamente ao Estado a omissão num dever prestacional. Esse é o primeiro fator de verificação da proibição de desrazoabilidade, que pode ser traduzido como a exigibilidade de atuação estatal no caso concreto.

Veja que, aqui, não se afasta a possibilidade de execução de um dever prestacional do Estado. Sob a ótica do direito tutelado, quando o dever de ação não for especificado de maneira detalhada ou especificada, é preciso avaliar se, nas circunstâncias em apreciação, a ação esperada do Estado era possível. A razoabilidade é instrumento de viabilização dessa análise, porque, se a impossibilidade for absoluta, indene de qualquer ponderação, certamente o caso estará resolvido. Os casos limítrofes, no entanto, são aqueles em que se vislumbram possibilidades de ação. Essas, no entanto, também precisam ser sopesadas, a fim de que se identifique se seria razoável a exigência de prestação estatal.

Agir diferente colocaria o Estado numa posição de potencial eterna insuficiência, já que, como já se disse em outros momentos desta investigação, imagina situações de melhor prestação é tarefa que se altera de maneira muito rápida, conforme as condições do sistema, o que nem sempre se pode exigir do Estado.

Se é inexigível uma atuação estatal prestacional, segundo as circunstâncias do momento, o que inclusive pode levar em consideração aspectos referentes à evolução científica, não há como reconhecer inconstitucionalidade na omissão. Se existe alguma atuação, mas ela é reputada por deficiente, a confirmação da insuficiência também deve levar em consideração essa aptidão de concretização do direito.

E, supondo que o primeiro teste não determine inconstitucionalidade da omissão,

ainda assim, os demais precisam ser realizados, como se demonstra a seguir.

### ***5.3.2. Teste de validade causal: proibição de desrazoabilidade na causa da omissão***

Para verificação da desrazoabilidade na omissão, deve ser investigada também a existência de justificação para a inação, total ou parcial, pelo poder público responsável<sup>169</sup>.

A avaliação da inconstitucionalidade por violação ao princípio da proibição do déficit não pode ser realizada sem que haja o balizamento com as causas da omissão estatal. Somente por esta análise é possível verificar se, de fato, os poderes públicos estão inertes na implementação ou promoção de um direito fundamental num dado caso concreto ou se se trata de escolha política justificada ou demora razoável para a execução da ação prestacional.

Para que se configure uma omissão que transborda a barreira da liberdade de conformação nas escolhas políticas, é preciso que se investigue se realmente há a inação completa ou desarrazoada do poder público quanto ao aspecto tratado, sob pena de, mesmo havendo atuação estatal, imiscuir-se o judiciário na implementação de políticas públicas.

Essa mensuração, sopesada com esteio na razoabilidade, permitirá que se avalie se há motivo para a omissão ou mora do poder público. Sendo tal causa razoável, por mais que disso redunde eventual falha prestacional, não pode o judiciário ocupar tal espaço de decisão política.

Apesar de esse fator não ter sido utilizado de maneira expressa ou racional, na ADO 26, julgada pelo STF e acima referenciada, ficou bem clara a pertinência de tal verificação, quando se decidiu que houve exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTQI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional.

Essa verificação deu-se no julgamento quando foi sopesada a existência de uma série de propostas legislativas a respeito do assunto em tramitação há muitos anos nas casas legislativas, mas sem encerramento com resultado útil. Isso porque, em sendo razoável o tempo decorrido do surgimento do problema até a resposta efetiva do poder legislativo, não deveria poder o judiciário invadir a esfera de atuação política para definir o caminho a ser

---

<sup>169</sup> Novais, apesar de não alocar como critério autônomo, também faz essa ressalva. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. P. 215.

seguido na esfera de proteção ou promoção dos direitos fundamentais.

No caso, havia irrazoabilidade na causa da omissão, o que determinou o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Usando mais uma vez o exemplo do coronavírus, não seria possível reputar como irrazoável a omissão do Estado na disponibilização de métodos de tratamento e combate ao vírus, como ocorreu quanto ao uso da substância hidroxicloroquina, diante da situação repentina que se instalou com a pandemia, ao que se alia a necessidade justificada de realização de estudos e testes para garantia da segurança dos tratamentos.

No mesmo sentido, poder-se-ia dizer que não seria razoável considerar haver omissão inconstitucional na proteção da população LGBTQI+, como promovida pelo STF em 2020, na década de 1980 no Brasil, porque, àquela altura, poderia ainda não estar configurada mora desrazoável na prestação estatal diante da realidade social do momento.

Por respeito à separação dos poderes, é imprescindível que, para caracterização da inconstitucionalidade de uma omissão, verifique o judiciário se há medidas sendo executadas pelo poder público responsável, se há justificção para a mora, se há justificção para a inércia e se há razoabilidade nas medidas até então efetivadas ou em execução, no que concerne à prestação exigida no momento e conforme as circunstâncias do caso.

Sem esse sopesamento, também embasado na razoabilidade, é impossível que se considere determinada prestação como insuficiente sem que se arrisque ofender a separação dos poderes. Somente se pode considerar legítima a invasão do Poder Judiciário na integração de omissões políticas se houver o balizamento da razoabilidade nas causas dessa omissão.

Afasta-se, portanto, a atuação do judiciário quando se estiver diante de uma decisão política aceitável (dado o caráter contramajoritário típico do Poder Judiciário), ou de mora razoável diante das circunstâncias do caso concreto. Resguarda-se, assim, a intervenção judicial apenas para os casos de verdadeira falha prestacional decorrente de omissão com inexistência de justa causa ou com justificativa irrazoável.

### ***5.3.3. Teste de validade consequencial: proibição de desrazoabilidade na consequência da omissão***

Por fim, segue-se o mesmo critério de Novais quanto à proibição de desrazoabilidade

nas consequências da omissão. Assevera o autor que:

A verificação judicial de existência de desrazoabilidade centra-se na situação objectiva em que a omissão de prestação deixa os titulares do direito, considerando-se, então, que há um défice inconstitucional de proteção quando a omissão estatal deixa os cidadão afectados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social.<sup>170</sup>

Verificam-se, nesse teste, os efeitos produzidos na esfera do afetado em razão da ausência ou insuficiência de prestação, comparados com os efeitos e as consequências que poderiam ocorrer caso fossem adotadas outras condutas razoavelmente possíveis pelo Estado.

Aqui, proíbe-se a desrazoabilidade em função dos efeitos verificados no caso concreto. É possível que haja razoabilidade na causa da omissão e que, mesmo assim, haja ofensa tão forte ao direito tutelado que não possa passar despercebida da proteção judicial, quando em comparação com os efeitos que a ação estatal poderia gerar.

Foi assim que, mesmo não considerando crime a homofobia e sem realmente adotar o que aqui se aduz, os tribunais brasileiros passaram a reconhecer o direito ao casamento homossexual. Sabe-se que não foram essas as razões expressas para o desenrolar dos acontecimentos, mas seria possível justificar, em algum momento do passado, que havia causa razoável para a não intervenção judicial (em face da existência de projetos de lei em tramitação nas casas legislativas, segundo os regulares prazos constitucionais) e que a ofensa não era evidente diante da aparente novidade na busca pelo direito ao casamento desse grupo minoritário junto aos poderes constituídos. Ainda assim, no entanto, seria possível verificar que não se poderia tolher o direito à felicidade daquelas pessoas, que, por isso, deveriam ter o direito ao casamento.

## 6. Conclusões

Esta dissertação é encerrada com seis conclusões, que objetivam fornecer respostas a às premissas identificadas e aos problemas investigados, bem como culmina com uma proposta que visa a fornecer substrato para aplicação do cerne principal do trabalho, que é o conteúdo jurídico do princípio da proibição da insuficiência.

As conclusões das premissas desta investigação são relativamente simples: (i) ao

---

<sup>170</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-145. P. 215.

Estado são definidos constitucionalmente deveres de prestação; (ii) a proibição da insuficiência é um critério quase obrigatório de controle de constitucionalidade das omissões prestacionais do Estado; (iii) e o controle judicial de constitucionalidade de omissões carrega dificuldade potencial sobrelevada quando da integração de omissões, sob a ótica da separação dos poderes, que precisa ser corrigido pela solidificação dos critérios decisórios.

Na realidade jurídico-constitucional contemporânea, há clara sobreposição da necessidade de estudo aprofundado dos deveres prestacionais do Estado. O foco do constitucionalismo já foi a contenção do poder estatal em face das liberdades individuais e coletivas. Nessa preocupação, as constituições divagaram sobre projetos de nação, de sociedade, ampliando demasiadamente o rol de direitos previstos, a fim de garantir os cidadãos em face de eventuais desmandos estatais. Hoje, o constitucionalismo vai além: esse percurso se iniciou pela ratificação de que havia, nessa linha de instrumentalização de direitos, correlatos deveres estatais, os quais seriam de proteção dos indivíduos – o que evoluiu para a ótica das prestações em geral, incluindo a promoção, a organização, o processo e o financiamento.

É nesse espectro, já bem mais ampliado também, que se pode concluir que um dos principais focos de atenção no estudo do direito constitucional reside na concretização das normas constitucionais, para que se lhe atribua máxima efetividade e eficácia.

Não se trata de algo novo, mas, atualmente, a potencialização da velocidade das transformações, da difusão das necessidades sociais, da capacidade social de organização, da velocidade do trânsito de informações e até mesmo da evolução científica despertam ideais dirigidos à realização das promessas do pós-segunda guerra e (re)constitucionalizadas após diversos regimes ditatoriais, como aconteceu no Brasil e em Portugal, por exemplo.

Confluíram para essas verificações a identificação da posição do Estado na relação jusfundamental, que caminhou de uma omissão deliberada de atuação interventiva ao dever de atuação promocional; a demonstração do primado da atividade legislativa na concretização dos direitos e deveres previstos nas constituições, no que se amplia também a ideia de que as omissões não são somente legislativas, mas podem decorrer de falhas prestacionais em geral do Estado; e a argumentação traçada em torno da dificuldade contramajoritária em face da necessária atuação controladora do judiciário na resolução de controvérsias envolvendo omissões prestacionais do Estado e confirmação da máxima efetividade das normas constitucionais.

É nesse contexto que se insere o princípio da proibição da insuficiência como critério capaz de solucionar esse emaranhado de situações jurídicas que culmina principalmente nas decisões judiciais que avalia a constitucionalidade decorrente de falhas prestacionais dos poderes constituídos.

A retórica, enfrentada *em passant* nesta investigação quando da avaliação lateral da argumentação e racionalidade jurídicas, revela a necessidade de preenchimento normativo do critério utilizado para correção de omissões estatais, sob pena de se maximalizar o poder judicial a patamares que destoam da sua vocação constitucional, ferindo a separação dos poderes. Isso, aliás, decorre de outra verificação, que reside na indefinição do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência do ponto de vista doutrinário.

Superadas essas três primeiras conclusões acerca da ampliação do espectro dos deveres estatais de prestação, da necessidade da proibição da insuficiência para instrumentalizar o controle de constitucionalidade por omissões nos deveres estatais prestacionais e da necessidade de preenchimento normativo ao princípio em comento para que as decisões judiciais sobre o assunto sejam hábeis à resolução do problema, as conclusões quanto aos problemas principais identificados são outras três: (i) a proibição da insuficiência, apesar da divergência doutrinária, é dotada de autonomia dogmática; (ii) há clara indefinição a respeito do conteúdo jurídico do princípio; (iii) e não houve evolução jurisprudencial suficiente para melhor aplicação do princípio nos âmbitos investigados (Alemanha, Portugal e Brasil).

A par das teses contrárias e de certa indefinição estrutural quanto à autonomia da proibição da insuficiência, que tem sua personalidade confundida ou misturada com os deveres de proteção, com o princípio da proporcionalidade e até com o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, demonstrou-se que se trata de conteúdo jurídico próprio, que se distingue dogmaticamente dos demais institutos, não se confundindo, também, com as ideias de mínimo existencial nem se restringindo absolutamente pela reserva do possível.

Sem apego à adoção de apenas uma linha de pensamento existente, concluiu-se pela validade da utilização do corredor de conformação da decisão política, dentro do qual, sem inconstitucionalidade, transita o legislador e o administrador entre mínimas prestações e máximas restrições. Afastou-se a ideia do controle de mínimos como critério de preenchimento do conteúdo da proibição do déficit, atribuindo-lhe a posição de parâmetro que define o alcance do poder jurisdicional de verificação do cumprimento do princípio. Vai-se

além, a propósito, ao se considerar dispensável a proibição da insuficiência quando há o controle de evidência com resultado pela inconstitucionalidade.

Atribui-se utilidade para verificação de inconstitucionalidade por meio do controle de evidência a apenas três situações vislumbradas, quais sejam, (a) a hipótese em que o direito é previsto constitucionalmente com a prescrição exata da prestação estatal a ser realizada e nada é cumprido; (b) o caso da existência excepcional de apenas uma solução, uma única via, que permita garantir a proteção a um bem ou direito, como a situação de necessidade de salvamento de alguém em que a única medida disponível e eficaz obriga a destruir patrimônio de outra pessoa; (c) e nos casos em que as medidas parciais tomadas pelo Estado são *absolutamente inadequadas ou ineficientes* à proteção do direito ou bem tutelado.

Na jurisprudência da Alemanha, Portugal e Brasil, preservadas as peculiaridades de cada caso, a conclusão quanto à evolução do princípio é semelhante: não há evolução quanto ao firmamento de um conteúdo jurídico preciso à proibição da insuficiência, estando os tribunais ora atrelados a argumentos que sequer se confirmam em suas próprias decisões, como faz Alemanha e Portugal na suposta adoção do controle de mínimos, que se mostra seletiva e não uniforme, ora utilizando o princípio como argumento retórico que sequer sofre demonstração racional em suas decisões, como acontece no Brasil.

Disso tudo resulta essa indefinição do conteúdo jurídico da proibição da insuficiência, o que permitiu a busca pela apresentação de proposta de preenchimento normativo do princípio, com a intenção de que, para que seja aplicado, passe por testes de verificação de inconstitucionalidades.

Atribuindo-lhe estrutura preponderantemente ponderativa, apesar de dissociada do próprio conteúdo dos direitos fundamentais correlatos, e numa tentativa de aproximação a verificação de validade realizada na proporcionalidade, por meio de testes quase que sucessivos, propôs-se a realização de três testes para identificação de inconstitucionalidades em decorrência de omissões ou deficiências prestacionais.

De se notar, nesse contexto, que os testes de certo modo aderem à proposta de Jorge Reis Novais quanto ao uso da razoabilidade como critério definidor, mas há ampliação do espectro de verificação, concentrando a análise para além da omissão em si, mas principalmente nos seguintes fatores: a razoável possibilidade de ação prestacional do Estado e a proibição de desrazoabilidade nas causas e nas consequências da omissão estatal.

Seguindo, assim, os três testes propostos, quais sejam, (i) o teste de integração, para verificação de razoabilidade na prestação que pretensamente se exigira do Estado na situação; (ii) o teste de validade causal, que proíbe haver desrazoabilidade na causa da omissão; e (iii) o teste de validade consequencial, que veda a desrazoabilidade na consequência da omissão prestacional. Supridos os três testes sem identificação de invalidade na omissão, não há inconstitucionalidade.

Certamente o tema seguirá despertando polêmica, face ao caráter rarefeito que as não ações causam na concretização de avaliações dogmáticas a respeito do assunto. Espera-se, de todo modo, que se tenha apontado mais luz ao problema, que invariavelmente precisa de soluções para correção do controle irracional e mal justificado, especialmente judicial, das omissões estatais consideradas inconstitucionais.

## Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 572, p. 578 e ss., 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*, trad., Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 144.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ayres Brito. Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 Divulgação: 27-05-2010. Publicação: 28-05-2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Celso de Melo.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n° 727864** AgR/PR. Relator(a): Celso de Mello Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, acórdão eletrônico dje-223 divulgado em: 12-11-2014; publicado em: 13-11-2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104.410/RS**. Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em: 06/03/2012. Acórdão Eletrônico DJe-062. Divulgado em: 26.03.2012. Divulgação: 26.03.201. Publicação 27.03.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 523583**. Relator: Gilmar Mendes. Data de julgamento: 26.12.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 418.376**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23-03-2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n° 235**. Decisão da Presidência: Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 08/07/2008.

BverfGE, 39, 1, 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*).

BVerfG, decisão da 1ª Câmara de 04 de maio de 2011 - 1 BvR 1502/08 -, marg. (1-61).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. **Proibição do Excesso, Proibição do Defeito e Garantia do Conteúdo Mínimo nas Colisões de Direitos Sociais**. Direito Público, [S. l.], v. 19, n. 101, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6420>. Acesso em: 5 maio. 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267

DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1991.

DEMETERCO, Isabella. **A proibição da insuficiência na jurisprudência do STF**. Tese de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/49968?mode=simple> . Acesso em 08 de maio de 2022.

DIETLEIN, Johannes. **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**. Berlin: Dunker & Humblot, 1992.

DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EHRHARD, Denninger. **Der Präventions-Staat**. KJ, nº 21, 1988.

HAIN, Karl-Eberhar. **Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot**. In: DVBl 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KLATT, Matthias; e MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. (Trad. Alfredo Gallego Anabitarte) 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 9, p. 7029-7073, 2014. P. 7071 Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf). Acesso em: 24.09.2020.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”** (Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque). Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MENDES, André Caixeta da Silva. **O STF e a proibição da insuficiência: a proporcionalidade na litigância de direitos sociais**. Monografia (Especialização em Direito

Público). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2018. P. 53. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicao-de-Insuficiencia.pdf>>. Acesso em: 24.09.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Almedina, 2018.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL, Lisboa, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 2016.

\_\_\_\_\_. **Princípios estruturantes do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2019.

RICHTER, Ingo; SCHUPPERT. Gunnar Polke. **Casebook Verfassungskrecht**. 3. ed. München, 1996.

RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?** Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>> Acesso em: 15/09/2020.

\_\_\_\_\_. **O STF às voltas com a “Navalha de Ockham”: uma “Proibição de Insuficiência” como Controle de Proporcionalidade das Omissões?**. In: Vojvodic, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de, (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência** in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, mar.-abr. de 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (Trad. Leonardo Martins). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. P. 265-266.

SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. *International Journal of Constitutional Law* v. 11, p. 557-584, 2013.; SILVA, Virgílio Afonso da. **'Um voto qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal**. REI - Revista Estudos Institucionais, v. 1, p. 180-200, 2016.

\_\_\_\_\_. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal** *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso). n. 47. Jul/dez 2015. p. 205-225.

\_\_\_\_\_. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, março/2005.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?** *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, 2005; \_\_\_\_\_. *The core of the case against judicial review in Yale Law Journal*, 115 (2006).