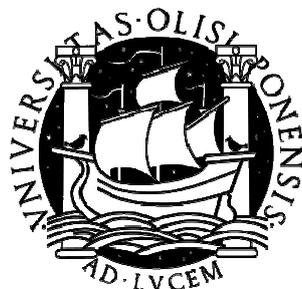


UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS – DIREITO
CONSTITUCIONAL



GLEYDSON GLEBER BENTO ALVES DE LIMA PINHEIRO

OS DEVERES DE AÇÃO ESTATAL E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO
DEFICIENTE: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

LISBOA

2014

GLEYDSON GLEBER BENTO ALVES DE LIMA PINHEIRO

**OS DEVERES DE AÇÃO ESTATAL E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO
DEFICIENTE: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL**

Dissertação de mestrado apresentado ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas– Direito Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL em parceria com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Brasil, como requisito para a conclusão do referido curso.

Orientador Metodológico: Professor Doutor Jorge Reis Novais.

2014

Lisboa

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a aplicação, efetivação e restrição dos direitos fundamentais. Utilizando como base a doutrina portuguesa e brasileira buscamos analisar os deveres de ação estatal, no contexto jurídico-evolutivo da problemática, estabelecendo também um estudo sobre o princípio da proibição da proteção deficiente, e suas conexões com o princípio da proibição do excesso e a reserva do financeiramente possível e do politicamente oportuno. Portanto, a presente dissertação é um estudo interdisciplinar. Criase um embate entre a já conflituosa relação da concretização da Constituição e da separação de poderes, com apresentação da posição do Poder Judiciário em relação aos deveres de ação. Ao fim, retrataremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre os temas propostos, indicando sua total disfunção com a posição doutrinária, fazendo análise conclusiva sobre o tema.

ABSTRACT

This paper deals with the implementation, execution and restriction of fundamental rights. Using as a basis the Portuguese and Brazilian doctrine we analyze the duties of state action in the context of legal and evolutionary problems while setting up a study on the principle of prohibition of poor protection, and its connections with the principle of prohibition of excess reserves and the financially feasible and politically expedient. Therefore, this dissertation is an interdisciplinary study. Creates a clash between the already contentious relationship embodiment of the Constitution and the separation of powers, with presentation of the position of the judiciary in relation to the duties of action. At the end, portray the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on the proposed themes, indicate your dysfunction with the doctrinal position, making conclusive analysis on the topic.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais – Deveres de Ação Estatal – Proibição da Proteção Deficiente – Proibição do Excesso – Reserva do Possível – Controle Judicial – Ativismo Judicial - Supremo Tribunal Federal do Brasil – Brasil.

ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública;

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

HC – *Habeas Corpus*

MI – Mandado de Injunção;

MS – Mandado de Segurança;

RExt – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil.

*Para minha avó Guiomar, que se foi
e deixou um imenso vazio.*

*Para minha mãe Vera, que me guia
na bondade e compaixão.*

*Para minha esposa Andraluzza, que
me fez novamente enxergar o amor.*

*Para minha filha Mariana, que nem
chegou e já me enche de alegria.*

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa

INDICAÇÕES DE REDAÇÃO E LEITURA

- O Relatório foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o Acordo em questão foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 54, de 18 de Abril de 1995. Com isso procura-se justificar, por exemplo, a supressão do trema e algumas diferenças em relação ao uso do hífen, à acentuação e à ortografia de algumas palavras.

- Ressalta-se que o acordo é meramente ortográfico, e por isso não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa.

- As obras consultadas correspondem a material publicado à data do depósito desta dissertação, ou seja, 26 de junho de 2014.

- As obras citam-se em nota de rodapé da seguinte forma: tanto a primeira citação inclui referências completas de autor, título, local e data de publicação, quanto as seguintes citações, optando-se por este método para evitar qualquer problema relacionado à autoria dos textos citados.

- A bibliografia final contém referência completa de todas as obras citadas no texto.

- Salvo indicação em contrário, toda a jurisprudência brasileira citada é pesquisável por data ou processo em www.stf.jus.br.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. OS DEVERES DE AÇÃO ESTATAL.....	15
2.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o dever de ações positivas a serem realizadas pelo Estado.....	15
2.2. O dever estatal de proteção.....	25
2.3. O dever estatal de promoção.....	33
2.4. Deveres de ação estatal e efetividade dos direitos fundamentais.....	36
3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	38
3.1. O surgimento da proibição da insuficiência: análise da jurisprudência alemã.....	38
3.2. Em busca de um conceito: as concepções doutrinárias.....	42
3.2.1. doutrina do conteúdo mínimo obrigatório: análise crítica.....	44
3.2.2. doutrina da inexistência de autonomia dogmática: considerações críticas....	48
3.2.3. doutrina da estrutura trifásica: exame crítico.....	52
3.2.4. doutrina da otimização dos deveres de proteção: análise crítica.....	57
3.2.5. buscando uma construção dogmática para o conceito e os critérios caracterizadores da proibição da insuficiência.....	61
3.3. Limites ao princípio da proibição do déficit.....	69
4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO.....	73
4.1. A proibição do excesso: conceito e caracterização.....	73
4.2. Autonomia dogmática do proibição da insuficiência: diferenças e similitudes em relação à proibição do excesso.....	78
5. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	82
5.1. Obstáculos à efetivação dos deveres de ação.....	82

5.2. O mínimo existencial.....	87
5.3. Escassez material de recurso e escolha do administrador.....	94
6. O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES DE AÇÃO.....	98
6.1. A possibilidade do controle judicial dos deveres de ação.....	98
6.2. Omissões estatais e Poder Judiciário: instrumentos de controle.....	105
7. A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	116
7.1. Os deveres de ação, a omissão estatal e o STF.....	116
7.2. A proibição de insuficiência e o STF.....	123
7.2.1. Deveres de Proteção Estatal.....	124
7.2.2. Deveres de Promoção Estatal.....	134
7.2.3. Não enfrentamento da matéria pelo STF.....	140
7.3. A errônea aplicação do princípio da proibição de insuficiência pelo STF.....	143
7.3.1. a aplicação com falta de autonomia dogmática.....	143
7.3.2. a aplicação como “princípio esponja”.....	145
7.3.3. O “ativismo judicial” tendo como pano de fundo o princípio da proibição da insuficiência.....	148
8. CONCLUSÃO.....	155
9.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DE SÍTIOS ELETRÔNICOS.....	159

1. INTRODUÇÃO

Os deveres de ação estatal sempre foi dos temas mais debatidos pelos constitucionalistas, em especial com a implantação do chamado Estado Social, em que as Constituições escritas são firmadas como ordem jurídica fundamental de onde todos os demais atos estatais buscam seu fundamento de validade. Essa supremacia constitucional e a visão de que cabe ao Estado concretizar os preceitos esculpidos no texto constitucional traz também à discussão a possibilidade da omissão estatal ou de uma ação insuficiente na proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Neste trabalho pretende-se analisar o problema relacionado com os deveres de proteção estatal e a atuação do Poder Judiciário quando tais deveres não são satisfeitos pelos órgãos que primariamente deveriam atuar. Importante de logo frisar que em espaço tão reduzido, a vastidão dos vários temas aqui tratados não terão a envergadura que trabalhos específicos possam explorar. A proposta então é modesta, quando se realiza no âmbito de trabalhar os deveres de ação estatal e a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente em específica ordem constitucional (a brasileira) e em determinado Tribunal (o Supremo Tribunal Federal brasileiro), o que não retira a pesquisa em fontes de outros países, em especial na doutrina portuguesa e na jurisprudência alemã.

Não é também intuito da pesquisa inovar na abordagem da teoria, mas sim demonstrar as correntes que se apresentam e a aplicação destas na jurisprudência brasileira sobre o tema. A pesquisa analisa a dogmática constitucional e sob o aspecto analítico, importa uma discussão lógico-conceitual, havendo estudo bibliográfico para tanto. No aspecto empírico, reuniu-se as principais decisões do Corte Constitucional brasileira, fazendo contraponto com decisão da Corte Constitucional alemã. Já no aspecto normativo, houve a proposição de critérios para atuação do Poder Judiciário no controle dos deveres de ação.

Quanto à estratégia utilizada, o relatório está estruturado em seis capítulos. Após a introdução, o segundo capítulo versa sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ao estudar a teoria dos deveres de ação estatal, buscamos a diferenciação entre as funções dos direitos fundamentais, dando ênfase à vinculação positiva, exposta tanto na proteção estatal contra agressões de terceiros quanto na promoção dos direitos fundamentais fulcrado no princípio da igualdade.

No terceiro capítulo é explorada a doutrina da proibição da proteção deficiente com exposição das várias teorias apresentadas para o tema e filiação clara a uma delas, fundada nos critérios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana expressada no mínimo existencial para caracterização do princípio. Há, ainda, o estudo dos limites para aplicação do princípio. Há utilização de ferramentas conceituais e teor éticas que a construção dogmatiza, em consonância com casos práticos, como os famosos casos envolvendo o aborto e decididos pela Corte Constitucional alemã.

O quarto capítulo traz as figuras do princípio da proibição do excesso e do princípio da proibição do déficit, bem como a demonstração da errônea aplicação de um dos princípios como reverso do outro. Não se esquivava o trabalho de demonstrar as similitudes existentes entre os princípios, mas traz também delineadas as diferenças e caracteriza a autonomia dogmática do princípio da proibição da insuficiência.

Em sequência há capítulo explorando os obstáculos à efetivação dos deveres de ação, demonstrando a tensão existente entre as figuras do mínimo existencial e da reserva do possível e trabalhando quando realmente a escassez de recurso importará na escolha do administrador da prestação material a ser executada. A ponderação entre reserva do possível e a margem de decisão política também é apresentada no trabalho, expondo que a ponderação só não será aceita quando o núcleo dos direitos em jogo importarem em violação da dignidade humana, a ser considerada dentro dos padrões do Estado Social.

O capítulo que trata do controle judicial dos deveres de ação tem em primeiro plano a busca por critérios que possam ser utilizados na aferição da liberdade de conformação do Legislativo e do Executivo na efetivação dos direitos fundamentais e o estudo das correntes que permitem ou reprimem a possibilidade de controle judicial. Logo após, há análise dos principais instrumentos de controle judicial constantes de legislação brasileira, com ênfase na possibilidade de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Em capítulo final há análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando de sua aplicação de princípio da proibição do déficit, demonstrando as incoerências de análise jurisprudencial, com total falta de autonomia dogmática e utilização do princípio como argumento secundário e que se retirado do texto não traz qualquer modificação de resultado. Não se descarta o trabalho em observar que a atuação da Corte Constitucional brasileira é proativa e garante por vezes o que o legislador

e o administrador não fazem por deliberada omissão. Ao se tratar, pois, do <<ativismo judicial>>, há opção por se manter à margem de qualquer posicionamento sobre o tema, apenas expondo as principais correntes e concluindo que independente da corrente trabalhada a conclusão é de um trabalho mais ativo da Corte Constitucional, recorrendo ao princípio para fundamentação de alguns julgados.

Há breve incursão na jurisprudência pois a escassez dos julgados não permite maior aprofundamento prático. Tentou-se, entretanto, que a pobreza jurisprudencial não retirasse a proposta de mudança de enftreamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, com realização de algumas críticas às decisões.

Nem tudo a ser lido despertará o consenso. Ao reverso, o texto busca vivificar o debate em torno de tema ainda pouco discutido na realidade brasileira e bastante combatido em tempos de contenção orçamentária. O convite ao diálogo espera uma leitura crítica da função da proibição do déficit, com a busca de seu efeito prático.

2. OS DEVERES DE AÇÃO ESTATAL

2.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o dever de ações positivas a serem realizadas pelo Estado

Abordaremos de plano a questão dos deveres de ação estatal como pressuposto para a análise do princípio da proibição da proteção deficiente, e para tanto necessário se faz uma incursão no estudo dos direitos fundamentais, com suas diversas classificações e em especial a dimensão objetiva destes direitos, que faz nascer os deveres de ação a serem desenvolvidos pelo Estado.

O estudo dos direitos fundamentais é sempre iniciado por sua classificação de acordo com o elemento histórico, com o chamado aspecto geracional dos direitos fundamentais, observando-se, dentre outras classificações¹, a tripartite, que os elenca em: a) direitos fundamentais de primeira geração; b) direitos fundamentais de segunda geração; c) direitos fundamentais de terceira geração, tomando por base na essência a relação do Estado com o cidadão e que direito está sendo considerado.

Os chamados direitos de primeira geração (ou primeira dimensão), são marcados pela ideia de liberdade, eis que por serem característicos do início do constitucionalismo no Ocidente, têm na burguesia a classe que dominava o século XVIII e que tinha a nítida intenção de limitar o poder do soberano, sendo, pois, direitos de defesa, em que o indivíduo exige uma posição de inércia do Estado².

O professor Paulo Bonavides os classifica como os direitos civis e políticos³, devendo-se elencar que há nítida valoração das liberdades em geral, inclusive as liberdades coletivas e uma busca pelo direito ao voto no campo político. Apesar da

¹ O Professor Paulo Bonavides chega a mencionar os direitos fundamentais de quarta geração como sendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo e o direito à paz mundial como sendo o direito de quinta geração. Tais direitos, todavia, podem se enquadrar na classificação tripartida se considerarmos o sujeito utente do direito. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Criticando o termo “gerações”, e utilizando o termo “dimensões”, mas esclarecendo a importância da divisão: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 56.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 581.

liberdade ser o sinal característico nesta dimensão, a igualdade já traz sua primeira nuance, mas ainda uma igualdade formal, perante a lei, dando maior suporte ao sentido de legalidade que mesmo de igualdade.

Vieira de Andrade traz importante visualização histórica desta dimensão dos direitos fundamentais, asseverando que o liberalismo tem o indivíduo como ponto de partida, a propriedade como sua condição objetiva e a segurança enquanto pressuposto desta liberdade, entabulando tais direitos como sendo as liberdades e as garantias de que o Estado não importunará as liberdades adquiridas⁴.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, englobando os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgem com o Estado Contemporâneo, nascem <<abraçados ao princípio da igualdade>>⁵, como bem assinala Paulo Bonavides. No presente estudo importa salientar a dimensão positiva de tais direitos, concedendo aos indivíduos o direito à prestação estatal. Na lição de Ingo Sarlet << não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas liberdades sociais, do que dão contam os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores>>⁶. São, em regra, os direitos sociais, culturais e econômicos e ganham força justamente no período da luta de classes e da necessidade de se estabelecer que ao Estado não basta assumir uma posição de inércia face os direitos do indivíduos, mas prestar condições para a vida em sociedade.

Importante frisar que os direitos sociais têm destinatário certo, e apesar de terem a característica da homogeneidade, não são destinados a entes coletivos ou difusos. Paulo Bonavides fala do aspecto objetivo de tais direitos, surgindo a figura da garantia constitucional contra atos arbitrários do Estado⁷, ao passo que Jorge Miranda atenta para a exigência de efetivação pública dos direitos econômicos, sociais e culturais, que na Constituição Portuguesa é considerada << tarefa fundamental >>⁸. Os direitos de

⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52 e ss.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 582.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 57.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 587.

⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 5ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora 2012, p. 474. Sobre o tema, José Melo ALEXandrino expõe a distinção entre os direitos, liberdades e garantias contidos na Constituição Portuguesa dos direitos económicos, sociais e culturais, sendo

segunda dimensão, pois, têm como característica marcante o dever estatal de promoção, indo mais além que simplesmente proteger os direitos contra ação de terceiros.

Os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos marcados pela indeternabilidade dos destinatários e têm na fraternidade o elemento caracterizador, pois são direitos que preservados no presente garantem uma existência digna às gerações subsequentes. Mesmo sem estabelecer a distinção dos direitos fundamentais em gerações, Jorge Miranda escreve sobre os <<direitos fundamentais de gerações futuras>> e estabelece que pertence ao Estado o dever de cumprimento, com forte elo entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais e os deveres de proteção⁹.

Vieira de Andrade os chama de <<direitos circulares>>, caracterizando-os pela horizontalidade e forte dimensão objetiva, com fruição não só pelos vivos, mas pelas futuras gerações¹⁰. Atualmente, o texto constitucional traz em si a noção de abertura textual dos direitos fundamentais. Assim, surge a figura do catálogo material de direitos fundamentais, que incorporam outros direitos considerados fundamentais pela sua essência e conteúdo além dos direitos formalmente expressos na Constituição. Novos direitos fundamentais podem e devem surgir, servindo a classificação geracional apenas para traçar o momento histórico do surgimento destes direitos¹¹.

Que se entenda não ser o critério geracional um sistema sucessivo de direitos fundamentais, em que uma geração sucede a anterior e a substitui. Em verdade, o sistema geracional apenas traduz o momento histórico em que tais direitos surgiram, mas todos os direitos coexistem na atualidade. A verdadeira crítica que se faz ao método geracional é a separação estanque e pelo momento histórico dos direitos, em detrimento de seu conteúdo preponderante, até porque existem direitos com conteúdo social pertencentes

aqueles circunscritos a direitos de proteção pelo Estado e estes deveres de promoção impostos ao Estado. ALEXANDRINO, José Melo. Direitos Fundamentais. 2ª. edição, Cascais: Príncipia Editora, 2011, p. 45.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 5ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 49.

¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65.

¹¹ Tanto a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 16º, nº1, quanto a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, parágrafo 2º, contemplam a abertura do sistema de direitos fundamentais. José Melo Alexandrino fala da <<generosidade>> da Constituição Portuguesa de 1976 na extensão do catálogo de direitos fundamentais, expressando abertura até ao Direito Internacional e ao Direito da União Europeia. ALEXANDRINO, José Melo. Direitos Fundamentais. 2ª. edição, Príncipia Editora. Cascais. 2011, pp. 52-53. Também sobre o tema, PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. Teoría de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. In. Revista da Faculdade de Direito da FMP. Nº. 2. Porto Alegre, 2008, pp. 43-60.

à primeira geração e direitos com conteúdo de liberdade presentes na segunda geração. O estudo dos direitos fundamentais com base em seu conteúdo preponderante melhor explicita a diferenciação entre eles.

A classificação dos direitos fundamentais de acordo com o seu conteúdo preponderante assinala qual o núcleo essencial deste direito e como deve agir o Estado para sua efetivação¹². Assim, quando o Estado deve permanecer inerte temos as liberdades negativas e quando se pleiteia uma posição ativa do Estado temos as liberdades positivas. É a atuação (ou não) do Estado para a concretização do direito que o define e não o momento histórico em que o mesmo foi reconhecido.

Robert Alexy traz importante e fundamental classificação dos direitos fundamentais de acordo com o núcleo essencial em direitos a ações negativas ou direitos de defesa e direitos a ações positivas ou direitos a prestações em sentido amplo. Os direitos a ações negativas são divididos em direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas¹³.

Interessante que quando fala dos chamados <<direitos a algo>>, Alexy alerta para a relação triádica, em que temos um titular de um direito contra outro alguém e o objeto deste direito. Os direitos de defesa são direitos dos particulares contra o Estado e o objeto deste direito é uma ação negativa estatal. Os chamados direitos ao não-embaraço de ações por parte do Estado pressupõem que exista o direito e que o Estado tem o dever de não dificultar o exercício deste direito, e para isso deve se abster de praticar atos que dificultem o exercício dos fundamentais direitos pelos súditos. Os direitos à não-afetação de características e situações abrangem a ação negativa do Estado em relação a bens jurídicos dos indivíduos, como exemplo o direito à vida. Por fim, os direitos à não-eliminação de posições jurídicas estão adstritos ao aspecto normativo e não permite que o Estado elimine direitos fundamentais através de normas jurídicas, devendo abster-se de criação de normas neste sentido¹⁴.

¹² SCHÄFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 41.

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p. 193 e ss.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, pp. 193-201.

Martin Borowski também traz interessante diferenciação entre os direitos de defesa e direitos a prestações, indicando ainda na divisão a figura dos direitos de igualdade. Ao falar da estrutura dos direitos de defesa, expõe que as restrições a estes direitos devem ser analisadas à luz do exame da proporcionalidade em sentido amplo, no seu aspecto proibição do excesso¹⁵.

Ao discorrer sobre os direitos a ações estatais positivas, a que chama direitos a prestações em sentido amplo, Alexy alerta que para a persecução destes direitos subjetivos a ações positivas nasce o dever objetivo do Estado¹⁶. Divide-os em direitos à proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Têm destinatário certo e mantêm a mesma relação triádica dos direitos de defesa, com a única diferença de reclamarem do Estado uma ação positiva.

Os direitos a proteção são aqueles que reclamam uma atuação estatal contra a intervenção de terceiros. No tocante à existência, Alexy os destaca enquanto direitos subjetivos, apesar de indicar que o Tribunal Constitucional Alemão tende a considerá-los deveres objetivos. Ao discorrer sobre os direitos a organização e procedimento expõe que tais direitos participam do debate moderno sobre direitos fundamentais e que a aceitação dos direitos a organização e procedimento produzem medidas estatais para dar eficácia aos direitos fundamentais. Já ao descrever os direitos fundamentais sociais ou direitos a prestação em sentido estrito, traz conceito muito esclarecedor de que são os direitos que os indivíduos devem obter do Estado sempre que não tiverem meios financeiros para obter diretamente de outro particular, podendo também existir quando não houver oferta suficiente deste direito¹⁷.

Com a diferenciação entre direitos de defesa dos direitos a prestações, diz a doutrina que os direitos de defesa têm a característica da universalidade ao passo que os direitos a prestações são existenciais, e como exemplo tem-se a proibição de matar, que na sua esfera negativa é universal, pois não permite que se mate em qualquer

¹⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 143.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p. 436.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p. 450 e ss. Martin Borowski também mantém as subspécies dos direitos a prestações tal qual Alexy, concordando com o autor também quando diz que os direitos a prestações são direitos subjetivos. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 144.

circunstância, não ocorrendo o mesmo na sua feição positiva, pois contendo um mandato de ação, pode o Estado escolher no caso concreto qual a melhor maneira de evitar homicídios¹⁸. Se nos direitos de defesa toda e qualquer conduta restará proibida, nos direitos a ações positivas muitas possibilidades aparecem enquanto possíveis, gerando para o executor a maneira de satisfazer dentre as factíveis.

Constatando-se que a divisibilidade dos direitos fundamentais leva a uma dificuldade na aplicação dos direitos a prestações, em especial na categoria direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais, propõe a doutrina a indivisibilidade dos direitos fundamentais, em que as mesmas regras e princípios serão atribuídos a todos os direitos fundamentais, sejam direitos económicos, sociais e culturais, sejam direitos, liberdades e garantias¹⁹.

Aliás, distinguir direitos em negativos ou positivos, civis ou sociais, de liberdade ou de prestação pode retirar o senso atribuído aos direitos fundamentais, já que todos são instrumentos necessários e interdependentes.

Certo é que os direitos de defesa e os direitos a prestações têm regimes jurídicos específicos próprios, e como exemplo maior temos que os primeiros não necessitam de concretização pelos poderes públicos, mas, ao reverso, não perturbam quando seus titulares tiverem fazendo uso, ao passo que os direitos a prestações, em especial os direitos sociais, reclamam atuação estatal. O que destacamos e caracteriza esta teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais é a eficácia imediata de vinculação ao seu conteúdo essencial por todo e qualquer direito fundamental, ou seja, que um mesmo direito pode gerar condutas omissivas e comissivas tanto para o Estado quanto para o particular²⁰.

¹⁸ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 156-157. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, pp. 461-462.

¹⁹ Fazendo a diferenciação entre os direitos de defesa e os direitos a proteção, mas expondo que se deve aplicar os mesmos critérios quando de julgamento, por serem direitos similares, PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

²⁰ SCHÄFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 51 e ss. Sobre o tema interessante artigo do Prof. da Faculdade de Direito La Sapienza de Roma Arnaldo Miglino, denominado "Sulla indivisibilità dei diritti fondamentali", em que o autor sugere a indivisibilidade dos direitos fundamentais também no constitucionalismo italiano, concluindo que << se vede bene che, secondo l'impostazione con la quale la Carta è stata redatta, la distinzione tra diritti positive e negative, civili e sociali, rimane priva di senso, perché tutti i diritti sono strumenti

Essa unicidade dos direitos fundamentais faz nascer os chamados deveres de ação, tanto no campo normativo quanto nas esferas administrativa e judicial, dizendo Cristina Queiroz que há mandatos na Constituição aos quais ainda não correspondem nenhum direito subjetivo²¹. Sabe-se que a chamada <<dimensão objetiva dos direitos fundamentais>> foi bastante criticada por Alexy e Borowski, em especial pelo caráter individual dado pelos autores aos direitos fundamentais, tendo estes receio que a dimensão objetiva venha a dar preponderância aos direitos de cunho social e institucional, bem como pela possibilidade de abuso ou usurpação de competência entres as funções estatais com base nas normas objetivas e com destinatário que não seja apenas o cidadão, mas a coletividade. Assim, a dimensão objetiva deve compreender apenas os direitos que não têm dimensão individual²².

Entender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é ter em mente que independentemente de um direito fundamental ser vinculado a um direito individual, deve o Estado e os particulares em geral respeitarem, protegerem e promoverem os direitos fundamentais. Ao contrário dos que pensam que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vem a amesquinhar tais direitos, entendemos que com a dimensão objetiva temos um fortalecimento dos direitos fundamentais, eis que tendo ou não um direito subjetivo vinculado, devem aqueles serem realizados em sua inteireza.

Não há contradição ou choque entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, mas uma relação de <<remissão e complementação recíprocas>>²³, pois o indivíduo terá em casos específicos o direito de reclamar ações ou omissões estatais em relação aos seus direitos fundamentais, mas todo e qualquer indivíduo, bem assim o Estado, têm dever de respeitar, proteger e efetivar os direitos

necessary, e quindi interdipendenti e cnessi, per perseguire dei valori. Dalla lettura della Carta emerge che l'individuo non è libero non solo se non può negoziare ed ottenere la proprietà, ma anche se rimane privo di una instruzione di base>>. MIGLIANO, Arnaldo. Sulla indivisibilità dei diritti fondamentali. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N. 46. Curitiba. 2004, pp. 5-11. Entendendo ser admissível uma adequada diferenciação dos direitos fundamentais, de acordo com sua estrutura e função, NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 61 e ss.

²¹ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 116.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p. 452 e ss. BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 40 e ss.

²³ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 36.

fundamentais. Nascendo da vertente objetiva o dever estatal de não só respeitar as liberdades do cidadão, mas promover e efetivar os direitos fundamentais, deve o Estado ter um ordenamento jurídico que esteja em conformidade com a estrutura jusfundamental²⁴. Em termos outros, mesmo que não se tenha no caso concreto uma pretensão individualizada, os deveres permanecem em relação a todos, quer particulares, quer poderes públicos.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que faz nascer o aspecto positivo de tais direitos. Ao passo que durante o Estado liberal fora desenvolvida a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que tem na inércia estatal sua exteriorização, o Estado Social traz a ação do Estado, com feição positiva.

Para Jorge Reis Novais, as normas de direitos fundamentais são destinadas diretamente ao Estado, gerando para o mesmo deveres de fazer, não-fazer ou suportar, e ao reverso para os particulares nascem os direitos fundamentais. Sem a abolição da natureza subjetiva, perspectivar os direitos fundamentais também na sua posição objetiva faz com que o Estado assuma sua real feição de garantidor dos direitos fundamentais²⁵. Tomando por base os <<direitos a algo>> consagrados por Alexy²⁶, tais direitos geram inexoravelmente deveres ao Estado para lédima execução dos benefícios aos cidadãos.

Há, não se tenha dúvida, diferenças entre os direitos fundamentais, mas não é a distinção clássica entre direitos de liberdade e direitos a prestações que responde às indagações sobre as diferenças, e sim outros aspectos, como por exemplo, ter um direito negativo mais justiciabilidade que um direito positivo²⁷. Também distinguem os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais (direitos a prestações em sentido estrito) dos direitos de liberdade, a questão da aplicabilidade, visto que os direitos sociais necessitam de intervenção legislativa para que os deveres estatais ou a pretensão do titular seja exigível judicialmente²⁸.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 58.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 54-58

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p 193.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 129. Notar que o autor faz a distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, também chamados direitos a prestações em sentido estrito.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 151.

Ao reverso, muitas são as similitudes entre os direitos de liberdade e os direitos à prestação, em especial no que concerne aos deveres estatais, os quais são de aplicabilidade direta e imediata. Ao se estabelecer o dever estatal de respeito, que classicamente é imbricado ao direito de liberdade, temos que também os direitos fundamentais a prestações garantem ao indivíduo que o Estado não os afetem negativamente. Já no que concerne ao dever estatal de proteção, este tem um alargamento constitucional, preservando e protegendo todos os direitos fundamentais, cabendo ao Estado também os chamados deveres de promoção, que correspondem ao dever estatal de conceber o acesso de todos aos bens jusfundamentais, de maneira igualitária, na perspectiva material do direito à igualdade²⁹.

Os deveres e obrigações objetivos do Estado, resultantes dos direitos fundamentais são destinados ao Estado e diferem dos deveres fundamentais, quer conexos, quer autônomos em relação aos direitos fundamentais, estes destinados primariamente aos particulares³⁰. Cumpre destacar que o presente estudo tem por razão destacar e dissecar os deveres dirigidos ao Estado para respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, que para sua consecução pode até importar na restrição de uma ação realizada por particular, quando tal ação violar direito fundamental de outrem.

Não há aqui discordância quanto à existência constitucional dos deveres fundamentais destinados aos particulares, considerados limites aos direitos fundamentais³¹, mas os deveres aqui tratados são os chamados <<correlativos ou relacionais de direitos

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 257-269.

³⁰ Gomes Canotilho ao falar dos deveres fundamentais, cita como deveres fundamentais conexos, por exemplo, o dever cívico do voto e o direito ao voto, e como direito deveres fundamentais autônomos, o dever de pagar impostos e o dever de serviço militar. Para Canotilho, no entanto, os deveres fundamentais não são o reverse dos direitos fundamentais. Ressalte-se, deveres dirigidos aos particulares, sem se descuidar que deste nascem deveres de respeito, proteção e promoção para o Estado. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 531-536.

³¹ NABAIS, Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 83. Interessante estudo sobre o dever fundamental de proteção do ambiente foi desenvolvido pela Professora Carla Amado Gomes, em que diz << que à capacidade genérica de gozo dos bens ambientais naturais enquanto bens de uso colectivo, corresponde uma obrigação genérica de preservação das qualidades daqueles bens, na medida do razoável e possível>>. GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 151 e ss.

fundamentais>>³², em especial tratados neste estudo os concernentes às ações positivas do Estado³³.

Também não podemos confundir os deveres estatais com os deveres constitucionais organizatórios ou funcionais, que são as competências obrigatórias ligadas à organização política do Estado, sem vínculo com os direitos fundamentais³⁴, tampouco com os deveres específicos de legislar, também de caráter organizatório, e que estão entre as tarefas constitucionais atribuídas a um dos poderes³⁵

É a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial através da teoria social, que direciona aos poderes públicos o modo de atuação, expondo como devem todos os poderes agirem para a proteção dos direitos fundamentais³⁶. Tal teoria discorda da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares, atribuindo que é via Estado que os direitos fundamentais serão concretizados e decididos quando de colisão de direitos entre particulares.

O estudo da teoria dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais e dos deveres de ações positivas por parte do Estado nos leva à importância do Poder Judicial no controlo das ações estatais. É que quando emprestamos aos direitos fundamentais o papel de destaque que estes possuem no Estado Social, e a sua força irradiante a todos que compõem o Estado Social, temos que as decisões (ou omissões) legislativas, a atuação discricionária dos órgãos da administração e até mesmo as decisões judiciais estão submetidas ao controle do Tribunal Constitucional³⁷, em especial no Brasil, em que a

³² NABAIS, Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 79-80. O autor não menciona em seu estudo os deveres de promoção dos direitos fundamentais.

³³ Vieira de Andrade fala das obrigações da Administração e de outras entidades públicas em relação ao direitos fundamentais. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 234 e ss.. Também GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011. , pp. 1267-1268.

³⁴ NABAIS, Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina. Coimbra, 2012, p. 81. Também sobre o tema, Jorge Miranda, em seu Manual de Direito Constitucional – Tomo IV, 5ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 189 e ss.

³⁵ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 106.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 59 e ss. Nesta obra o Professor Reis Novais traz à baila as teorias institucional, dos valores e social, todas sobre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, não nos sendo importante no presente estudo as suas diferenciações, mas a consequência do surgimento do dever de proteção.

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86.

Constituição traz expressamente que cabe ao Supremo Tribunal Federal a <<guarda da Constituição³⁸>>.

Antes de adentrar na conceituação e aspectos dos deveres de ação estatal, impõe-se repisar, por esmero didático, a diferença entre os deveres de respeito, de proteção e de promoção dos direitos fundamentais. Os deveres de respeito são os deveres de abstenção do Estado, não devendo intervir no acesso a tais direitos pelos particulares. Já por dever de proteção, em linhas gerais já que discorreremos em tópico próprio, é o dever de proteger os particulares contra agressões de outros particulares e do próprio Estado em relação a todos os direitos fundamentais, bem como o dever de proteger a todos contra qualquer tipo de ameaça, incluindo as catástrofes naturais. Já o dever estatal de promoção corresponde ao dever do Estado de <<ajuda aos particulares>> para que tenham como possuir bens fundamentais, promovendo a igualdade material³⁹.

2.2. O dever estatal de proteção

Os chamados deveres de proteção estatal nascem, apesar de não se ter como lógico, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Diz-se não ser lógico, pois no contexto histórico a Declaração Francesa tem nítido caráter liberal, e como o direito é comumente influenciado pelo pensamento político da época, a feição liberal do período histórico faz-nos pensar em um documento com traços totalmente liberais. Todavia, trazendo a liberdade, a propriedade e a segurança como bens inalienáveis, diz a Declaração que tais bens precisam ser garantidos⁴⁰, e esta garantia pressupõe que o Estado não só permaneça sem perturbar os bens ditos inalienáveis, mas também proteja-os contra intervenções de terceiros.

São princípios inspiradores dos deveres de proteção o princípio de segurança e o princípio do Estado Social. O princípio de segurança expõe que os deveres de proteção se voltam contra as intromissões de particulares e ao reverso da feição fundamental que impede intromissões estatais, aqui o Estado deve agir em prol da

³⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 102, *caput*.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 257-269.

⁴⁰ Diz o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que << a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

segurança. O princípio do Estado Social também inspira os deveres de proteção, pois a concepção de Estado Social pressupõe uma ação positiva do Estado⁴¹.

Interessante posição defendida por Konrad Hesse sobre a questão da liberdade e dos deveres de proteção, faz-nos compreender que mesmo para se garantir a liberdade em sua plenitude, deve o Estado proteger a todos, em especial a proteção dos mais fracos contra a influência dos mais fortes. Assim, todo e qualquer direito fundamental merece a proteção estatal, à luz da teoria dos princípios objetivos. A obrigação do Estado consiste na preservação do direito e do bem protegido contra agressões de terceiros ou instituições⁴².

Mesmo para quem defendia, em especial entre as décadas de sessenta e noventa do século passado, a figura da <<Constituição Dirigente>>, houve conformação do pensamento aos chamados deveres de proteção, como período posterior aos <<deveres de legislar>>. Interessante a observação de Canotilho ao afirmar que a fórmula <<deveres de proteção>> é velha mas esquecida, eis que na Constituição Portuguesa de 1822 já previa dever estatal de proteger os cidadãos⁴³.

Para Cristina Queiroz, ao discorrer sobre os deveres de proteção, deve o Estado proteger os direitos e liberdades não apenas contra intromissões do próprio Estado como também de intromissões de particulares. A discussão atual caminha para a afirmação de que para todo direito fundamental deve corresponder um dever de proteção, que deve ser exercido de maneira eficiente. Nessa perspectiva, o Estado não pode escolher se vai ou não atuar, devendo agir sempre que a situação fática importar em um dever de ação. Ao legislativo é dado o comando de elaborar as normas necessárias e aos demais poderes a função de cumprir tais normas. O que difere os deveres de proteção dos deveres de respeito é que naqueles tem o Estado uma maior abertura para expor como cumprirá o

⁴¹ YARZA, Fernando Simón. Medio Ambiente y derechos fundamentales. Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 102 e ss.

⁴² HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 41-42.

⁴³ Sobre os temas, GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. Estudos em homenagem ao Professor Cunha Rodrigues. Volume II. Organização Jorge de Figueiredo Dias *et alli*. Coimbra Editora. Coimbra, 2001, pp. 111-112. Também sobre o tema Constituição Dirigente ler do mesmo autor: Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

mandamento imposto⁴⁴. A fiscalização, entretanto, é possível e será realizada à luz da proporcionalidade para indicar se o Estado está prestando seu dever de maneira suficiente.

Pode-se afirmar quando se fala de ação protetiva estatal, que esta se encontra dividida em três dimensões: 1) o dever de proteção como tarefa de proteção a cargo do Estado; 2) o dever de proteção como dever de atuação; 3) o dever de proteção como dever de legislação⁴⁵. Os deveres de proteção englobam, inclusive, o zelo preventivo dos direitos fundamentais pelos entes estatais.

Para Canotilho as dimensões estatais de proteção são sucessivas e estão imbricadas nos princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção insuficiente. Assim, a tarefa de proteção só deve ser trabalhada pelo Estado quando o indivíduo não possa autoprotoger-se. Há uma condição subsidiária para que o Estado venha a agir, qual seja, a falta de capacidade de autoproteção individual⁴⁶. Superada esta primeira fase, havendo a tarefa de proteção, deve o Estado concretamente proteger o cidadão. Quando as medidas públicas não são suficientes para a proteção, nasce o dever de legislação⁴⁷.

Questão interessante em relação aos deveres de proteção é saber se os mesmos são subjetiváveis ou se têm fundamentação objetiva. O direito é considerado subjetivo quando a norma consagra o direito fundamental em relação a um indivíduo, contrapondo-se a uma formulação objetiva, quando neste caso se destina a todos da coletividade. Como já dito, há doutrina que encara os direitos fundamentais no aspecto subjetivo⁴⁸, mas a feição objetiva traz tanto a possibilidade de em alguns casos haver um titular do direito quanto a obrigação de todos respeitarem os direitos fundamentais e a possibilidade do Estado proteger os direitos fundamentais contra agressões.

⁴⁴ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 377 e ss.

⁴⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. Estudos em homenagem ao Professor Cunha Rodrigues. Volume II. Organização Jorge de Figueiredo Dias *et alli*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 113.

⁴⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. Estudos em homenagem ao Professor Cunha Rodrigues. Volume II. Organização Jorge de Figueiredo Dias *et alli*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 115. Para o autor, há dificuldade de operacionalidade prática, citando como exemplo uma pessoa que contrae SIDA, expondo que fica difícil estabelecer a inexistência de uma proteção eficaz.

⁴⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. Estudos em homenagem ao Professor Cunha Rodrigues. Volume II. Organização Jorge de Figueiredo Dias *et alli*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 116.

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011. BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

É, pois, a dimensão objetiva positiva dos direitos fundamentais que traz o dever de proteção de tais direitos contra ameaças de terceiros, com obrigação estatal de velar pela integridade dos bens jurídico-constitucionais, afastando quaisquer perturbações oriundas de particulares, mesmo quando estes também invoquem direitos fundamentais, bem como zelando pelos direitos fundamentais contra ações do próprio Estado⁴⁹.

Se o Estado chamou para si o monopólio da utilização da força e a resolução dos conflitos de interesses, deve o Estado garantir a ordem e proibir, em regra, a autodefesa, protegendo o cidadão contra atos ilegítimos de outros cidadãos, conformando a ordem jurídica para garantir os direitos fundamentais, efetivando-os⁵⁰. A consequência é óbvia: se não é dado ao cidadão o direito de defender-se, quem dele retira este direito, tem o dever de protegê-lo⁵¹. Sob este argumento, principalmente no campo dos direitos a intervenções policiais, há quem sustente (e com certa razão), haver um direito subjetivo à prestação⁵², sendo certo que tal direito subjetivo não retira o caráter preponderante da dimensão objetiva protetiva dos direitos fundamentais.

O chamado caso *Lüth* julgado pela Corte Constitucional Alemã traz a dimensão objetiva como a posição adotada de que o capítulo sobre os direitos fundamentais possui normas objetivas que devem irradiar sobre todo o Direito⁵³.

Aparentemente um caso afeito ao direito privado, em que o judeu Eric Lüth – no período pós nazista – liderava boicote que incentivava a população a não assistir a um filme de um cineasta que durante o nazismo foi o grande divulgador das ideias de Hitler. O filme foi um fracasso e o cineasta, utilizando-se do Código Civil, quis reparação do prejuízo, ganhando a causa em todas as instâncias ordinárias. Baseando-se na liberdade

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 88-89.

⁵¹ Expondo que todos os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais de proteção, afirmando que << [...] Dicho de otra manera, tanto el legislador, como la Administración y los órganos jurisdiccionales deben proteger activamente los bienes fundamentales, PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 129.

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 341.

⁵³ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 381-413

de expressão, Lüth recorre ao Tribunal Constitucional, tendo a Corte dimensionado que há uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como também há uma eficácia horizontal de tais direitos e a necessidade de ponderação de princípios em colisão⁵⁴.

A jurisprudência alemã também refuta a subjetivação dos deveres de proteção no caso *Schleyer*⁵⁵, em que um empresário alemão fora sequestrado por Facção Criminosa, e esta exigiu a libertação de membros do grupo em troca da liberdade do sequestrado, tendo o Governo Alemão não aquiescido ao pleito, o que gerou a propositura de queixa constitucional por familiar do sequestrado expondo que com a posição do Estado Alemão, haveria a condenação à morte do sequestrado. O Tribunal Constitucional negou o pedido sob o argumento de que o dever de proteção existiria, mas este não se transmudava em um direito subjetivo a ser alcançado naquele caso concreto, até porque não poderia o Tribunal dizer no caso concreto como deveria agir o Executivo.

Já a doutrina em Portugal fala dos chamados <<imperativos de proteção>>, que deixam em segundo plano a discussão de ser subjetivo ou objetivo o direito, para expor que tenha ou não um direito subjetivo em discussão, o Estado se encontra com o dever de proteger e promover os direitos fundamentais⁵⁶. Subjetivar os deveres de proteção como a outra face dos direitos fundamentais, diminuiria os próprios direitos fundamentais, ao passo que retiraria do Poder Legislativo a capacidade de elaborar normas gerais. O efeito irradiante dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva destina a todos os Poderes o dever de proteger.

⁵⁴ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 379-413. Sobre a sentença, escreveu Robert Alexy: “A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (ubiquitous). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: Um alanceamento de interesses’ torna-se necessário”. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade. In *RATIO JURIS*, vol. 16, n. 2, julho de 2003, p. 131-140.

⁵⁵ <http://direitosfundamentais.net/2008/10/15/estudo-de-caso-n-5-caso-schleyer/>, acesso em 13 de janeiro de 2014.

⁵⁶ CUNHA, Conceição Ferreira da. Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 367.

O direito brasileiro aceita a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, com estudo inicial na literatura pátria do professor Paulo Bonavides sobre a dimensão institucional⁵⁷ dos direitos fundamentais e sua interpretação. No campo judicial, o Supremo Tribunal Federal aceita a tese e já a mencionou em diversos julgados, e como exemplo o RE 160.222-8, o RE 175.161-4 e o RE 201.819⁵⁸.

Os deveres de proteção ou direitos dos cidadãos a ações positivas pode importar tanto a deveres de prestações fáticas quanto deveres de prestações normativas. As prestações fáticas serão realizadas, em regra, pelo Poder Executivo, e entre estas podemos destacar o dever de prestar segurança pública (art. 144 da Constituição Federal Brasileira), ao passo que os deveres de ações normativas derivam do direito a um ato positivo de natureza normativa para salvaguardar um bem jusfundamental. Ao judiciário caberá a fiscalização das ações dos demais órgãos. Em suma, todos os órgãos estatais vinculam-se aos deveres de proteção, cada um exercendo a função específica a ele determinada pela Constituição.

A vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais impõe, como dito, deveres de respeito, proteção e promoção. Importa-nos neste tópico os deveres de proteção e assim, a vinculação precípua dirige-se ao legislador, seja ordinário ou constitucional, de se submeter ao catálogo de direitos fundamentais. Mesmo o constituinte derivado se submete aos direitos fundamentais, não podendo deles dissociar-se⁵⁹.

O administrador também se vincula aos direitos fundamentais, e, a princípio, tem no princípio da reserva de lei o pressuposto para atuação. Todavia, nos deveres de proteção, promoção e concretização dos direitos fundamentais, não é necessária prévia legislação para atuação administrativa, havendo vinculação à Constituição para consecução de seus preceitos fundamentais⁶⁰.

Os Tribunais, ao cabo e de resto vinculados estão aos preceitos fundamentais, com dever de sua guarda e aplicabilidade, fazendo o controle de

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editora, 2012, p 481 e ss..

⁵⁸ Consultado no site www.stf.jus.br, em 15 de janeiro de 2014.

⁵⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 120 e ss.

⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 120 e ss.

constitucionalidade das normas e atos administrativos que contrariem o texto constitucional. Importante discussão, que envolve a separação de poderes é o limite da atuação judicial neste controle dos atos normativos e fáticos, questão a que se prende o presente estudo e que será dissecada no decorrer do trabalho⁶¹.

O grande diferencial entre a função negativa e a função positiva do Estado é que naquela, quando se tem um mandato para o Estado não realizar, proíbe-se toda e qualquer ação estatal, ao passo que na função positiva não se pode dizer, em regra, que ação deverá ter o Estado. E isto se dá pois para se verificar que houve uma omissão ou insuficiência na ação é necessário uma argumentação muito mais forte do que quando se constata que houve uma intervenção irregular.

Mesmo se constatando que a função dos deveres de proteção faz surgir para o Estado a possibilidade de várias ações, é imperativo que deve o Estado promover a adequada ação protetiva, e daí surgem três indagações: 1) pode o Estado escolher a forma de proteção? 2) qual a adequada ação protetiva e quando esta deverá ser realizada? 3) Cabe ao judiciário intervir no conteúdo protetivo?

Diferentemente das ações negativas, quando se requer do Estado que proteja um direito fundamental, não se pode dizer qual ação deverá ser realizada, mas apenas se constatar se foi realizada alguma ação protetiva, pois nos mandamentos positivos, caberá ao elaborador da norma ou ao executante da prestação fática dizer como protegerá o direito. Somente quando não há escolha, ou seja, apenas uma ação é adequada e necessária para cumprir o dever de proteção é que teremos discricionariedade zero, como nas ações negativas.

No direito alemão novamente o caso *Schleyer* traz jurisprudência conclusiva quando o Tribunal Constitucional diz que cabe ao legislador ou administrador decidir a medida de proteção⁶². O estudo da ponderação é essencial quando do exame da proteção devida. Exclui-se, pois, em primeira vista, aos órgãos jurisdicionais, a realização

⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 120 e ss..

⁶² Alexy expõe que << a forma como os órgãos estaduais transformam sua obrigação em uma proteção efetiva da vida é algo que deve ser decidido em princípio por eles e sob sua própria responsabilidade. Eles decidem quais medidas de proteção são apropriadas e obrigatórias para garantir uma real proteção da vida>>. ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2011, p. 463.

dos chamados imperativos de tutela, por afronta direta ao princípio da separação de poderes.

A questão da medida protetiva adequada tem relação com a eficiência da proteção oferecida pelo direito infra-constitucional. O dever de proteção deve perquirir um ótimo alcance, somente o mínimo ou sempre buscar o ponto médio? Ao se considerar os direitos fundamentais como imperativos de tutela, espera-se do legislador e do administrador uma proteção que não desça aquém do mínimo. Deve-se buscar a excelência na consecução da norma fundamental, ou seja, sua realização ótima, mas o caso concreto é que dirá, à vista inclusive de conflitos entre direitos fundamentais que possam ocorrer, qual medida pode o Estado realizar, dentre de sua liberdade de escolha⁶³.

O Estado só não poderá escolher a ação protetiva a desenvolver e quando deverá desenvolver a ação quando se está diante de uma obrigação determinada ou quando a omissão estatal implica em violação dos direitos fundamentais, sem olvidar que a maneira como exercitará a ação é decisão política submetida ao crivo da discricionariedade⁶⁴.

No que concerne à atuação do Poder Judiciário temos que a doutrina e jurisprudência têm mudado o conceito ao longo dos anos para entender ser possível o controle judicial dos deveres proteção. Fica difícil para o Tribunal Constitucional dizer o que deve fazer o executivo para suprir a deficiência na proteção, mas superada se encontra a teoria de que a separação de poderes não permite intervenção judicial em atos normativos e administrativos, podendo o Tribunal fiscalizar e controlar um dever de proteção, entendendo Böckenförde⁶⁵ que quanto mais afetado o âmbito da proteção do direito fundamental, mais intenso deve ser o controle pela jurisdição constitucional, e o caso concreto é que dirá o âmbito de atuação jurisdicional, levando-se em conta sempre a ponderação⁶⁶.

⁶³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Tradcción de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 116.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 90-91.

⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Tradcción de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 111-112.

⁶⁶ Diz Reis Novais ao discorrer sobre a ponderação a ser realizada pelos órgãos que devem proteger que << mesmo quando a omissão do Estado é claramente inconstitucional, sempre que existe uma multiplicidade de alternativas de acções de protecção, há a necessidade de proceder a ponderações complexas entre medidas de natureza e consecuencias diferenciadas, sobretudo quando estão em causa medidas de protecção configuráveis simultaneamente como restrições de direitos fundamentais.

Como cabe primariamente ao legislador ordinário conformar o que consta na Constituição ao dever estatal de proteção, o controle pelo poder judiciário fica restrito, pois será o politicamente adequado que regerà a ação normativa ou administrativa (quando for o caso), transcendendo tal posição para o estudo do direito subjetivo à ação estatal, pois se estamos diante do politicamente adequado difícil resta caracterizar e mensurar o direito subjetivo, até porque a relação só é bipolar quando se trata de catástrofes naturais, sendo triangular na maioria dos casos, com os atores cidadão e terceiro tendo o conflito mensurado pelo Estado⁶⁷.

Nesse diapasão, apesar de vozes contrárias⁶⁸, não é factível a tutela direta dos deveres de proteção pois sempre que se almejar que o Estado proteja o cidadão contra ameaças ou agressões de terceiros, a tutela será exercida pelo Estado, só cabendo ao particular agir diretamente em casos excepcionais, como legítima defesa ou estado de necessidade. Já nos casos de relação bipolar, como as catástrofes naturais, o pedido é também dirigido ao Estado. Assim, sempre a eficácia será vertical, via Estado, relegando-se às exceções a via direta.

2.3. O dever estatal de promoção

Já o dever estatal de promoção traz ao Estado não somente o dever de respeitar e de proteger os direitos fundamentais, mas o dever de dar condições aos particulares de acederem aos bens fundamentais⁶⁹. O Estado que em princípio deveria apenas respeitar as ações dos particulares, tem em seguida o dever de proteger os direitos fundamentais de todos os que sob o seu império se encontrem, inclusive contra ações de outros particulares e, agora, sob o prisma do dever de promoção, deve buscar a igualdade material, fazendo com que todos que não tenham condições de possuírem os bens fundamentais sejam ajudados pelo Estado para possuírem tais bens.

No seu artigo 3^o., III, a Constituição Federal traz objetivo de <<erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais>>, impondo ao

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 94.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 90-92.

⁶⁸ Catarina Santos Botelho tem interessante monografia sobre o caso. BOTELHO, Catarina Santos. A tutela directa dos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2010.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 261.

Estado a promoção de ações para a consecução do preceito. O Estado solidário, intervindo para garantia plena da igualdade de oportunidades para todos os seus membros, com a incansável busca pela felicidade dos cidadãos e respeito à dignidade humana⁷⁰.

Ao falarmos sobre deveres de promoção, estamos a estudar o << dever estatal de prestações fáticas de promoções >>⁷¹, buscando a efetivação dos direitos fundamentais, salientando-se que a todos os direitos fundamentais é possível e factível o dever de promoção, que nada mais é que a transmutação da garantia jurídico-formal para a garantia real e efetiva dos direitos fundamentais. De se observar que os deveres de efetivação se voltam com maior intensidade para os direitos econômicos, sociais e culturais, eis que calcados na indeterminação e assim necessitados de uma maior intervenção estatal para sua concretização.

A busca pela igualdade é um comando dirigido para a administração e o poder judicial quando da aplicação do direito e para o legislador quando da criação do direito⁷². De salientar que também os deveres de promoção exigem do Estado tanto ações positivas quanto ações negativas, a exemplificar o direito à assistência social, que traz ao Estado o direito positivo de criar ou ampliar a assistência prestada e o direito negativo de não alterar o método de cálculo de pensões, onerando demais o destinatário da assistência⁷³.

No direito ambiental vê-se grande aplicação dos deveres de promoção, expondo-se que o Estado não se pode omitir na proteção ao meio ambiente, possibilitando-se a responsabilização estatal, até com reparação de danos caso se abstenha do dever

⁷⁰ LUSTOZA, Helton Kramer. Em busca do Direito Fundamental à Felicidade: a legitimidade constitucional da implementação dos direitos prestacionais-sociais pelo Estado Brasileiro. In. Revista de Direito Público. Síntese. Brasília, vol. 45, mai/jun. 2012, pp. 46-66.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 262.

⁷² BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 186.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 263. Vieira de Andrade ao falar sobre as atuações estatais para a efetivação dos direitos fundamentais, expõe sobre as regras de organização e procedimento, e assevera que o exercício individual de um direito só sera realizado se o Estado organizar e criar procedimentos, a exemplo cita o direito de sufrágio e o procedimento eleitoral e noutra lance a liberdade de circulação de automóvel a necessidade de regramento do trânsito. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 146 e 147.

constitucional de dar um nível mínimo adequado de proteção⁷⁴, inclusive contra danos naturais⁷⁵.

É nos deveres de promoção que encontramos com mais veemência a questão do obstáculo financeiro para concretização dos direitos fundamentais, pois para se conseguir a igualdade material dos direitos fundamentais deve o Estado promover através da alocação de recursos financeiros ações que realmente estabeleçam o Estado Social.

O Estado Social reclama uma universalização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais. Essa universalização, fazendo com que os menos favorecidos financeiramente tenham também acesso aos direitos fundamentais implica em uma ação estatal para efetivação de tais direitos.

O Estado, ao buscar a igualdade material dos indivíduos deve sopesar as desigualdades fáticas e em se constatando uma desigualdade desproporcional e inconstitucional, buscar distribuir os bens fundamentais de maneira a equilibrar o convívio em sociedade. A clássica fórmula de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, sendo este o primado do princípio da igualdade, não perde força quando do estudo dos deveres de promoção estatal, pois, ao reverso, o que se quer minimizar são as desigualdades quando estas são injustas, fazendo com que pessoas menos favorecidas tenham acesso a, pelo menos, os fundamentais direitos escritos na Constituição, e deles façam proveito para prover o mínimo social.

Dworkin expõe ser tarefa governamental realizar a igualdade material, enquanto igualdade de recursos, através da ordem legal, buscando o que chama <<riqueza dos cidadãos>>. A igualdade nos recursos caracteriza-se pela distribuição equitativa dos recursos⁷⁶.

O grande desafio do Estado Social calcado nos deveres de promoção é a ameaça à liberdade dos demais cidadãos e a possibilidade de desequilíbrio financeiro do Estado. A busca por esta igualdade fática trava a liberdade do legislador e do

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 188-190.

⁷⁵ PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 152-153.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Virtud Soberana. La teoria y practica de la igualdad. Tradução de Maria Julia Bertomeu y Fernando Aguiar. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003, p. 22. Gomes Canotilho descreve a chamada função de não discriminação, expondo que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, abrangendo todos os direitos fundamentais. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 407.

administrador de conceber as políticas públicas, indo também de encontro com o sentido geral de liberdade, em que necessariamente os indivíduos têm suas particulares, não sendo possível a perfeita igualdade. Assim, para Martin Borowski⁷⁷, a igualdade factual deve se compatibilizar com os direitos de liberdade e com a igualdade jurídica, tendo na ponderação a resposta para os casos concretos de conflitos entre os institutos.

A igualdade legal já é algo incontestável e elementar do regime democrático, e nesta igualdade está englobada a desigualdade jurídica quando necessária para a preservação da igualdade material. Nos deveres de promoção deve o Estado buscar oferecer os bens sociais e econômicos mínimos, para só assim se atingir a real liberdade dos cidadãos, pois a privação de bens fundamentais mínimos caracteriza a ineficiência estatal na realização de suas tarefas fundamentais.

2.4. Deveres estatais de ação e efetividade dos direitos fundamentais

Exposto está no atual constitucionalismo brasileiro que a plena efetividade das normas constitucionais, com vinculação dos Poderes aos direitos fundamentais é o grande desafio a ser perseguido⁷⁸. Preocupar-se com a efetividade é mais que a preocupação com eficácia dos direitos fundamentais, pois se para ser eficaz não é necessário alteração da substância, mas apenas produção de um resultado útil, ser eficiente é ir além do que só é possível, buscando o objetivo real⁷⁹.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ser a norma eficaz é estar apta a produção de seus efeitos, com presença das condições fáticas para ser observada, ou por satisfação dos objetivos visados ou, ainda, por possuir eficácia técnica. É, em outras

⁷⁷ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 190.

⁷⁸ CLÉVE. Clemerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 385-393.

⁷⁹ CALGARO, Gerson Amauri. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista. In Revista de Mestrado em Direito. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001, p. 171. De Plácido e Silva ao fixar o aspecto semântico-jurídico dos termos, assevera que efetividade, derivado do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer), significa "(...) a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade", ao passo que eficácia, derivando do latim *eficácia*, de *efficax*, é "que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim", compreende-se como "[...] a força ou poder que possa ter um ato ou fato, para produzir os desejados efeitos". SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2006, p. 509.

palavras, a aptidão jurídica da norma para produzir efeitos⁸⁰. Já efetividade é este alcance do que se objetivou. A Constituição, com força normativa, exige que suas normas tenham plena efetividade, não sendo apenas um conjunto de propósitos que norteará o mundo jurídico naquele período histórico.

A efetividade é posterior à eficácia jurídica da norma, pois dela depende. Mas é o <<desempenho concreto de sua função social>>⁸¹. Vem, pois, a efetividade, a trazer para o mundo factual o que preceitua a norma, dando a mesma o molde da realidade social. Para Eros Grau a efetividade vem a ser a eficácia social da norma jurídica, com realização efetiva dos resultados⁸², sendo isto que reclama o atual constitucionalismo.

A eficiência administrativa confere ao administrado o direito a uma *boa administração*⁸³. Não se concebe mais atos que não atuem nas necessidades da coletividade. A busca pela efetividade é a busca pela diminuição das desigualdades e acesso por todos aos direitos fundamentais. Essa eficiência não deve, pois, ser apenas administrativa, mas já observada quando da criação dos instrumentos normativos, que mesmo com a postulação da igualdade legal devem sempre primar pela busca da igualdade material. Também ao judiciário é dado o dever de zelar pela efetividade, sendo interessante a discussão sobre a delimitação do Poder dado ao Judiciário para controle dos demais Poderes.

Sendo certo que a plena efetividade dos direitos fundamentais é a marca constitucional da atualidade, todas as funções estatais devem buscar proteger e efetivar os direitos fundamentais, sempre voltados para a dignidade humana e buscar aproximar os desiguais em relação aos bens fundamentais, pelo menos em relação ao mínimo social basilar, encontrando-se em débito quaisquer dos Poderes que agir de forma contrária.

⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4ª. edição. São Paulo: Atlas Editora, 2003, p. 203.

⁸¹ BARROSO. Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8ª. edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 82-83.

⁸² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312-315.

⁸³ BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito à Boa Administração Pública, in Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda, coord. de Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

3.1. O surgimento da proibição da insuficiência: análise da jurisprudência alemã

Busca o presente estudo a análise da proibição da insuficiência no direito brasileiro, em especial o que reconhece o Supremo Tribunal Federal Brasileiro por insuficiência. A preocupação aqui não será centrada no fato de buscar quando o legislador e o administrador têm que fazer, mas como deve se portar o judiciário quando o legislador ou o administrador não o faz ou faz de maneira insuficiente. Entretanto, antes que estudemos a jurisprudência brasileira sobre o tema, impõe-se uma análise do surgimento do instituto, e foi no direito alemão, com decisões do Tribunal Constitucional Alemão, que se teve a ideia primeira de omissão estatal quando há inatividade do Estado ou insuficiência, isto voltado para a função legislativa.

Foi na jurisprudência constitucional alemã que se fundamentou existir um limite mínimo para concretização constitucional pelo legislador ordinário, transpondo-se este limite também para a atuação administrativa, quando da inobservância dos deveres de proteção. A primeira decisão a tratar do tema, mesmo sem lhe emprestar o termo proibição da insuficiência foi a BVerfGE 39, discorrendo sobre a proteção à vida e proibição do aborto, quando a Corte Constitucional Alemã discorre sobre a <<proteção efetiva proporcional>>⁸⁴, constatando que o legislador ordinário pode até se utilizar do direito penal para alcançar a proteção dos cidadãos.

O artigo 2^o. II GG, discorre que <<Todos têm o direito à vida e à incolumidade física. A liberdade da pessoa humana é inviolável. Nestes direitos só se pode intervir com base na lei>>. O direito à vida e à incolumidade física no Estado Alemão têm traços marcadamente de direitos de defesa, contra qualquer intervenção, eis que nascem para se contraporem ao Estado Nazista. É, pois, na primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39) que o Tribunal Constitucional Alemão disciplina o dever de proteção estatal em defesa da vida e da incolumidade física contra agressões de outros particulares⁸⁵.

⁸⁴ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Trad. de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 267.

⁸⁵ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Trad. de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 265.

Antes da quinta reforma da lei penal na Alemanha só seria possível o aborto em estado de necessidade, mas propunha a reforma a possibilidade de se interromper a gravidez até o 13^o dia sem nenhuma consequência, até 12 semanas por médico e com anuência da genitora e de 12 a 22 semanas por danos à mulher ou inviabilidade do feto, neste caso com consulta a órgão administrativo. Submetida a controle abstrato de constitucionalidade, concluiu o Tribunal Constitucional ser a vida no ventre materno dissociada da vida da gestante e também merecedora de amparo constitucional, com proteção estatal, inclusive contra ação da própria genitora, devendo o Estado utilizar normas para preservar esta vida, e em última análise, inclusive normas de natureza penal⁸⁶.

Interessante no julgado a proteção da dignidade humana quando se tem apenas as potenciais capacidades inerentes ao ser humano. A ponderação entre a liberdade de conformação da gestante e a vida intrauterina dá azo à declaração de nulidade da reforma e ordena que até o início da vigência de nova regulamentação sejam observadas formas de regulamentação. O Tribunal Constitucional Alemão afirma ainda que a norma penal incriminadora deva ser a exceção, mas que pode ser utilizada pelo legislador ordinário com azo à determinação constitucional.

Tivemos neste julgamento um controle de constitucionalidade abstrato em que o Tribunal Constitucional analisou se a descriminalização do aborto atendia aos parâmetros de proteção projetados pelo constituinte, observando o Tribunal que houve insuficiente proteção da vida quando da reforma penal. Como se denota, não houve menção expressa ao termo proibição da insuficiência, mas um início de discussão sobre o problema dos deveres de proteção e controle pelo Tribunal Constitucional da atividade legislativa.

É na segunda decisão sobre o aborto que o Tribunal Constitucional Alemão traz expressamente a ideia de proibição da insuficiência, isto já no ano de 1993. Com a primeira decisão sobre o aborto datada de 1975, com nulidade parcial das normas, a Câmara Federal promulgou em 1976 mudança no Código Penal, com regra de indicação válida até 1992 e que previa o aborto lícito até 12 semanas da concepção, com assistência do seguro legal obrigatório de saúde, por falta de condições financeiras da mulher.

⁸⁶ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Trad. de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 269.

Houve impugnação pelo Estado da Baviera e após a reunificação da Alemanha em 1990 em um primeiro momento vigorou duas normas em Alemanha, dentre estas a que previa o aborto até a 12^a. semana de gestação. Assim, em 1992 a Câmara Federal publica lei em que permite o aborto até a 12^a. semana, desde que tivesse sido a gestante aconselhada por órgão legal ou autorizado e que a intervenção cirúrgica fosse realizada por médico. Novamente o Estado da Baviera e parte dos componentes da Câmara Federal propõem o controle de constitucionalidade, e o Tribunal considera nula a norma que permite o aborto e a norma que indica o aconselhamento estatal.

Com base na Constituição Alemã, que traz conteúdo protetor da vida, diz o Tribunal Constitucional que a vida em gestação também deve ser protegida, não se submetendo ao desejo e aceitação apenas da mãe. A decisão traz a novidade de expor que somente com a proibição do aborto é possível proteger o nascituro, devendo o Estado tomar posições preventivas e repressivas. É o Estado indo de encontro ao desejo da própria mãe para preservar a vida do nascituro⁸⁷.

A discussão travada pelo Tribunal no que concerne à ponderação entre os direitos da mulher e os direitos do nascituro e a posição mais forte do Tribunal, que inclusive diz não poder o Estado renunciar a normas penais de intervenção para se proteger a vida em desenvolvimento, sob pena de se macular o princípio da proibição do déficit.

O julgado determina que o Estado enseje posições fáticas e normativas para garantir a vida de maneira eficiente, tanto com medidas preventivas quanto repressivas. O julgado diz expressamente que o Estado não pode abdicar da utilização de normas penais para tal fim, e que se houver aconselhamento estatal, deve este visar a preservação do feto e não sua expulsão do ventre materno.

Interessante destacar que a segunda decisão do aborto baseia sua construção do conceito calcada na exigência mínima para efetivação do direito à vida, expondo como exigência mínima enxergar o aborto como um não-direito, e assim proibi-lo durante toda a gestação, e para tanto utilizar a legislação. Também traz à lume a impossibilidade de compensação proporcional entre os bens jurídicos em questão (direito da vida intra-uterina e direito da mãe sobre seu corpo), pois qualquer tentativa de

⁸⁷ CORRAL, Benito Aláez e ÁLVAREZ, Leonardo Álvares. Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2008, pp. 732- 884.

ajustamento que permita um aborto para satisfazer a autodeterminação da gestante implicará em aniquilamento da vida humana em sua fase de concepção⁸⁸. A suspensão da gravidez, entretanto, é possível se constatado perigo de vida à mulher ou risco à sua saúde ou em casos de inexigibilidade, que no Brasil temos a permissão quando a mulher sofre estupro.

Marcela Abraão, apoiada na doutrina de Störring, cita que ainda em duas decisões o Tribunal Constitucional Alemão fez uso do princípio da proibição da insuficiência (embora o mesmo Störring indique que *menção* ao instituto fora realizado em sete decisões), mas quando da análise decidiu pela improcedência dos pedidos, sob o argumento de que o legislador estava agindo em conformidade com o dever de proteção expresso constitucionalmente. Uma das decisões tratava da diminuição do teor de álcool das estradas (BVerfGE, 27.04.1995), em que pleiteava redução do limite de ingestão de álcool nas estradas, tendo decidido o Tribunal que já haviam normas penais e administrativas para o caso e que as mesmas não eram insuficientes. A segunda decisão versou sobre o impedimento do alto teor de ozônio nas estradas (BVerfGE, 29.02.1995), e também nessa questão o Tribunal entendeu que o legislador havia tomado as medidas necessárias para o controle e rejeitou a queixa constitucional⁸⁹.

Apesar da segunda decisão sobre o aborto versar decisão mais incisiva do Tribunal Constitucional Alemão sobre o Poder Legislativo, guiando-o e prescrevendo o que o mesmo deve realizar, tem-se, pelas demais decisões apresentadas que a jurisprudência alemã é mais branda e assegura ao legislativo uma maior independência no seu mister, sendo a segunda decisão sobre o aborto um *ponto fora da reta* justamente pelo bem protegido, qual seja, a vida⁹⁰. É a jurisprudência constitucional alemã nosso ponto de partida para a busca de um conceito para o instituto da proibição do déficit e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

⁸⁸ CORRAL, Benito Aláez e ÁLVAREZ, Leonardo Álvares. Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2008, pp. 732- 884.

⁸⁹ STÖRRING, Lars Peter. Das Untermassverbot in der Diskussion. Berlin. Duncker & Humblot, 2009 *apud* ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 22.

⁹⁰ Canaris ao discorrer sobre os imperativos de tutela assevera que a jurisprudência constitucional alemã dá ampla margem de conformação ao legislador ordinário. CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006.

3.2. Em busca de um conceito: as concepções doutrinárias⁹¹

Buscar-se-á um conceito para o instituto da proibição da proteção deficiente como maneira de se concretizar os deveres de ação estatais a partir da análise das diversas concepções doutrinárias, em especial o debate acerca do conteúdo mínimo da proteção ou o dever da ótima prestação, e assim travando também o debate sobre a separação de poderes e o ativismo judicial.

É a busca do limite estabelecido ao Estado para fazer valer o dever de proteção e/ou promoção e se pode o poder judiciário determinar aos demais poderes o cumprimento destes deveres de ação, bem como em sendo possível, até onde pode ir o poder judiciário no desempenho de sua missão constitucional é que nos fará chegar a um conceito do instituto que se encontra ligado à concepção de um Estado Social e Protetor.

Importante, pois, estabelecer a diferenciação dos deveres de ação estatais do princípio da proibição da insuficiência, eis que torna-lo algo simplesmente correlato dos deveres de ação retira-lhe a importância tanto teórica quanto prática do estudo. Certo é que a atuação legislativa abrange diversos deveres de agir, alguns mais discricionários e outros mais específicos, e nestes últimos se encontram os deveres de proteção – aos quais acrescentamos os deveres de promoção – e assim o princípio da proibição do déficit está ligado a tais deveres⁹².

Tal ligação não pode, entretanto, levar à conclusão de que deveres de proteção e proibição do déficit são institutos similares. A proibição do déficit não caminha paralelamente com os deveres de proteção e promoção, mas é a linha de intercessão para delimitar quando o legislador está deficiente e quando começa sua liberdade de conformação. A proteção é a <<imposição constitucional>> e a proibição do déficit o <<parâmetro de controle>>. Atingido a mínima proteção o dever continuará ativo, mas sem a presença do princípio de controle⁹³.

⁹¹ Seguiu-se a distinção doutrinária elaborada no relatório de Mestrado por Marcela Rosa Abrahão, e a partir deste arcabouço, houve a pesquisa doutrinária sobre as diferentes correntes apresentadas.

⁹² SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 21 e ss.

⁹³ SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume II. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 188-192.

Sendo certo que o *leading case* envolvendo a questão fora demonstrado acima, em que o Tribunal Constitucional Alemão decidiu sobre a proteção contra o abortamento, temos que em outras plagas o assunto também passou a ser debatido. Em Espanha, mesmo que mais recentemente, o tema é tratado nos moldes estudados na Alemanha, todavia não se busca uma suficiência dogmática do instituto. Prova disso é o estudo desenvolvido por Doménech Pascual em que buscando o que chama << justo equilíbrio >>⁹⁴ o autor coincide com o princípio da proporcionalidade, expondo que o Estado só pode limitar direitos de proteção se a medida resultar útil, necessária e ponderada. A busca pelo ponto de equilíbrio reforça a falta de suficiência dogmática quando do estudo.

Em Portugal o Professor Gomes Canotilho no ano de 2001 escreveu algo sobre o tema⁹⁵, mas foi o Professor Reis Novais⁹⁶ quem falou sobre o assunto com mais detalhes, trazendo a noção da suficiência dogmática do princípio em sua tese de doutoramento.

No Brasil destaca-se Ingo Sarlet⁹⁷ e Lenio Streck⁹⁸ no exame da matéria. Nos textos dos referidos autores, entretanto, vê-se uma necessidade de aproximação maior com a doutrina que expõe a suficiência dogmática do princípio, mas na prática em alguns momentos ainda encontramos confusão de vocábulo e comparação com o princípio da proibição do excesso.

O estudo, pois, para se chegar a um conteúdo do que seja insuficiência e a proibição desta, passa por saber se o bem deve ser protegido e, em sendo possível a proteção, pela delimitação do conteúdo impositivo dos deveres de ação, buscando-se a obrigatoriedade deste dever e o próprio conteúdo do mesmo.

⁹⁴ PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 162 e ss.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Omissões Normativas e Deveres de Protecção*. In *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Vol. II, DIAS, Jorge de Figueiredo et alli (orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 111-124.

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 73 e ss.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição do Excesso e de Insuficiência.*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 81, Coimbra, 2005.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista*. In *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* – ano 7, n. 14, CALLEGARI, André Luis e KREBS, Pedro (coord.). Porto Alegre: CEIP. SEMESTRAL, 2006.

3.2.1. doutrina do conteúdo mínimo obrigatório: análise crítica

A doutrina que defende o conteúdo mínimo obrigatório para os deveres de ação tem em Claus Canaris seu maior expoente e invoca que o bem fundamental tem um limite mínimo de proteção e deste não se pode ir aquém sob pena de incorrer em insuficiência.

Para Claus Canaris as leis estão vinculadas diretamente aos direitos fundamentais, bem como a atividade jurisdicional, sendo este o ponto que denota a efetividade dos direitos fundamentais⁹⁹. A eficácia dos poderes aos direitos fundamentais não significa, entretanto, uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, a quem se defende uma eficácia mediata, com possibilidade de justiciabilidade, em que uma decisão judicial é entendida enquanto norma¹⁰⁰.

Para a doutrina do conteúdo mínimo quando a ordem pública não assegura ou assegura deficientemente a proteção ao cidadão contra uma agressão, é de se invocar os chamados imperativos de tutela¹⁰¹, proibindo a Constituição que se desça abaixo de um mínimo¹⁰², surgindo a proibição da insuficiência.

É o dever de proteção estatal em relação a um direito fundamental que traz a autonomia dogmática ao instituto em relação à proibição do excesso, já que neste temos uma proibição de intervenção ao passo que na proibição da insuficiência temos o imperativo de tutela¹⁰³.

A doutrina traz justamente a visão de um conteúdo mínimo pois se na proibição de intervenção há apenas um comportamento exigível dos entes estatais, qual

⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 40-43.

¹⁰⁰ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Iuridica* 40. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 194-195. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 42-43.

¹⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, p. 134.

¹⁰² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 59-60.

¹⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 59-68. O Professor Jorge Reis Novais também comunga da suficiência dogmática do princípio, registrando enquanto critérios para se chegar a uma ação insuficiente ou omissão estatal, a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 73 e ss.

seja, uma abstenção, no imperativo de tutela temos ampla liberdade do legislador ou administrador, pois para proteger, pode-se escolher dentre diversas opções, aquela que melhor se adequa à situação presente, seguindo assim uma maior discricionariedade na atuação.

A indeterminabilidade da Constituição, justamente por não poder determinar que atuação deve tomar o ente estatal é que leva a uma maior discricionariedade, que só será excluída se houver apenas uma via de ação com eficácia¹⁰⁴.

Canaris traz duas interrogações a serem respondidas quanto aos deveres de proteção, quais sejam, o <<se>> e o <<como>>, que indagam ‘se’ um direito fundamental traz em seu conteúdo um imperativo de proteção contra a ofensa ao direito e, em caso positivo, ‘como’ se dará a proteção devida.

O reconhecimento do ‘se’ trilha o caminho de saber se o caso em questão é subsumível ao âmbito da proteção¹⁰⁵, evitando-se, assim, uma <<fuga demasiado apressada para a ponderação, e para contrariar a, cada vez mais crescente, hipertrofia ponderativa>>¹⁰⁶. Como exemplo trazemos a *BVerfGE* de 27.04.1995 que analisou a diminuição de teor alcoólico nas estradas, em que a pergunta para chegar a uma conclusão positiva sobre a possibilidade de proteção é se o direito à vida dos que trafegam nas rodovias é passível de proteção.

Canaris fala que nos deveres de proteção deve haver necessidade de proteção a ser trazida por meio de uma fundamentação específica e forte¹⁰⁷, ao reverso do que ocorre na proibição do excesso, em que a fundamentação para contê-lo decorre do próprio ato cometido, trazendo ainda como critérios, o nível e o tipo de direito fundamental a ser protegido, a possibilidade de auto-proteção com eficácia e o peso dos direitos contrapostos¹⁰⁸, aplicando-se por fim a fórmula <<quanto mais e quanto mais

¹⁰⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.150-151.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 298-299.

¹⁰⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, p 105.

¹⁰⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, p 106.

¹⁰⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 137-138.

forte, tanto mais>>¹⁰⁹, ou seja, quanto mais forte a intervenção a um direito fundamental também forte, tanto maior deve ser a proteção.

Sendo o Estado o destinatário dos deveres de proteção, eis que é o responsável por proteger o cidadão, superada a questão do ‘se’ o bem é passível de proteção, e em caso afirmativo, temos a indagação de ‘como’ deve o bem jusfundamental ser protegido. E a resposta para o critério do conteúdo mínimo é a de que dentro de sua liberdade de conformação pode o Estado << até mesmo eliminar um padrão de proteção já alcançado>>, desde que não desça aquém do mínimo expresso constitucionalmente, que caracteriza a insuficiência.

O conceito de minimamente eficiente basta a esta teoria, utilizando-se a ponderação no caso concreto para se chegar a uma solução. Reis Novais traz a razoabilidade também como balizadora da atuação estatal dos deveres de proteção, expondo que a omissão ou atuação estatal insuficiente não pode deixar a situação da pessoa intolerável¹¹⁰. Para se chegar a uma violação dos deveres de proteção e caracterização de uma proteção deficiente também sugere a doutrina a figura da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹¹¹, pois se existe a norma constitucional e esta não é aplicada corretamente, esvazia-se o conteúdo da Constituição.

Importante frisar que se deve aferir a eficiência da medida adotada para resolução do problema em comento, entendendo-se eficiência enquanto critério graduável, para saber se a proteção é suficiente, tomando-se como exemplo o aumento para o dobro de agentes de trânsito, para diminuição de acidentes e mortes nas estradas, mas sem lhes

¹⁰⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114.

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 76 e ss. E NOVAIS, Jorge Reis, Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 307-311.

¹¹¹ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra Editora. Coimbra, 2012, pp. 152-153. O próprio autor, entretanto, diz que diante da indeternabilidade dos conteúdos, somente o caso concreto trará resposta para a aferição da insuficiência, e para tanto a ponderação de bens no caso concreto será a solução mais acertada. Ainda sobre o assunto conteúdo essencial dos direitos fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 3ª. edição, 2006, p. 293 e segts, GOMES CANOTINHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Almedina. Coimbra, 2011, p. 454 e segts. e MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 5ª. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012 p. 307 e ss.

condicionar viaturas para o desenvolvimento da atividade¹¹², a que ocasionaria uma medida ineficiente para se resolver o problema da proteção rodoviária. A proteção pode ser apenas mínima, mas não pode ser ineficiente.

É de se notar, à vista das decisões mencionadas no presente tópico, que os elementos trazem em si colisão, pois ao se almejar uma proteção efetiva, esta efetividade pode se contrapor ao estabelecimento do mínimo social. Estabelecer um mínimo efetivo é o desafio que se impõe ao se seguir a teoria.

A omissão estatal dos deveres de proteção com violação da proteção do défice ao não se atingir um padrão mínimo de garantia que o Estado detém para realizar leva à judicialização da questão, até por se estar em um caso de inconstitucionalidade por omissão¹¹³. A utilização dos parâmetros do mínimo obrigatório poderá, entretanto, levar a uma fraca judiciabilidade dos casos em ensejem violação do princípio da proibição da insuficiência, pois se por um lado todo e qualquer direito fundamental merece proteção, apenas as violações omissivas mais representativas merecerão o reparo judicial, restando nos demais casos uma mera função declaratória¹¹⁴.

A crítica a esta teoria encontra respaldo nas próprias decisões do Tribunal Constitucional que versaram sobre a diminuição do teor alcoólico nas estradas e sobre o impedimento da alta emissão de ozônio nas estradas, já elencadas no presente estudo, pois em ambas tiveram resposta negativa do Tribunal por não se visualizar uma omissão ou medida evidentemente insuficiente¹¹⁵.

Dificulta-se a aplicação do princípio quando se exige que a omissão seja tão relevante que ataque o conteúdo essencial do direito fundamental ou a dignidade humana¹¹⁶. A restrição estabelecida pela doutrina do conteúdo mínimo torna-o sem utilidade prática, pois o instituto se torna obsoleto, já que a mínima efetividade decorre da

¹¹² SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 146-147.

¹¹³ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 297.

¹¹⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 155.

¹¹⁵ Ver nota 87.

¹¹⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012,, pp. 151-152.

própria existência dos deveres de proteção¹¹⁷. A teoria do conteúdo mínimo, neste aspecto, confunde-se com o próprio dever de proteção, que tem em seu conteúdo capacidade para se fazer concretizar minimamente, restando à proibição da insuficiência apenas a função de um vocábulo para quando o dever for grosseiramente violado.

Mesmo entendendo que o dever de proteção é o ‘se’ da proteção e o princípio da proibição da insuficiência é o ‘como’ da proteção¹¹⁸, impossível não atrelar o conteúdo ao próprio dever da proteção, sob pena de esvaziamento do instituto, que sendo um dever constitucional não teria a mínima concretização, a depender de outro instituto para sua realização, contrariando a normatividade e força dos mandamentos expressos na Constituição.

3.2.2. doutrina da inexistência de autonomia dogmática: considerações críticas

A doutrina que nega autonomia dogmática ao princípio da proibição do déficit o considera como o reverso da proibição do excesso e busca no exame da proporcionalidade a resposta tanto para quando o Estado se excede quanto para quando o Estado não protege o cidadão. Destaca-se que o princípio da proporcionalidade não pode ser analisado apenas sobre o contexto da proibição do excesso e quando há violação aos deveres de proteção deve ser aplicada a proporcionalidade na versão proibição do déficit.

Não possuindo os poderes ampla liberdade de conformação, com discricionariedade a ser exercida nos limites da Constituição, a proporcionalidade serve tanto para impedir excessos quanto para subjugar omissões. É o proteger o cidadão frente ao Estado, mas também protegê-lo via Estado¹¹⁹, albergando os direitos fundamentais.

¹¹⁷ HAIN, Karl-Eberhard. Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermas- und Untermassverbot?, 1996, *apud* ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 44.

¹¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 122-125, expondo ainda o autor que somente <<se o conteúdo da protecção estiver inteiramente determinado pela Constituição é que não caberá qualquer função autónoma à proibição de insuficiência>>.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXXX. Separata. Coimbra, 2004, p. 315.

Diz-se que ao lado das violações à proibição do excesso é possível se visualizar as violações por incumprimento por parte dos entes estatais, e assim Jorge Miranda ¹²⁰ traz à baila o que chama de desproporcionalidade positiva e desproporcionalidade negativa, a depender do comportamento estatal.

A quem defende a proibição da insuficiência como reverso da proibição do excesso desdobra esta nos elementos da adequação (controle de viabilidade); necessidade (restrição menos gravosa para o direito objeto da restrição) e proporcionalidade em sentido estrito (meios utilizados x fins colimados)¹²¹, expondo que o que corresponde ao máximo exigível na proibição do excesso equivale ao mínimo na proibição da insuficiência¹²², e é justamente o resultado que leva os defensores da doutrina a insistirem na ausência de suficiência dogmática da proibição do *défice*.

Ligada ao garantismo positivo ou garantismo penal integral¹²³, a teoria serve ao direito penal para se contrapor ao movimento de amplas garantias processuais e materiais aos acusados, sem qualquer atenção para os anseios da coletividade, da vítima e da Constituição que traz mandamentos expressos de criminalização que devem ser atendidos e respeitados¹²⁴. Busca-se na Constituição a legitimidade não apenas para

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 5ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 310.

¹²¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 266-267.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2006, pp.366-367.

¹²³ Teoria apresentada no direito penal como resposta ao chamado <<garantismo penal hiperbólico monoclar>>, assevera Douglas Fischer que <<do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de alguns deles>>. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? Acesso em 22 de março de 2014. Apesar de confundir deveres fundamentais com deveres de ação, o autor traz com clareza o pensamento dos que defendem a falta de autonomia dogmática do instituto da proibição da insuficiência.

¹²⁴ Posicionando-se frontalmente contra a utilização do princípio da proibição do *défice* na area penal, artigo de Ricardo Jacobsen Gloeckner, em que o autor expõe que a Constituição apenas presumidamente pode expor uma necessidade de proteção penal, e não tutelar penalmente bens e valores, e assim o Tribunal Constitucional Alemão quando determinou na BVerfGE 88 a criminalização do aborto se utilizou do direito à segurança, convertendo este direito a um dever de proteção, utilizando a proibição da insuficiência sem qualquer parâmetro constitucional, como verdadeiro <<motor de criminalização>>. Diz ainda que se utiliza a Constituição como barreira a críticas à proibição do *défice*, pois nela não se encontra a resposta para necessidade de criminalizar. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. À espera dos barbaros : proibição de insuficiência em material penal e

impedir a sanha incriminadora do Estado, mas também para lhe impor <<um âmbito mínimo irrenunciável de tutela>>¹²⁵.

A proibição do déficit permite ao operador do direito observar se a omissão estatal violou direito fundamental, passando a infra-proteção a ter a característica da inconstitucionalidade, restaurando a justiça e a segurança nas relações sociais¹²⁶.

Nesta seara, busca-se uma proteção integral dos direitos fundamentais, com os deveres de ação tanto abrangendo uma proteção negativa, contra os abusos estatais, quanto na vertente de uma prestação positiva, com atuação em especial na segurança dos direitos fundamentais contra agressões de terceiros. É uma reprodução do estudo das dimensões dos direitos fundamentais, com especial relevância para a aplicação da proporcionalidade na resolução dos casos concretos.

A negação da autonomia dogmática à proibição da insuficiência tem que se respaldar na teoria das dimensões dos direitos fundamentais pois somente assim encontra força para trazer conotação à proteção integral.

Encarada como uma variante do princípio da proporcionalidade, vem a proibição do déficit controlar a constitucionalidade de maneira geral, com uma interpretação dos direitos fundamentais de proteção enquanto princípios e uma pretensão *prima facie* de que o legislador (e em derivação o administrador e o juiz) em suas ações torne forte a proteção¹²⁷, integralizando as garantias constitucionais.

No Brasil, o termo foi utilizado no Tribunal Constitucional pela primeira vez neste sentido de reverso da proibição do excesso pelo Ministro Gilmar Mendes,

blindagem teológica do discurso – aproximações a partir do direito penal do inimigo. Revista da Ajuris. Ano 26, nº 75. Porto Alegre, Dez. 2008, pp. 304-307.

¹²⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime: uma perspectiva de criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 306.

¹²⁶ STRECK, Maria Luiza Schafer. A outra face da proporcionalidade: análise de uma decisão que não respeitou o princípio da proibição de proteção insuficiente no Direito Penal. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Ano 7, núm. 14. Porto Alegre, 2006.

¹²⁷ PULIDO, Carlos Bernal. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 139-142.

também em matéria penal, e agora trazendo o termo <<garantismo positivo>>¹²⁸, para explorar o que chama de <<outra faceta>>¹²⁹ do princípio da proporcionalidade.

Para Lênio Streck¹³⁰, o princípio da proporcionalidade tem o duplo viés do excesso e da insuficiência, e que tal ocorre porque os atos estatais estão vinculados materialmente à Constituição, e assim apoia a doutrina na ausência de suficiência dogmática do instituto, o que parece ser a tendência da doutrina penal brasileira. O autor sugere, inclusive, uma vinculação quase que total do legislador ordinário à Constituição, com quase nenhuma liberdade para legislar¹³¹.

A proibição da proteção deficiente neste contexto tem a mesma estrutura geral da proibição do excesso, pois os pressupostos são os mesmos – destacamento *prima facie* de um direito fundamental de proteção afetado e indicação do ato legislativo que interveio neste direito -, bem como seus subprincípios – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, com a diferença do direito fundamental afetado ser de proteção e a dita afetação ser por omissão ou ação insuficiente¹³².

A teoria que alberga a ausência dogmática tem forte oposição no princípio da separação dos poderes, pois entrega ao juiz constitucional amplo poder para fiscalização dos atos legislativos e administrativos. A própria teoria dos deveres de proteção já firmou posição que ao se esperar uma ação negativa por parte do Estado e este abusa do seu poder agindo em desfavor dos particulares, uma única resposta cabe ao judiciário, mas quando se requer uma ação estatal e o administrador ou legislador, em especial, apenas age de maneira deficiente, fica difícil ao judiciário mensurar a deficiência e quando esta deve ser reprimida, ante a maior liberdade de conformação dos poderes legitimados pelo voto popular.

¹²⁸ Recurso Extraordinário nº. 418.376/MS. O acórdão foi publicado no Diário da União no dia 23 de março de 2007.

¹²⁹ Recurso Extraordinário nº. 418.376/MS. O acórdão foi publicado no Diário da União no dia 23 de março de 2007.

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excess (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 310.

¹³¹ STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excess (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 311.

¹³² PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, pp. 806-808.

Há ainda quem defenda no âmbito da falta de suficiência dogmática do princípio – apesar de falar de uma certa relevância autônoma do princípio – que se o conteúdo do dever de proteção se encontrar determinado na constituição não se dá função autônoma à proteção do d fice¹³³.

Pela teoria da ausência de suficiência dogmática do princípio da proibição do défice, o mesmo poder que tem o juiz constitucional para atuar no chamado <<direito de defesa>>, tem para atuar nos <<direitos de proteção>>, quando é sabido que a diferenciação na estrutura implica em posições diferentes, quiça antag nicas, no que concerne à atuação judiciária.

Não que se negue a atuação do poder judiciário, até porque no Brasil o Supremo Tribunal Federal tem a função de guardião da Constituição, mas o que se critica na aventada teoria é o grau de poder dado ao judiciário para interferir nas a es que também têm cunho constitucional e são pelo texto da Magna Carta atribuídas a outros poderes, que devem agir com liberdade e com possibilidade de utilização dos recursos dentro de uma linha de a o por eles estabelecida.

Outra grave crítica à falta de suficiência dogmática é quanto ao exame da necessidade, eis que na proibição do excesso não se pode avaliar se o Estado cumpriu uma ordem de proteção constitucional, mas sim a busca por uma medida menos invasiva com a mesma eficiência. Nestes termos, a necessidade na proibição do excesso pode ser alcançada sem o atingimento do mínimo de proteção imposto constitucionalmente¹³⁴. Por serem institutos com conteúdos diversos, impossível querer estruturá-los de maneira a em uma mesma discussão prática serem utilizados os pressupostos e subprincípios da proibição do excesso.

3.2.3. doutrina da estrutura trifásica: exame crítico

¹³³ QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 108-110.

¹³⁴ ST RRING, Lars Peter. Das Untermassverbot in der Diskussion, 2009, p. 127 e GELLERMANN, Martin. Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, p. 345, *apud* ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 44.

A doutrina da estrutura trifásica da proibição da insuficiência recebe a estrutura da proibição do excesso e dela extrai os princípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹³⁵.

A idoneidade corresponde à relação que existe entre o meio escolhido para realização da prestação estatal e o que prevê a norma que obriga o Estado a realizar. Assim, o ato legislativo ou administrativo ao ser posto tem que satisfazer a finalidade estatal, pois caso contrário não se encaixa na proporcionalidade¹³⁶.

Travando esta análise entre o meio utilizado e o fim perseguido, defende Ávila que os aspectos quantitativo, qualitativo e probabilístico devem ser considerados, mas que o meio não deve ser o que demonstre maior intensidade, o melhor ou o mais seguro, e sim um meio que atenda ao conteúdo finalístico apresentado pela norma. É a eficácia do meio, e não o próprio meio que deve levar a uma consecução do fim almejado¹³⁷.

Neste primeiro subprincípio da proporcionalidade não se discute se o meio utilizado deve ser ótimo ou apenas atender ao mínimo necessário, mas se ele tem possibilidade de alcançar a finalidade normativa. Assim, neste aspecto a adequação utilizada na proibição do excesso é a mesma utilizada na proibição da insuficiência, já que a relação meio-fim busca a satisfação da finalidade, lembrando apenas que na proibição da insuficiência o Estado tem que agir para a proteção do bem jusfundamental.

Paulo Bonavides ao analisar o subprincípio da adequação, a quem emprega os vocábulos *pertinência* e *aptidão*, diz que o mesmo se confunde com o princípio da proibição do excesso (ou do arbítrio, na linguagem do autor), e assim reduz o

¹³⁵ Há quem entenda a idoneidade enquanto utilidade ou adequação. Diz Doménech Pascual, que De acuerdo con la formulación <<canónica>> de la máxima de la proporcionalidade, toda restricción [toda reducción del contenido *prima facie*] de un derecho fundamental ha de ser: *útil* (o adecuada) para satisfacer un fin constitucionalmente protegido; *necesária*, por resultar la menos restrictiva para ese derecho de entre todas las útiles; y *proporcionada en sentido estricto* (o ponderada o no excesiva) por superar los beneficios derivados de la restricción a sus costes". PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos Fundamentales e riesgos tecnológicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 160.

¹³⁶ VIDAL, Andréa Barroso Silva de Frago. A norma da proporcionalidade: algumas controvérsias doutrinárias. In Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional. Org. David Duarte *et alli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2013, p. 291.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editora. 2007, p. 165.

excesso apenas a este subprincípio¹³⁸ e entende proporcionalidade enquanto a soma dos demais subprincípios, o que conflita em parte com a teoria trifásica, que dá à proibição do excesso toda a estrutura da proporcionalidade e encara a proibição do déficit como o <<outro lado da moeda>>.

Diz-se aptidão, vocábulo que se entende mais apto para nominar o subprincípio, pois basta que o meio seja apto para o fim, não se buscando provar nesta primeira análise que o meio é eficaz ou ineficaz, bem como se necessário, mas apenas se há conformidade¹³⁹ do meio exposto.

A sub-regra da necessidade para a proibição do excesso expõe que a medida adotada pelo Poder Público seja a menos gravosa no direito jusfundamental. Para a caracterização deste princípio na proibição do excesso assevera Alexy¹⁴⁰ que na colisão entre princípios, deve-se buscar o meio que menos venha a causar restrição nos princípios colididos.

Para a proibição do déficit a necessidade deve ser vista sob os olhos da efetividade¹⁴¹, e assim temos verdadeiramente o reverso do excesso, pois neste a análise é se a ação poderia ser tão efetiva, ou seja, se haveria necessidade da intervenção, ao passo que no déficit busca-se saber se houve a necessária efetividade.

Haverá defeito na proteção << quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais>>¹⁴², de modo que na frase em destaque estejam visualizados dois dos subprincípios da proporcionalidade, quais seja, a adequação e a necessidade.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 409-410.

¹³⁹ Esse termo é utilizado por Gomes Canotilho para nominar o subprincípio. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 269.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 94 e ss.

¹⁴¹ Na brilhante assertiva de Marcela Rosa Abrahão, ao citar a segunda decisão sobre a interrupção do aborto em que o Tribunal Constitucional Alemão afirma a efetividade como algo a ser mensurado quando da proibição da insuficiência. A maioria das obras em Português que traz o caráter trifásico da proibição do déficit não atentam para esta característica, denotando a necessidade tal qual a mesma é utilizada na proibição do excesso. ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 53.

¹⁴² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, p. 273.

De plano, observa-se que neste subprincípio há comparação entre os meios utilizados para a busca da finalidade normativa. Denote-se, pois, que a necessidade para a proporcionalidade no aspecto proibição do excesso, expõe que o meio escolhido dentre os meios disponibilizados, deve ser o que com menos custos traz os maiores benefícios, que no caso concreto se perfaz em ser a intervenção que menos restringe o direito fundamental do cidadão¹⁴³.

Já na proibição da insuficiência não há uma busca pela maior efetividade, ou seja, a melhor resposta para o emprego do bem, mas apenas que a resposta, o meio empregado não peque pela falta da efetividade¹⁴⁴. Aqui, a análise da necessidade é realizada de modo que a medida escolhida pelo Estado para se atingir o fim colimado na norma não será considerada necessária (ou efetiva) se houver outra medida que venha a atingir a finalidade da mesma forma, com menor afetação do interesse contrário¹⁴⁵.

É, pois, o exame da proporcionalidade em sentido estrito que fechará o método interpretativo para se chegar à conclusão de que uma ação ou omissão estatal feriu o princípio da proibição do déficit, eis que haverá casos que a medida mais gravosa a direitos de terceiros é a que torna mais efetiva a ação estatal, pois a medida menos gravosa pode tornar a ação insuficiente¹⁴⁶.

Busca-se, com a proporcionalidade em sentido estrito o meio que seja efetivo e que não venha a restringir em demasia o direito de terceiros, lembrando que somente a falta de efetividade é que leva a uma insuficiência da ação estatal.

Se a medida é considerada adequada para o atingimento da finalidade exposta e efetiva para a proteção ou promoção do bem ou direito jusfundamental, passa-se ao exame da ponderação, em que os valores em questão serão analisados. Humberto Ávila

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 5ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 308.

¹⁴⁴ CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, 2006, *apud* ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 53.

¹⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 303.

¹⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 303.

traz a seguinte indagação a ser respondida quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito: << as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? >>¹⁴⁷.

Aqui é o caso concreto quem dirá ao final se a proporcionalidade foi atingida, e se a vantagem trazida pela proteção ou promoção do bem ou direito fundamental não causará perturbações consideradas insuportáveis pelo detentor de algum direito fundamental em colisão.

É uma busca pela concordância prática, e não utilização de um princípio em detrimento de outro princípio que caracteriza o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Havendo conflito é o comando da ponderação (ou otimização) que deve ser levado em consideração para que os bens em colisão sejam aproveitados ao máximo. No casos dos deveres de ação esse subprincípio é utilizado para se ponderar a colisão com os direitos de possíveis terceiros.

Os subprincípios possuem entre si íntima relação, pois ao se analisar a menor prejudicialidade no subprincípio da necessidade (aqui efetividade), já se inicia o exame da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴⁸.

Reis Novais demonstra preocupação com a atuação dos Tribunais Constitucionais no tocante à adequação na proibição da insuficiência justamente por entender que não é dado aos Tribunais ditar as prioridades das ações estatais, justamente por ser competência em primeiro plano do legislador e em seguida do administrador analisar a alocação de recursos, mas apenas averiguar se relevante a justificação para a ação¹⁴⁹, e assim não menciona a adequação quando da análise da proibição do déficit,¹⁵⁰ justamente pelos diversos meios a serem escolhidos e utilizados pelo Estado na consecução da ação.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. Malheiros Editora. São Paulo, 2007, p. 173. Diz ainda o autor que se pode realizar as seguintes indagações: *o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?* e *a valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?*

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 593 e ss.

¹⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010,, pp. 116-117.

¹⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 73 e ss.

Atuando a proibição do excesso como um requisito e um controle da adequação da medida a restringir, não pode desempenhar a proibição do excesso qualquer função de adequação, posto que se apura a existência de uma restrição ao direito jusfundamental e a busca da justificação¹⁵¹.

Também a questão da proporcionalidade em sentido estrito resulta em uma análise da reserva do possível, que pertence ao âmbito do legislador e do administrador, sendo a intervenção dos Tribunais também de maneira reduzida¹⁵².

No tocante à eficiência da medida, como dito acima há concordância quando se diz que apenas se viola a proporcionalidade quando a medida não é de maneira alguma eficiente, sem se adentrar no mérito da melhor escolha, que também fica a cargo dos poderes legislativo e executivo.

Diminuir o princípio da proibição da insuficiência ao reverso da proibição do excesso retira do mesmo sua autonomia dogmática, e o mesmo ocorre quando se busca na estrutura da proibição do excesso respostas para instituto diverso, que apesar de ter pontos similares, dela se distancia, inclusive na estrutura e na finalidade, e assim a mesma roupagem não pode servir a corpos diferentes.

3.2.4. doutrina da otimização dos deveres de proteção: análise crítica

Neste tópico não se analisará a questão trifásica ou a presença de suficiência dogmática da proibição do déficit, até porque alguns autores aqui citados também defendem tais teorias, mas será emprestada atenção aos que entendem que a proteção estatal deve ser otimizada e assim vão além do chamado mínimo de efetividade.

Como é cediço, ao contrário dos direitos de liberdade, que em regra denotam um comando de abstinência para o Estado, nos deveres de proteção o Estado deve agir para satisfazer o comando constitucional. Em sendo uma ação, cabe primariamente ao legislador e em seguida ao administrador dizer como prestar esta ação. A questão trazida à baila aqui é a discussão se o Estado deve sempre procurar prestar de maneira ótima ou não

¹⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 78.

¹⁵² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 89 e ss.

seus deveres constitucionais e se em escolhendo uma solução que não seja a melhor possível, pode haver intervenção judicial para se obrigar a melhorar o nível da prestação.

Borowski quando fala da eleição do meio a ser utilizado quando vários meios satisfazem as exigências da adequação, diz ser preciso estabelecer um nível de satisfação dos direitos prestacionais, e em sendo os direitos prestacionais princípios de direitos fundamentais que exigem a máxima realização possível de seu objeto de otimização, deve-se na escolha aplicar o meio que traga o maior favorecimento ao princípio da proibição do déficit, na ponderação com princípios em sentido contrário, só se permitindo a adoção de um meio com menor intensidade quando a relação custo/benefício demonstrar que o benefício também será grande, todavia o custo será sobremaneira menor¹⁵³.

Tomando por base que a diferença entre princípios e regras é justamente que aqueles podem ser satisfeitos em graus variados (e as regras são ou não satisfeitas), constituindo assim mandamentos de otimização¹⁵⁴. Como mandamento de otimização, tem-se que deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas¹⁵⁵, estabelecendo-se aí nova diferenciação das regras, que atendem somente às possibilidades fáticas, já que as jurídicas não permitem maior interpretação. Exige-se, pois, do legislador e do administrador que procurem sempre a maior proteção¹⁵⁶.

Com o mandamento de otimização, a proporcionalidade decorrerá da necessária vinculação de todas as ações estatais à materialização da Constituição, e assim há considerável redução da discricionariedade do legislador e do administrador¹⁵⁷, que

¹⁵³ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido.. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003,, p. 167.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2011, pp. 90-91. Dworkin traz exposição de que o ordenamento está calcado não somente em regras, mas também em princípios e que na ausência de regras, o juiz pode tomar uma decisão discricionária, mas com base nos princípios jurídicos. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes Editora. São Paulo, 2011, pp. 35-49. Já Alexy propõe uma distinção entre princípios e regras que modifica os critérios estabelecidos por Dworkin ao afirmar que tanto princípios quanto regras são espécies do gênero norma. Alexy contrapõe Dworkin quando diz que a diferença entre regras e princípios não é só gradual, mas de caráter lógico, não contendo os princípios caráter definitivo, mas mandamentos de otimização, e no caso de conflito entre princípios, um princípio deve ceder relação ao outro. Obra citada., pp. 85 e ss.

¹⁵⁵ SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 29.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 29.

¹⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas

seguindo esta teoria não poderá exercer seu juízo de conformação no caso concreto, mas apenas verificar a melhor solução e em possibilidade subsidiária uma boa solução com menor custo.

Como já salientado em tópico próprio, parece que a segunda decisão sobre o aborto tem suporte em parte na teoria da otimização, eis que determina que se tome medidas suficientes para a preservação da vida, protegendo-a desde seu nascedouro em detrimento da autodeterminação da mãe. O meio exercido protegeu na plenitude o direito à vida e não observou o direito colidido de defesa, mas como fora salientado este caso traz extremos e o direito à vida que no caso concreto não admitia ponderação, e assim aplicou-se o meio mais eficaz na proteção do direito tutelado.

Ao tratar da estrutura da proibição da proteção deficiente, Bernal Pulido traça um paralelo com o que entende também para a proporcionalidade na versão proibição do excesso e impõe ao legislador um dever de atuação consistente na realização do objeto do direito fundamental na maior medida possível¹⁵⁸.

Assim, uma omissão estatal ou ação estatal insuficiente pode até ser considerada idônea, mas a utilização de um meio alternativo mais idôneo permite a maior realização do direito prestacional.

A regra da aplicação do meio menos lesivo na proibição do excesso ao se transpassar para a proibição do déficit assume a feição de meio mais idôneo que o meio atacado, devendo o dever de ação ser conseguido em sua melhor medida¹⁵⁹.

Como crítica à teoria da otimização, tem-se que os deveres de proteção aparecem vinculados a um imperativo de proteção suficiente, e não têm que ser observados como uma proteção mínima, também não se apresentando como proteção máxima, devendo guiar-se e respeitar a proporcionalidade, observada a liberdade do legislador e do administrador. Em sendo considerado um princípio orientador, deve

penais inconstitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXX, separata, 2004, p. 343 e ss.

¹⁵⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 808.

¹⁵⁹ CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. In *La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Org. Jan Sieckmann. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 29.

respeitar a autonomia privada, levando o legislador a uma graduação de proteção conforme o caso concreto¹⁶⁰.

Um ponto a ser observado no mandamento de otimização é que sendo o máximo a ser satisfeito, não admite a figura da ponderação, tornando inclusive difícil uma decisão quando da colisão com outro princípio, eis que ambos devem ser satisfeitos ao máximo¹⁶¹. Dentro desta concepção, a colisão de princípio resta uma proposta impossível de resolução.

Lado outro, o mandado de otimização traz em si uma quebra do princípio da separação de poderes, eis que promove um desequilíbrio das funções estatais, pois havendo a busca pelo ótimo, só cabe ao legislador, mesmo nas colisões, buscar a melhor solução, e esta tarefa legislativa (e em alguns casos também do administrador) pode ser amplamente fiscalizada pelo Tribunal Constitucional, que deixaria de ser um controlador de constitucionalidade para ser um controlador da realização ótima de um direito fundamental¹⁶².

Entra-se, nesse aspecto, na questão do sopesamento também do princípio formal da separação dos poderes, que é um princípio apenas procedimental, sem adentrar no conteúdo¹⁶³, e que não permite que indiscriminadamente o tribunal tome a competência do legislador, em especial a competência orçamentária¹⁶⁴.

Só seria possível a utilização do mandamento de otimização se a margem de liberdade de conformação do legislador fosse alargada e a otimização deixasse de significar <<única resposta>>, mas sim um conjunto de soluções possíveis para um caso, sendo considerada <<uma zona>> e não <<um ponto>>¹⁶⁵.

¹⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 3ª. edição, 2006, pp. 257-258.

¹⁶¹ SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 29.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Marcial Pons. Madrid. 2011, pp. 244-245.

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Stvdia Ivridica n. 104. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 922.

¹⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 225.

¹⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Stvdia Ivridica n. 104. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 935-936.

Outro problema encontrado na teoria da otimização é a questão da reserva do financeiramente possível, pois ao se exigir uma resolução ótima do princípio, não observou o legislador as limitações financeiras estatais e que quase sempre os direitos prestacionais e promocionais implicam em dispêndio financeiro, devendo as finanças do Estado serem preservadas.

O Estado não pode prover os direitos prestacionais e promocionais em sua inteireza e da melhor maneira, pois mesmo sendo uma pretensão legítima, o recurso financeiro para subsidiar essa pretensão tem que existir. Diferentemente dos direitos de liberdade, que não em si, em regra, a necessidade de alocação de recursos, os deveres de ação têm quase sempre o conteúdo financeiro.

Não se pode tomar a regra definitiva de que os direitos de defesa não trazem prestação econômica em seu bojo, apresentando apenas prestações negativas e que os direitos prestacionais têm apenas prestações positivas¹⁶⁶, mas o condicionamento financeiro deve existir para um e para outro, pois apenas para se respeitar um direito (como o direito de propriedade ou o direito à segurança pública) não há, em regra, custos financeiros, mas para se proteger e promover tais direitos haverá dispêndio de dinheiro.

3.2.5. buscando uma construção dogmática para o conceito e os critérios caracterizadores da proibição da insuficiência

É a doutrina do professor Jorge Reis Novais¹⁶⁷ que traz os aspectos do conteúdo mínimo e da razoabilidade para o instituto da proibição do déficit, estabelecendo a suficiência dogmática do princípio, com rejeição de ser ele um reverso da proibição do excesso. Para o professor Reis Novais ao se analisar a insuficiência registra-se apenas um apego a um conteúdo mínimo de proteção e a razoabilidade, encarada sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, aplicando-se o princípio na efetivação indistintamente de todos os direitos fundamentais que impliquem em omissão do legislador e do administrador, com a omissão atuando enquanto causa autônoma de restrição do direito fundamental em causa.

¹⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 91 e ss.

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 73 e ss. e *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 308 e ss.

Ao que chama de *mínimo social*, a doutrina delimita << conteúdo mínimo do direito ou dos deveres estatais que o Estado estaria obrigado a realizar >>, chegando a conferir a este mínimo uma determinação abstrata e definitiva quando associado a figura da dignidade humana¹⁶⁸.

Buscar-se-á, agora, delimitar um conteúdo a esta dignidade humana e depois associá-la ao conceito de mínimo existencial. De logo, expor que o conceito de dignidade humana não é conceito que se originou no direito, mas com raiz filosófica, ou seja, hoje tem sua característica jurídica, eis que consagrada na Constituição, mas que carece de uma interpretação filosófica para sua compreensão, sem se descuidar que buscar um conceito para dignidade humana é imprimir um <<valor único>> ao ser humano no confronto com as demais espécies¹⁶⁹.

Como é cediço, apesar de ser um senso comum na doutrina, quanto ao conteúdo a dignidade humana ainda carece de algumas divagações. De plano, traz-se à baila se a dignidade da pessoa humana é um valor, princípio ou regra?

José Melo Alexandrino traz importante estudo sobre a dignidade da pessoa humana, expondo que quanto ao seu caráter pode ser uma regra, um princípio ou um valor, e enquanto valor demonstra caráter absoluto e incondicional, enquanto princípio é relativizável em razão da convivência com o efeito de outras normas e enquanto regra dá aparência de absoluto por resolver os casos propostos¹⁷⁰, e assim entende-se que para o estudo em comento a dignidade humana aparece como um princípio-regra, agindo com caráter absoluto quando busca garantir a cada indivíduo condições para autodeterminação, podendo exercer seus direitos com autonomia¹⁷¹.

¹⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 307-308.

¹⁶⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. O conceito constitucional de dignidade humana entre o absoluto e a ponderação: o caso da reprodução humana. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 151-178.

¹⁷⁰ ALEXANDRINO, José Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana. In Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Lisboa, 2010, p. 487

¹⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora. Coimbra, pp. 307-308. O professor André Ramos Tavares entende por dignidade humana a escolha do próprio caminho e a possibilidade de pautar suas decisões sem qualquer interferência de terceiros. TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. In Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 318.

Essa dignidade que se busca deve ser identificada com a autonomia ética do ser humano, e deve o ser humano buscar o conteúdo de sua própria dignidade, decidindo de forma autônoma, e mesmo que por algum motivo esteja reduzida ou anulada esta autonomia, devem os terceiros o respeitarem enquanto ser humano, não podendo nem o detentor desta dignidade tentar destruí-la ou anulá-la, relegando-se a um objeto¹⁷².

Sendo princípio, funciona no sistema constitucional enquanto base de sustentação e unidade, e diferentemente dos valores, possui consequência jurídicas, e tendo o homem enquanto centro do universo jurídico, vincula todos os poderes do Estado, determinando o agir estatal e invalidando todos os atos que contrariem a sua estrutura, determinando também a proteção e promoção do seus valores e a garantia contra quaisquer violações de terceiros, com a autonomia da pessoa humana de um lado e necessidade de proteção e efetivação de outro¹⁷³.

Essa necessidade de proteção e promoção, servindo como conteúdo dos direitos fundamentais, traz ao princípio da dignidade da pessoa humana a função de garantia, inclusive, contra o legislador ordinário¹⁷⁴, não o permitindo ser omissivo ou agir deficientemente, privando as pessoas do acesso aos direitos fundamentais.

A dignidade humana está fortemente vinculada aos direitos fundamentais, até por ser o limite para os mesmos, pois sendo um direito objetivo, serve para estabelecer o respeito aos direitos próprios e alheios, servindo de limite ao legislador que deve subordinar a tese da reserva de lei por uma nova tese de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que tem em última instância a dignidade humana como conceito¹⁷⁵.

¹⁷² NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. Coimbra. 2011, p. 57 e ss.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. Coimbra, 2011, pp. 52-53.

¹⁷⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In dimensões da Dignidade. Livraria do Advogado Editora. 2.ª edição. Porto Alegre, 2009, p. 89. Diz ainda o autor em obra diversa que << El legislador no se puede poner en el lugar de la Constitución. La garantía de los derechos fundamentales frente a los quebrantamientos del legislador hay, por tanto, que fundamentarla de modo específicamente jurídico-constitucional>>. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 43.

¹⁷⁵ LANDA, César. Dignidad de La Persona Humana. In Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 129-130.

Apesar de ser um princípio com característica de absoluto, por não ceder a nenhum outro valor, a dignidade humana - que baliza o conceito do mínimo existencial e, via de consequência, quando se desce aquém deste mínimo – está atrelada ao fenômeno cultural – e também econômico - de cada sociedade, e assim possui níveis à vista das exigências de cada povo¹⁷⁶, o que se traduz em dizer que o mínimo existencial tem um conceito teórico absoluto e sempre que um ser humano for relegado à condição de objeto está maculado o princípio da dignidade humana, todavia a concretização do princípio está condicionada a elementos de ordem cultural e financeira, que determinarão concretamente quando alguém está abaixo desta linha mínima de dignidade.

Não se pode olvidar que no direito contemporâneo marcado pela globalização e dinâmica dos meios de comunicação, torna-se muito aproximado, principalmente entre nós da civilização ocidental, um conceito de dignidade humana. A influência do direito constitucional norte-americano, por exemplo, uma vez baseado na supremacia da Constituição em detrimento da supremacia do Parlamento veio a influenciar muitas das novas e também tradicionais democracias, havendo também o crescimento do chamado <<diálogo constitucional>> entre as Cortes¹⁷⁷, o que mesmo assim ainda não impede as particularidades regionais acerca do tema.

O *mínimo social* importa em suprir as condições materiais para a subsistência de um povo, só não sendo possível se houver comprovada dificuldade financeira que afaste a responsabilidade¹⁷⁸, como por exemplo uma catástrofe natural que venha a abalar as finanças do Estado ou, ainda, uma comprovada crise financeira que impeça ao Estado prover a população deste mínimo. A discussão que será travada adiante é se e como pode o Tribunal Constitucional intervir se o Estado tiver uma condição reduzida e erroneamente destinar recursos para fins outros que não seja a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 308.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pp. 33-35. Na mesma obra, na página 72, o autor busca um conceito para o conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, expondo que << Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (comunitários) >>. Essas restrições são justamente o que traz as peculiaridades regionais ao conceito.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 309.

Associando-se o mínimo existencial ao exercício digno dos direitos de liberdade pelos que participam de determinado grupo social, diz Novais que não há qualquer problema em sua caracterização ferir o princípio da separação de poderes, pois todos os poderes estão vinculados a este *mínimo* e sua inobservância é passível do controle judicial¹⁷⁹. Entra-se em seara que desperta grande discussão acadêmica, envolvendo os direitos fundamental e o confronto deste com a separação de poderes. Teremos tópico próprio para apreciação dos limites do controle judicial dos deveres de ação, mas de já será iniciada a discussão sobre a possibilidade do poder judicial exercer controle sobre este mínimo existencial.

Se a Constituição atribui ao princípio da dignidade humana relevância em todas as normas constitucionais e, em especial, nos direitos fundamentais, é certo que o Poder Judiciário, forte em sua missão de guardar a Constituição não se pode eximir quando em jogo o mínimo social. Assim, na tensão entre direitos fundamentais e democracia, posicionamo-nos pela legitimidade constitucional do Poder Judiciário, a chamada << legitimidade argumentativa >>¹⁸⁰, decidindo o Juiz em nome do povo, servindo a argumentação da decisão justamente como controle do próprio julgador¹⁸¹.

No Brasil, tem-se uma maior possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais que geram deveres de ação ao Estado em razão do princípio constitucional da não exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação do Poder Judiciário, sendo óbvio que a omissão ou ação defeituosa pode gerar sérios riscos aos membros da comunidade. O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem agido de forma bastante ativa nas questões envolvendo deveres de ação estatal, concretizando a Constituição. Não se pode

¹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 309.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. In *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 578-580.

¹⁸¹ Mesmo não sendo objeto do estudo, forma-se a presente nota para trazer em poucas linhas a posição contrária a estes argumentos, quando ao se opor à justiciabilidade dos direitos fundamentais que geram deveres de ação e, via de consequência, ao argumento da dignidade humana, a doutrina tem duas vertentes de raciocínio: 1) ferir a separação de poderes com intromissão do Poder Judiciário na seara política sem a vontade popular estabelecendo este Poder; 2) a utilização do princípio da dignidade humana como valor ético e moral, suprimindo as decisões do campo democrático e gerando insegurança jurídica. AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 17, jan/mar de 2009. Salvador, 2009, p. 8, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 13 de fevereiro de 2014. Traz-se a posição contrária de maneira tangencial para não privar o leitor do contraditório na matéria em questão, mas entendendo a mesma com certa hegemonia da posição apresentada nas linhas principais.

descurar que a análise da dignidade humana nos termos propostos no mínimo existencial e a questão da justificação financeira para o incumprimento ou mau cumprimento da prestação ou promoção não constituem questões que ficam à margem do Poder Judiciário, e, muito pelo contrário, âmbito de atuação da Justiça Constitucional. A dimensão desta atuação e seu eventual extrapolamento é que merecem ser mensurados e discutidos.

A estrutura constitucional, pois, entrega ao Poder Judiciário o controle dos demais Poderes e de sua própria competência, devendo ser o primeiro a <<fiscalizar>> se não está utilizando o princípio desarrazoadamente, com vagueza de formulação, relegando-a a uma resposta para toda e qualquer questão. Ressalte-se, que não cabe somente ao Judiciário sopesar quando não se atende o mínimo e, pelo contrário, quem primeiro deve fazer é o legislador quando da elaboração das normas abstratas e o administrador quando da execução destas normas, mas na inércia destes, cabe, sim, ao Judiciário o sopesamento dos casos concretos a ele apresentados.

Interessante pensamento é o de Peter Häberle de encarar a dignidade humana enquanto uma prestação, que o indivíduo pode realizar ou perder, cabendo ao Estado não assegurar a dignidade, mas dar condições para o indivíduo exercê-la, enquanto tarefa¹⁸². Assim, mais uma vez presente a posição do Judiciário de buscar a concretização dos meios para os indivíduos exercerem a dignidade humana.

O segundo subprincípio trazido pela tese apresentada por Reis Novais é o da razoabilidade, em que o professor busca inspiração no posicionamento do Tribunal Constitucional sul-africano¹⁸³. O Tribunal sul-africano busca uma ideia de razoabilidade na própria Constituição, que traz o termo consagrado em seu corpo (artigos 26^o, 27^o e 36^o) tanto para observar a <<constitucionalidade das medidas positivas dos direitos sociais>> quanto para verificar o <<limite negativo a ser observado pelos limites dos direitos fundamentais>>¹⁸⁴.

¹⁸² HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In dimensões da Dignidade. 2.^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 73

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 316.

¹⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 212.

Orienta o princípio da razoabilidade na jurisprudência sul-africana que o exame deve ser realizado caso a caso, sem apego a melhor opção ou opção com menor custo, já que ao poder político é dada ampla margem de liberdade de conformação, desde que a medida não seja considerada desrazoável¹⁸⁵. O interessante nesta jurisprudência é que se consegue preservar o princípio da separação de poderes sem fechar os olhos para os deveres de ação do Estado, que devem satisfazer a população se esta se encontrar em estado de penúria, de emergência, sem qualquer dignidade.

Pela tese da razoabilidade exposta, continua sendo observada a racionalidade que se deve ter com os gastos públicos, mas em paralelo é observada a situação desrazoável em que se encontram os que necessitam da intervenção estatal para ter a mínima dignidade, e se esta se encontra violada, é declarada a omissão ou insuficiência estatal da medida.

Melo Alexandrino atenta para a posição do Tribunal sul-africano em reconhecer a obrigação do legislador pautada a <<razoabilidade, disponibilidade de recursos e realização progressiva>>¹⁸⁶, e traz como *leading case* o caso Grootboom¹⁸⁷, em que a razoabilidade fora bem delimitada no sentido de não permitir que a população desça do nível mínimo da dignidade.

De se distinguir a razoabilidade da proporcionalidade em sentido estrito, já que esta afere se as vantagens promovidas pela ação (ou omissão) estatal são maiores que as desvantagens que provoca na comunidade, desenvolvendo uma necessária relação de causalidade entre o meio utilizado e o fim buscado¹⁸⁸. A razoabilidade, a seu turno, analisa interesse pessoal envolvido e se a ação ou omissão deixará o envolvido em situação

¹⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 213.

¹⁸⁶ ALEXANDRINO, José Melo. Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção? In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII (especial). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 164-165.

¹⁸⁷ Melo Alexandrino explica o caso, expondo que << o *leading case* continua a ser o caso Grootboom (Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others), de 4 de Outubro de 2000, em matéria do direito à habitação; (...) no caso concreto, o Tribunal Constitucional entendeu que, por falta de um programa capaz de garantir pelo menos um alívio temporário para a situação daquelas 900 pessoas que não tinham nenhum lugar onde viver, os direitos constitucionais dos requerentes tinham sido violados>>. ALEXANDRINO, José Melo. Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção? In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII (especial). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 165-166.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 158. Sobre razoabilidade, ver também, NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 765 e ss.

desumana. O caso concreto tem valor e a situação individual, que é analisada sem qualquer exame de comparação meio-fim.

Como restou aferido, a razoabilidade não se baseia no mínimo existencial, mas na situação em que restará a pessoa destinatária do dever do Estado, se a ação estatal não for realizada ou for realizada de maneira insuficiente. O mínimo social e a razoabilidade, entretanto, são os subprincípios analisados para se chegar ao princípio da proibição do déficit.

De resto, atentar para o fato que a aferição da proibição da insuficiência está adstrita a todos os deveres de ação e à vista da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é dirigida a todos os poderes estatais, que detêm o dever de concretização, sob pena de incorrer em omissão ou ação insuficiente e ter que realizar, via judicial, a tarefa constitucional que lhe é devida.

Em contraste com a teoria do cumprimento da obrigação da <<melhor maneira possível>>, temos que a posição aqui adotada afasta a total discricionariedade do Poder Judiciário, que ao não ter um parâmetro balizador para determinar quando ocorre a insuficiência, resta com amplos poderes, eis que carecedor da razoabilidade quando da análise concreta apresentada, e deixando aos órgãos legitimamente eleitos o poder para a prática das políticas públicas em prol do desenvolvimento da sociedade.

Também se retira com esta teoria o empecilho travado na teoria do mínimo existencial, pois não se encontra o Judiciário quando da análise do caso concreto atrelado apenas aos casos de violações grosseiras, desconfigurando o instituto e o confundindo com os deveres de proteção, que em si já trazem o mínimo de ação estatal em seu bojo.

Também ao trazer a razoabilidade ao princípio da proibição da insuficiência, retirou-se a crítica à falta de autonomia dogmática do princípio, sendo mero reverso da proibição do excesso, e ao atrelar a razoabilidade ao mínimo social é possível se visualizar os casos de omissão inconstitucional que merecem atuação estatal para concretização do Estado de Direito.

É o princípio da proibição da proteção deficiente, a quem Reis Novais traz as várias denominações da doutrina, a exemplo de proibição da insuficiência,

proibição por defeito, proibição de proteção insuficiente ou princípio da infraproteção que vai balizar as funções estatais e consagrar a proporcionalidade em sua integralidade. O mesmo Reis Novais, ao consagrar o princípio empresta-lhe o vocábulo *proibição do déficit*¹⁸⁹. Não permitir que se desça abaixo de um mínimo social, tendo como parâmetro a razoabilidade para se aferir quando uma pessoa foi colocada em situação humanamente intolerável é o que se busca com este instituto ainda pouco difundido no direito mas de grande valia no estudo dos deveres de ação estatais.

3.3. Limites ao princípio da proibição do déficit

Como o próprio nome reflete, estamos diante de um princípio não personificado em uma regra, e assim sujeito à ponderação e conflito, até com restrição de conteúdo, diferentemente das regras, que possuem conteúdo absoluto e vigoram de maneira plena ou simplesmente não vigoram no caso concreto.

Ronald Dworkin traz a diferenciação entre princípios e regras, sob o argumento do tudo-ou-nada para as regras, ao expor que as regras são aplicadas de maneira plena – ou não são aplicadas – e contrário senso os princípios que não trazem em si a regra tudo-ou-nada, mas da relevância quando da aplicação no caso concreto pelas autoridades públicas, dispendo também os princípios da regra do peso, pois os princípios apontam para pesos e importâncias diversas à vista do caso concreto¹⁹⁰.

Estabelece que o sistema não é composto somente de regras e que em caso de conflito a discricionariedade do juiz é quem irá decidir, com base em sua autoridade, até porque os direitos fundamentais são anteriores às regras que os dão forma¹⁹¹. Desta proposição surge a primeira indagação quanto aos limites ao princípio da proibição do déficit que é impor ou não limite a esta discricionariedade do juiz na interpretação principiológica. A este problema devemos acrescentar a reserva do

¹⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 77.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 50 e ss.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 50 e ss. Para estudo também sobre a diferenciação entre regras e princípios, ver ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, p. 85 e ss. e para um estudo baseado inclusive na obra de Alexy, com a diferença entre regras, princípios e procedimentos, ver QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 109 e ss.

politicamente oportuno, ou seja, quem deve primeiramente e/ou exclusivamente decidir o que é melhor para a população: os órgãos democraticamente eleitos ou o poder judicial?

Outro limite imposto ao livre desenvolvimento do princípio da proibição da proteção deficiente é a questão da reserva do financeiramente possível, eis que como visto se em um princípio buscamos sempre executá-lo da melhor maneira possível, sempre dentro da realidade jurídica e fática, essa execução, entretanto, está condicionada às barreiras financeiras impostas pelas relações sociais e institucionais, e aqui buscaremos entender quando estas barreiras podem limitar ou mesmo inviabilizar a execução do princípio.

Linhas gerais serão trazidas neste tópico, até porque capítulos específicos tratarão das matérias buscando maior relevo, mas de plano já traremos os impasses ocasionados pelos limites impostos pela reserva do financeiramente possível, reserva do politicamente oportuno e suas interações com o poder judicial na resolução dos casos concretos.

Os princípios, é certo, vinculam a todos e, principalmente, os poderes públicos. Assim, prestar as ações devidas aos seus súditos é dever do Estado a ser cumprido sempre na perspectiva do melhor atendimento. Por se tratar de prestações positivas, dependentes estamos dos pressupostos financeiros, com condicionamento para realização destes direitos à reserva do possível.

Mostrar-se-á, no entanto, que ser um direito condicionado a um custo financeiro não pode retirar deste direito sua capacidade jurídica, mas que uma certa gradação para a concretização de tais direitos é plenamente compreensível, ante a ausência de recursos, mas mesmo esta ausência de recursos não pode ser aceita sem alguma reserva, eis que a execução dos direitos fundamentais deve ser sempre ponderada.

Assim, estando em causa os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, a reserva do possível não deve apenas ser alegada, mas também amplamente demonstrada pelo Estado¹⁹², até porque a omissão estatal não poderá ser tolerada, a não ser em situações excepcionais quando comprovada a ausência total de recursos e que não pode haver sopesamento com as demais despesas para socorrer a dignidade dos que compõem a comunidade.

¹⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Perira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 526-546.

Ao se analisar a reserva do financeiramente possível deve-se também ter uma noção global do impacto da decisão, pois ao se deferir um bem ou direito fundamental a uma pessoa isoladamente, a decisão tem que possibilitar que o bem da vida possa ser universalizado, tornando assim a decisão mais justa e equilibrada¹⁹³.

Em paralelo a esta reserva do possível, temos que analisar também a questão do politicamente adequado, ou seja, cabe ao legislativo e ao administrador, detentores da representatividade popular, discutir e implementar o que entendem necessário dentro do modelo estabelecido para implementação dos seus deveres. É a opção política dentro do contexto fático apresentado.

Também na reserva do politicamente adequado é cabível ao poderes legislativo e executivo exercerem sua ampla liberdade de conformação, desde que possuam uma justificação constitucional para a escolha, e que esta justificação tenha respaldo no cumprimento dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana¹⁹⁴. Tanto para o princípio da reserva do financeiramente possível quanto para o princípio da reserva do politicamente adequado, tem-se a proibição da insuficiência para se resguardar a defesa do núcleo fundamental da constituição.

Por fim, o limite a ser estudado agora é a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para analisar quando poderão ou não ser invocadas a reserva do possível e a reserva do politicamente adequado. Assim, em linhas gerais, por todos os poderes estarem vinculados à Constituição, a liberdade estatal traduzida na discricionariedade tanto do legislador quanto do administrador tem nesta força normativa constitucional a barreira para a atuação nos deveres de ação. Cabendo ao Estado demonstrar a real impossibilidade financeira ou a acertada escolha política, que consistem em não atingirem ou sufocarem os direitos fundamentais e a dignidade humana, o Judiciário tem a responsabilidade de averiguar as razões estatais e decidir sem a ação consistiu em déficit de proteção ou promoção.

¹⁹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Perira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 526-546.

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 311.

É o chamado neoconstitucionalismo¹⁹⁵ que traz a Constituição para o centro do sistema jurídico, e assim coloca o legislador a observar quando da feitura de leis a conformidade com a Constituição e ao administrador quando da realização dos deveres o respeito à Constituição que expande a jurisdição constitucional e permite ao Juiz Constitucional ter uma posição que não fere a separação de poderes, pois o núcleo fundamental de direitos deve ser respeitado e preservado, cabendo esta guarda da Constituição em última análise ao Judiciário.

Ao reverso, não cabe ao Poder Judiciário intervir quando o legislador cria ou amplia o conteúdo de um dever de ação ou quando o administrador escolhe a maneira de executar o comando legislativo sem qualquer atingimento ao princípio da proibição do déficit, pois tais opções fazem parte da intangibilidade que os cerca na separação de poderes e reforçam o princípio democrático, não podendo o Judiciário se imiscuir e determinar substituição de prestação ou criar prestação quando não lhe é dado pelo sistema tal poder. A razão para a atuação do Judiciário se encontra na defesa da razoabilidade e da dignidade humana, dentro do mínimo social exigido.

¹⁹⁵ Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista de Direito Administrativo, nº 240, São Paulo, 2005 e STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

4.1. A proibição do excesso: conceito e caracterização

Neste capítulo traçaremos em linhas gerais o conceito e os subprincípios que compõem a proibição do excesso, para após firmar um paralelo com a proibição do déficit e apontar que entre os dois institutos, apesar de haver independência dogmática, encontram-se similitudes.

Diz que a proibição do excesso nasceu no direito prussiano de polícia do final do século XVIII¹⁹⁶, tendo se desenvolvido pelo mundo de tal modo que hoje pode ser considerado um princípio aplicado a vários ramos do direito, com destaque especial para o direito constitucional e a atividade administrativa. Surge com a finalidade de impedir restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais, seja por atos do legislador ou do administrador. Contrapõe-se aos abusos estatais, integrando-se ao Direito Constitucional como forma de garantia dos particulares contra invasões nas liberdades do cidadão.

De plano, busca-se a natureza jurídica do instituto, eis que apesar de a maioria da doutrina apontar como sendo um princípio, há quem diga ainda ser um postulado, uma regra ou um terceiro gênero dentro do direito.

Humberto Ávila entende a proibição do excesso enquanto postulado, ou seja, como uma norma estruturante de aplicação de princípios e regras que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental, não havendo qualquer relação com o chamado princípio da proporcionalidade, eis que aqui não há uma relação meio-fim, mas uma análise se um direito fundamental encontra-se restringido de tal maneira que se torne um excesso para quem suporta a restrição¹⁹⁷.

Diz ainda o autor que o Supremo Tribunal Federal brasileiro quando da análise da proibição do excesso o fez sem qualquer relação de meio e fim e sem os

¹⁹⁶ CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: Arqueologia e aplicações *apud* SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 137.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 145-146.

subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, mas apenas verificando a excessividade da restrição, sendo limite à atuação estatal¹⁹⁸.

Entendida como regra, a proibição do excesso é considerada uma regra de segundo grau, visando a satisfação possível do princípio em causa. Diz-se regra por não ser possível para esta corrente que o mandado de proporcionalidade e seus sub-mandados sejam submetidos a qualquer ponderação, e sendo uma regra de <<segundo grau>> vem a determinar como devem os princípios serem aplicados¹⁹⁹.

É regra justamente por ser composta por regras de aplicação. Explico. Os subprincípios que compõem o princípio da proibição do excesso são regras que devem ser cumpridas quando se deve aplicar o princípio ou proibem a aplicação do princípio quando não se fazem presentes²⁰⁰. Assim, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou serão aplicadas ou não serão aplicadas pelo que entende a doutrina.

De mais fácil entendimento os subprincípios da adequação e da necessidade serem regras, e de mais difícil aceitação a proporcionalidade em sentido, eis que é a comparação entre benefício alcançado e sacrifício imposto, o que necessariamente importa em ponderação. Para tanto, a figura da chamada <<regra de segundo grau>> vem para impor o princípio a ser aplicado.

Para os que entendem a proibição do excesso como princípio, o fazem por verificar que em sendo o princípio uma norma com maior grau de generalidade e abstração, tem a proibição do excesso essas características²⁰¹, o que de fato possui ressonância, eis que é hoje norma aplicável a várias categorias do direito, como maneira de fazer o Estado ponderar quando de suas intervenções em relação aos particulares. A Constituição Portuguesa trata expressamente o postulado da proporcionalidade por princípio, ao enunciar no art. 18:2, que << A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-

¹⁹⁸ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, 2007, p. 147.

¹⁹⁹CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios), Lisboa, 2010.

²⁰⁰PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª. edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.597-599.

²⁰¹CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios), Lisboa, 2010, p. 876.

se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos>>.

Para Jorge Reis Novais²⁰², a proibição do excesso tem a estrutura de aplicação binária, que caracteriza uma regra, mas sua aplicação está ínsita ao procedimento de ponderação, trazendo assim uma tese intermediária, mas sempre inclinada para a natureza jurídica de princípio.

É quase pacífico ser a proibição do excesso um princípio até porque é um instrumento de ponderação, que deriva da ideia de justiça, buscando o equilíbrio entre os bens em destaque, com preservação ao máximo de cada bem constitucional²⁰³, mas sempre em defesa do direito fundamental que não deve ser restringido a ponto de deixar o particular em situação desconfortável.

Superada a natureza jurídica do instituto, passemos agora a terminologia a ser utilizada. É fato que o princípio da proibição do excesso é também chamado de princípio da proporcionalidade ou princípio da razoabilidade, sendo certo, como evidencia Reis Novais, que <<poucos domínios apresentam uma terminologia tão oscilante como a que se refere ao princípio da proibição do excesso ou, na acepção mais vulgarizada, as várias dimensões do princípio da proporcionalidade>>²⁰⁴.

Quanto a ser sinônimo de proporcionalidade, parte da doutrina já concebe²⁰⁵ e até difere a proporcionalidade em sentido amplo, que seria a proibição do excesso da proporcionalidade em sentido estrito, como sendo um dos subprincípios da proibição do excesso. Isso se dá porque na jurisprudência alemã há uso enquanto sinônimos dos dois vocábulos pelo Tribunal Constitucional Alemão. Entre nós, o Supremo Tribunal Federal também o coloca como uma das facetas do princípio da

²⁰² NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 348.

²⁰³ MOTTA, Ivan e MENDONÇA, Marilda Watanabe de. Princípio da proporcionalidade e seu alcance no Direito Penal brasileiro. Revista do Mestrado em Direito UNIFIEO, ano 4, núm. 4, Osasco, 2004, p. 255.

²⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 729. Jorge Reis Novais entende que a proibição do excess é termo mais abrangente que proporcionalidade, que seria um dos elementos da proibição do excess, propondo a utilização do vocábulo proporcionalidade apenas para o que chama de proporcionalidade em sentido estrito, um dos subprincípios da proibição do excesso.

²⁰⁵ Paulo Bonavides relata que o Tribunal Constitucional Alemão utiliza indiscriminadamente os dois vocábulos, o que permite tratá-los enquanto sinônimos. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo:Malheiros, 2012, p. 403. No mesmo sentido, STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pp. 147-148.

proporcionalidade, não havendo distinção clara mas, ao reverso, total falta de preocupação em diferenciar a proporcionalidade da proibição do excesso, havendo em um mesmo julgado o emprego dos dois vocábulos.

Para os que entendem a proibição da proteção deficiente o anverso da proibição do excesso, cuidado deve haver em tornar sinônimos a proibição do excesso da proporcionalidade pois desde que se intensificou o estudo da proibição da proteção deficiente, temos que a ponderação exercida no desrespeito aos direitos do cidadão não é a única no campo dos direitos fundamentais, já que nos deveres de ação estatais também ocorre o exame da proporcionalidade.

Entre nós, Ingo Sarlet é quem diz que a proporcionalidade não mais se encerra em conter os abusos do Estado em detrimento dos particulares mas, e também, em cobrar deste Estado que aja em benefício dos seus súditos, tanto protegendo quanto promovendo os direitos fundamentais, e qualquer desvio para além ou aquém deve reclamar intervenção, inclusive judicial, para retorno da normalidade²⁰⁶.

Também não se confundir a proibição do excesso com o princípio da razoabilidade, entendendo-se a razoabilidade como uma das dimensões da proibição do excesso, analisando-a na perspectiva individual daquele que tem um direito restringido, ou seja, se é razoável suportar aquela restrição²⁰⁷.

O principal objetivo do princípio é impedir a desproporção entre os meios utilizados e os fins alcançados pelos entes estatais. Visualiza-se duas funções atribuídas ao princípio, correspondendo a primeira à ideia da proporcionalidade como maneira de proteção dos direitos fundamentais contra os excessos do Estado e a segunda enxergando a proporcionalidade na vertente proibição do excesso como método de resolução de conflitos entre princípios constitucionais.

É um critério a ser seguido pelo legislador e pelo intérprete tanto na elaboração quanto na aplicação das normas jurídicas. Assim, não é bastante a lei ser

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp.327-328.

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 2003, p. 765.

editada seguindo os procedimentos formais, devendo também ser proporcional, observando os direitos e garantias do indivíduo e da coletividade conquistados na Constituição, mas frutos de luta histórica contra o absolutismo e a intolerância.

A doutrina entende que a caracterização do princípio da proibição do excesso passa por três etapas, ou seja, conceitua três subprincípios que devem ser preenchidos para que não se configure excesso na atuação estatal em relação ao particular.

Como primeiro subprincípio temos a adequação, que se traduz em um meio certo, eficaz, para satisfazer o interesse público. Uma ação eficaz é aquela que se entende útil para a finalidade proposta²⁰⁸. Assim, haverá excesso de atuação se a ação estatal não for adequada ao interesse público, for baseada ou destinada a fins outros que não a finalidade que deve permear a administração ou a feitura de leis.

A necessidade vem para responder que era necessário praticar aquela ação para atingir a finalidade proposta²⁰⁹. Não será necessária a atuação estatal se possível a realização do pretendido de maneira menos lesiva, ao passo que será necessária a medida se não pode ser substituída por outra menos lesiva.

E ao fim temos a proporcionalidade em sentido estrito, que estabelece uma relação meio-fim, ou seja, analisa-se o ato restritivo na perspectiva das consequências que gera na pessoa que suportará o ato, vedando-se atuação estatal exagerada, descabida²¹⁰. Nesta fase, faz-se uma análise custo-benefício em que se contrasta o meio que fora utilizado, com a consequência estabelecida. Não se concebe na proporcionalidade em sentido estrito que se utilize meio que afete exageradamente o direito fundamental.

Reis Novais traz cinco fases a serem analisadas para se caracterizar que a restrição ao direito fundamental teve excesso na atuação. Sendo certo que é possível a restrição a um direito fundamental, pois não se há direito absoluto, tal restrição tem que ter uma justificação para ser realizada, e tal justificação tem que ter amparo na Constituição,

²⁰⁸MOTTA, Ivan e MENDONÇA, Marilda Watanabe de. Princípio da proporcionalidade e seu alcance no Direito Penal brasileiro. Revista do Mestrado em Direito UNIFIEO, ano 4, núm. 4, Osasco, 2004,, p. 256.

²⁰⁹ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 142.

²¹⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 142.

vedando-se o excesso de proibição. Havendo limitação por parte do Estado não deve tal limitação ser excessiva.

De logo, fala da indeternabilidade, externando que uma restrição ao direito fundamental deve trazer em si um conteúdo determinado, para que se saiba do que se trata a restrição. O segundo subprincípio é o da aptidão, que a maior parte da doutrina chama adequação. Por aptidão entende-se que o meio tem que ser apto, contribuindo para o atingimento do fim almejado. Sendo o meio apto, ou seja, de acordo com os fins do Estado, vê-se se o mesmo é indispensável. Por indispensabilidade entende-se que em havendo duas medidas iguais, deve-se buscar a menos restritiva. Superadas as três fases antecedentes, analisa-se a proporcionalidade em sentido estrito, onde se compara o sacrifício imposto com o benefício alcançado. O sacrifício imposto não pode ser desproporcional ao benefício alcançado. O juiz deve eliminar as situações desproporcionais. Ao fim, a razoabilidade deve ser ponderada. Na razoabilidade não se vê comparação. Olha-se para a pessoa afetada e analisa-se se a situação desta restou razoável ou desrazoável, podendo ser do ponto de vista qualitativo ou quantitativo, como o caso da China, em que a pessoa que será executada paga o projétil que será lançado contra si.

A proibição do excesso não se encontra positivada no direito brasileiro, apesar de na Constituição haver algumas restrições justificadas pela proporcionalidade, como por exemplo no artigo 5º., X e XXV e artigo 7º., IV, V e XXI. Mesmo não se encontrando expressamente positivada, é instituto difundido e respeitado, sendo reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive pela Corte Constitucional.

4.2. Autonomia dogmática da proibição da insuficiência – diferenças e similitudes em relação à proibição do excesso

A proibição do déficit tem suficiência dogmática e estrutura diversa da proibição do excesso, eis que ligada aos deveres de ação do legislador e do administrador para proteção ou promoção de um direito fundamental. Estabelecendo-se a dimensão positiva dos direitos fundamentais não se pode visualizar a proibição da insuficiência como reverso da proibição do excesso, ao se desenvolver a teoria não só dos direitos de defesa com abstenção estatal, mas também dos deveres de ação e efetivação dos direitos fundamentais.

É impossível, apesar de respeitadas posições em contrário, adotar as fases da proibição do excesso para a proibição do déficit, pela própria estrutura e desenvolvimento deste último instituto. Para os que adotam a estrutura trifásica para a proibição do excesso e tendem a entender a proibição da insuficiência como reverso da medalha, trazem a adequação, necessidade e proporcionalidade como subprincípios também da proibição por defeito.

Quanto à adequação, pode-se até visualizar este subprincípio quando há omissão parcial do ente estatal (mas mesmo assim é desnecessária sua valoração, pois nos deveres de ação cabe ao Estado dizer em regra o meio a ser utilizado), mas não há que se falar que o meio fora ou não adequado diante de uma omissão total. Não se pode entender que o meio fora ou não adequado se esta ação não existiu. Assim, dispensável valorar a aptidão do meio na proibição do déficit.

Também não se pode mensurar a necessidade ou exigibilidade da medida restritiva, pois se o que ocorreu fora uma omissão estatal, não se pode dizer que em se omitindo, poderia o Estado se omitir de maneira diferente.

A proporcionalidade em sentido estrito perde seu conteúdo valorativo na proibição da proteção deficiente, pois não há que se avaliar meios utilizados e fins colimados, justamente por ausência de utilização de meios na atitude omissiva estatal.

Os critérios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana estabelecidos explicam melhor o princípio da proibição do déficit, pois uma vez estabelecido que o Estado tem que agir, estabelece-se um patamar mínimo que este deve atingir para reduzir os particulares a objetos de direito e não sujeitos de direito.

São princípios destinados a dimensões distintas dos direitos fundamentais. No excesso o Estado agiu de maneira desproporcional, quando não deveria ter agido ou agido de maneira menos gravosa. Já na proibição do déficit, o Estado tinha o dever de ação e permaneceu inerte. Pode até parecer que em exemplo se tivéssemos uma linha reta, a proibição do excesso estava em um extremo e a proibição do déficit em extremo outro, mas o que ocorre é que não podemos estabelecer tamanha similitude entre a dimensão negativa e a dimensão positiva estatal, até porque nesta última o Estado pode agir de várias maneiras e a atuação do judiciário em caso do incumprimento da obrigação é

mais restrita até diante das várias possibilidades de atuação e do princípio da separação de poderes.

Para a doutrina que entende ser a proibição do déficit princípio autônomo, não vê problema em tratar como sinônimo a proibição do excesso e a proporcionalidade. É fato que durante muitos anos proporcionalidade foi sinônimo de proibição de excesso, e com o desenvolvimento da proibição por defeito entende-se que a sinonímia perde sua razão de ser, mas diante das fases utilizadas na proibição do déficit, não há qualquer problema em continuarem sinônimos a proporcionalidade e a proibição do excesso, até porque nos termos propostos para os que entendem com autonomia dogmática o instituto da proibição da insuficiência, nem a proporcionalidade em sentido estrito deve ser analisada, mas sim a razoabilidade.

O que torna semelhante o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição do déficit vem ser justamente a análise da desproporção no caso concreto, quando colidentes direitos fundamentais. Mas nesse caso é só a questão de dizer que há preponderância (excesso) de um direito alheio em relação ao seu. A autonomia dogmática da proibição da insuficiência reside no fato de poder o juiz constitucional examinar se houve insuficiência na edição da norma ou na execução do dever de proteção estatal. Na proibição da insuficiência o administrador pode até ir além, com proteção superior ao estabelecido em lei ou no basilar para a população, não havendo pois que se falar em excesso de proteção.

Baseando-se na regra estabelecida por Reis Novais²¹¹, de apenas considerar a razoabilidade e dignidade da pessoa humana, temos que a diferença está que toda abstenção do administrador em proteger um direito fundamental que venha a vulnerar tal direito não pode prosperar.²¹²

Descumprir um imperativo de tutela através de uma omissão faz caracterizar a insuficiência da prestação pelo Estado. Quando nas prestações normativas, ocorre uma valoração inferior pelo legislador, em desconformidade com a Constituição, não permitindo a fruição do direito fundamental. Entenda-se que a lei deve se adequar-se à Constituição, afastando do ordenamento normas que não se adequem aos preceitos

²¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra editora. 2003.

²¹² PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª. edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 806 e ss.

constitucionais. Quando das prestações fáticas, ver-se-á se o administrador está tutelando os direitos prestacionais de forma satisfatória, conformando-se com os preceitos jusfundamentais e protegendo indivíduos de agressões de semelhantes.

5. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E A RESERVA DO POSSÍVEL

5.1. Obstáculos à efetivação dos deveres de ação

É pacífico na sociedade atual que todos os direitos têm custos para sua operacionalização. Os clássicos direitos de liberdade e os mais atuais direitos presentes nas Constituições pós-guerra demandam para realização prestações positivas do Estado. Assim, para defender um direito de propriedade, por exemplo, o Estado realiza ações que implicam na manutenção de sistemas de segurança que não permitam invasões e diminuições deste clássico direito de liberdade. O mesmo se diga para manutenção de um sistema de saúde, em que ações positivas devem ser realizadas, sob pena de omissão.

Talvez a diferença entre os direitos de liberdade e os chamados direitos sociais é que naqueles o custo já se encontra montado independentemente de sua utilização, ao passo que nestes o custo é sopesado de acordo com a utilização pessoal dos que compõem a sociedade²¹³. Assim, para defender o direito de propriedade o Estado já mantém estrutura de justiça qualificada, independentemente de se violar ou não este direito, e sua utilização em caso de violação não demandará custo adicional algum, eis que já presente no orçamento estatal. Ao reverso, para cumprir o seu dever de prestar saúde pública o Estado demandará custos adicionais à medida que a demanda for aparecendo e conforme a necessidade dos pacientes.

Mesmo com essa diferença, a questão central a ser discutida é que os deveres estatais positivos estão adstritos a questões orçamentais, pois para serem realizados necessitam de razões de natureza econômica, e não somente social e administrativa²¹⁴. Assim, a questão financeira é um obstáculo à consecução dos deveres estatais de ação. A esta objeção financeira a doutrina emprestou a nomenclatura <<reserva do possível>>, entendendo-a como uma limitação a efetivação dos direitos fundamentais previstos.

²¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 157-158.

²¹⁴ DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 143.

Mais uma vez foi no Tribunal Constitucional Alemão que a expressão foi cunhada, isto em 1972, na *BVerfGE* 33 em que classifica a reserva do possível como sendo <<aquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade>>²¹⁵.

A decisão se deu em controle direito de constitucionalidade, em que se discutiu o ingresso de estudantes em curso de medicina humana. Diz-se que entre os anos de 1952 e 1967 o ingresso de estudantes no curso de medicina passou de 25.000 para 51.000 e as Universidades não acompanharam a estatística, por pura impossibilidade financeira, eis que o gasto público seria elevado. Assim, recorreu-se à limitação de vagas, eis que o ensino superior não poderia servir a todos da comunidade²¹⁶.

Hamburgo limitou via lei universitária o ingresso de novos alunos à vista da capacidade de absorção e o Tribunal Constitucional Alemão expôs que a livre escolha profissional estava condicionada a esta admissão, eis que limitado fisicamente o acesso às bancas universitárias. O Tribunal Constitucional disse que a Universidade deveria estabelecer critérios racionais, com respeito na medida do possível à escolha do candidato. Assim, houve reparo à decisão do administrador, mas se observou a limitação orçamental e estrutural²¹⁷.

A decisão observou o princípio da igualdade ao estabelecer critérios objetivos e racionais para assunção ao curso de medicina, não privilegiando ninguém de seu ingresso mas delimitando a entrada por questões estritamente econômicas, expondo inclusive que um *numerus clausus* absoluto para o ingresso estava limitado à comprovação de que toda capacidade exaustiva para criação de cargos fora utilizada e os critérios para escolha fossem racionais e com igualdade de chances para todos os postulantes, preservando o escolha pessoal do candidato²¹⁸.

Como se denota, a reserva do possível tem na limitação fática e argumentativa, com base em carência orçamentária, a resposta para não realização pelo

²¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 308.

²¹⁶ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al.* Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, pp.656-667

²¹⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al.* Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

²¹⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al.* Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

Estado de seus deveres estabelecidos na Constituição. Ao Estado Social é dada uma gama de deveres para o desenvolvimento do povo e a coexistência de seus membros, sendo o orçamento justamente o viés limitador para que o Estado não se exceda nos gastos ou não venha a privilegiar classes em detrimento de outras. Sabe-se, todavia, que esta conceituação caminha dentro do plano da teoria, pois se o orçamento é votado pelo Parlamento, as forças ali presentes é que destinarão os recursos à medida da importância de quem os representa. Repita-se, pois, que no campo do ideal é esta a forma mais democrática de divisão de bens pois se presume que no Parlamento todas as castas estejam representadas.

Não pode, pois, o orçamento ser um limitador à consecução dos objetivos do Estado inscritos na Constituição mas, ao reverso, deve ser um órgão efetivador dos objetivos estatais. Colocar a ausência de recursos como indicativo de que o direito fundamental não será concedido não é o caminho a ser perfilhado, mas a busca pela redistribuição destes recursos existentes e revisão de decisões políticas para a real promoção do Estado Social²¹⁹.

Sendo uma limitação fática, temos que não se pode esperar do Estado que haja fora do possível, até porque quando se fala em crédito estatal, equivale a dizer que sempre que necessite de dinheiro o Estado deverá emitir moeda para consecução de seus fins, gerando impossibilidade econômica a certa altura²²⁰, pois somente garantir direitos direitos não tem o mesmo custo de proteger e promover tais direitos.

Tomando por base que a escassez de recurso é situação presente nas mais diversas civilizações, temos também que observar que tal escassez difere de povo para povo, à vista mesmo de condições reais de aparelhamento estatal. A escassez de recurso é conceito metajurídico ligado ao sistema financeiro. Do mesmo modo que se fala em escassez de recurso, sabe-se que tal escassez, em situações normais, não é absoluta nos Estados, posto que há recursos –mesmo que mínimos- para fazer movimentar a máquina pública, e assim o conceito econômico de escassez deve agora ser trazido para o campo jurídico como sendo resultante das escolhas realizadas pelo legislador ou administrador.

²¹⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 102-108.

²²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 161.

No campo jurídico da reserva do possível a questão econômica relacionada com a escolha do administrador leva ao campo da discricionariedade administrativa, com base na oportunidade o que deve fazer o Estado para cumprir seus deveres constitucionais. É o que Reis Novais chama <<definição de prioridades>>²²¹, pois em estado de normalidade a escassez nunca será absoluta.

Da reserva do possível enquanto conceito estritamente econômico passamos a uma reserva do politicamente oportuno, em que a escassez existe de maneira relativa e com base nesta falta de recursos, deve o legislador e o administrador em primeira ordem escolher qual a destinação dos recursos financeiros, até porque são eles os eleitos democraticamente e que devem responder a quem detém a maioria na sociedade.

A escassez do recurso com base na teoria da reserva do politicamente oportuno, conceito este imbricado na reserva do possível, é resultante de escolha estatal, e esta escolha tem cunho constitucional pois pela separação de poderes cabe ao legislador a opção da regra geral e ao administrador executar esta regra geral.

Sendo certo que diante da escassez a escolha pertence aos órgãos eleitos pelo povo, correto também afirmar que o legislador está vinculado ao pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais, sob pena de desvirtuar seu papel constitucional. Adentra-se novamente no fértil campo da razoabilidade, que serve tanto para o Estado quanto para o particular.

O Estado ao se utilizar da reserva do possível tem que o fazer de maneira racional, cumprindo seu papel de prestar os cuidados sociais aos seus súditos, sem descer de um patamar mínimo, agindo com discricionariedade mas sem abuso e sem escolha de quem irá proteger. O particular, a seu turno, somente deverá requestar da administração e do legislador o que se afigura enquanto razoável, só dispondo o ente estatal se houver recursos para tanto²²² e se for, dentro da discricionariedade, oportuno.

Do que se visualizou acima, chega-se à conclusão de que a reserva do possível aproxima-se de ser um princípio (mas não o é), nos termos estabelecidos por

²²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 91.

²²² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 91.

Alexy, eis que sendo matéria a ser levantada em favor do Estado de maneira excepcional para comprovar a falta ou limitação de recursos, pode prevalecer em alguns casos e vir a não ser aceita em casos outros²²³.

Apesar de ter contornos de princípio, em verdade a reserva do possível é um conceito extrajurídico (e daí se afasta da feição principiológica), que se apresenta como uma condição de realidade, condicionando a aplicação da norma e influenciando a aplicação dos direitos fundamentais. Não é objeto de ponderação, mas de contestação da norma. Por entender que a normatividade constitucional depende de contornos de realidade, não se pode pedir ou realizar o impossível²²⁴.

A reserva do possível também traz a diferenciação entre o logicamente impossível e o financeiramente impossível, para estabelecer que o logicamente impossível é algo que deve ser imediatamente expurgado pelo Estado, em especial pelo Poder Judiciário, eis que o pedido é impossível, como no caso de alguém pleitear que o Estado ofereça remédios e tratamentos para a cura da SIDA, quando se sabe que atualmente ainda não se estabeleceu tratamento eficaz na cura desta enfermidade. Assim, quando se falar em reserva do possível, busca o conceito financeiro do instituto, e não a utilização do vocábulo para se buscar sonhos impossíveis factualmente de serem atingidos.

Se as necessidades humanas são quase sempre infinitas e devem ser à medida supridas pelo Estado, principalmente o Estado Social, a reserva do possível é fenômeno econômico de limitação dos recursos para essa satisfação²²⁵. Mas há diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos, que tem íntima ligação com reserva do politicamente oportuno, pois sendo o orçamento entendido como efetivador dos direitos constitucionais, tem-se que investigar se a atividade orçamentária do Estado está de acordo com os preceitos constitucionais. O politicamente oportuno não pode servir de base para escolhas ímprobas ou desvirtuadas do cunho constitucional, e assim a simples alegação de escassez deve ser motivo de investigação e os Poderes Legislativo e Executivo não estão imunes a este controle, eis que funções estatais pertencentes ao Estado Social.

²²³ LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 60-69. Para o autor, a reserva do possível é princípio, posição que discordamos e explanaremos nas linhas próximas ao leitor.

²²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 201.

²²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, pp. 236-237.

Interessante a assertiva de que os direitos não estão subordinados aos recursos, mas que a alocação de recursos deve servir para satisfazer os direitos²²⁶ é bem apropriada para o tema em discussão, ao se deixar bem claro que a reserva do financeiramente possível não torna impossível o aperfeiçoamento do direito fundamental, mas é uma dificuldade a ser transposta pelo legislador ou administrador para buscar os objetivos constitucionais.

A discricionariedade dada aos órgãos eleitos deixa aos mesmos uma maior responsabilidade quanto à alocação dos recursos públicos, que deverão sempre respeitar a Constituição, abstraindo injunções de ordens outras que não a constitucional, tendo na limitação financeira um modo para se buscar uma melhor distribuição dos recursos, sob pena de responsabilização pela ineficiência, e a responsabilização se dará na obrigação de satisfazer minimamente os direitos constitucionais fundamentais.

Aceitar a reserva do materialmente possível em hipóteses em que é impossível ir de encontro à natureza, mesmo em nome dos direitos humanos é algo que caracteriza bem o conceito extrajurídico do instituto, e até buscar uma efetivação progressiva do direito fundamental é algo que deve ser levado em consideração. Ao Estado, porém, cabe o ônus de demonstrar que está a executar bem o orçamento e que a cláusula da reserva do possível invocada está insitamente ligada a um planejamento para efetivação dos direitos fundamentais²²⁷.

Gomes Canotilho, ao discorrer sobre o que chama de metodologia fuzzy em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, por entende-los que o mundo jurídico os consideram coisas vagas, indeterminadas, diz que o instituto da reserva do possível aparece justamente para levar a zero a eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, pois desvincula juridicamente o legislador da dinamização dos direitos sociais, e pelo que consta do instituto é uma barreira à

²²⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 210.

²²⁷ VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 15, n. 61, out-dez/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 40-47. O autor esclarece no mesmo artigo que <<se existem crianças fora da escola, por exemplo, e o Estado alega ausência de recursos financeiros suficientes para efetivar o direito à educação, é porque o Estado desrespeitou, além dos direitos fundamentais, regras de planejamento educacional de curto, médio e longo prazo. Não pode, agora, valer-se de sua própria torpeza para furtar-se à obrigação de efetivar esse direito social>>.

sindicabilidade jurisdicional dos órgãos legislativos na efetivação destes direitos. Relativiza, pois, o autor, tais conceitos para buscar a efetividade dos direitos fundamentais, mas não deixa de levar em conta a questão dos limites financeiros à efetivação de tais direitos²²⁸. A reserva do possível não pode ser essa barreira intransponível ao Estado Social, mas não pode ser relegada ou esquecida, eis que conceito realístico a ser observado no caso concreto²²⁹.

Colocar a reserva do possível como maneira de impossibilitar o Estado Social é relegar os direitos sociais a direitos de segunda ordem, quando já é pacífico não haver distinção entre os direitos fundamentais, bem como expor que somente nos Estados com economia equilibrada é possível se falar em prestações positivas por parte do Estado, já que os custos estatais não podem comprometer o andamento estatal. Neste prisma, observa-se a reserva do possível como um elemento neoliberal no já consolidado Estado Social.

Em tópico próprio será analisada a participação do judiciário na análise deste princípio e a limitação desta análise face a discricionariedade dos órgãos eleitos na persecução das políticas públicas. O certo, porém, é que sendo matéria alegada pelo Estado cabe ao mesmo provar sua alegação no campo jurídico, ou seja, que há escassez relativa e que a escolha pública não feriu a razoabilidade. Outrossim, tal alegação deve ser realizada de maneira excepcional, pois no estado de normalidade os recursos existem e devem ser colocados à disposição dos que compõem a sociedade.

5.2. O mínimo existencial

Paralelo ao estudo da reserva do possível, estuda-se o instituto do mínimo existencial, que aqui também será chamado de mínimo social, apesar de alguma doutrina enxergar distinção entre as figuras jurídicas. É mais uma vez na Alemanha²³⁰ que o instituto tem o início de seu estudo, e justamente por lá os direitos sociais não se

²²⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Estudos sobre direitos fundamentais. 2a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-111.

²²⁹ Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo dizem que << é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social>>. SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI TIMM, Luciano (orgs.) Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 198.

encontrarem na Constituição, que se buscou uma maneira de se garantir um núcleo mínimo para efetivação de tais direitos e proibição de se descer de um patamar de existência digna.

De se ressaltar que mesmo iniciado o estudo na Alemanha, países que têm os direitos sociais no corpo constitucional também desenvolveram estudos do instituto²³¹, estabelecendo também seu patamar mínimo. Não há óbice para o estudo do mínimo também por países que têm os direitos sociais nas Constituições, havendo, todavia, desnecessidade de se falar em <<proibição do retrocesso>> em matéria de direitos sociais quando estes já se encontram constitucionalmente encartados, e assim a proibição do retrocesso não encontrará substrato no presente estudo, eis que no Brasil os direitos sociais têm cunho constitucional.

Apesar do mínimo existencial está diretamente ligado aos direitos sociais, de se estabelecer que a noção de mínimo é estudada em relação aos direitos fundamentais, e pode ser invocada sempre que as ações estatais positivas estiverem em jogo. Ao se buscar um conceito para o mínimo existencial, temos que se pode conceber como algo que assegure a dignidade, sem o submeter a uma subsistência com desrespeito e sem recursos mínimos²³².

A doutrina estabelece divergência sobre a natureza jurídica do mínimo existencial, e tal divergência se prende em concebê-lo enquanto princípio ou regra, o que traz consequências práticas relevantes no campo da ponderação ou da necessária ausência desta.

Para os que entendem o mínimo social enquanto princípio, fazem por refutar a possibilidade de aplicação absoluta do instituto, principalmente quando judicializado, pois assim a custo da prestação estaria relegada, não podendo haver qualquer margem de discussão quando invocado o mínimo para sobrevivência²³³.

²³¹ Rafael de Lazari traz estudo em que demonstra as Constituições que traz implícita ou explicitamente a figura do mínimo existencial. LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 149-151.

²³² LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 92.

²³³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4ª edição. Salvador: Jus PODIUM, p. 419.

Há ainda quem defenda que o mínimo social é um princípio, mas não um princípio comum, eis que dotado de carga valorativa, em especial conceitos de liberdade, justiça, igualdade e fraternidade²³⁴. Assim, tem o princípio maior força em um juízo de ponderação e somente um argumento muito forte pode relegá-lo²³⁵. Entender o mínimo social enquanto princípio e a reserva do possível também enquanto princípio estabelece a ponderação entre os institutos nos casos concretos para saber quem prevalecerá.

Para quem entende o mínimo existencial enquanto regra, expõe que é um conjunto de circunstâncias materiais ligado à dignidade humana a que todo homem tem direito²³⁶ para exercer sua função na sociedade. Nesta linha de pensamento de Alexy as condições mínimas para a existência humana constituem núcleo intangível, exigindo do Estado o dever de ação estatal para sua concretização.

Entender o mínimo existencial enquanto regra retira-o da ponderação com outros institutos jurídicos, inclusive para os que entendem a reserva do possível enquanto princípio, pois sendo o mínimo social regra ou valerá ou não valerá, sendo dispiciendo seu confronto com a possibilidade financeira do Estado no caso concreto.

Entende-se, pois, ser a reserva do possível uma condição de realidade que irá influenciar externamente na consecução do direito fundamental. Assim, não se descarta a possibilidade dos deveres estatais serem progressivamente prestados, à vista da possibilidade financeira do Estado ou até de sua conveniência política de atuação, mas tomando o mínimo existencial como regra, há de se ter um respeito a uma dimensão prestacional mínima que o Estado não pode se afastar ou negar aos que compõem seu corpo social.

Essa visão de regra do mínimo existencial tem íntima ligação deste com o agora sim, princípio da dignidade humana, e como dito em tópico anterior se tem um princípio que pode ter nuances de absolutividade, é o princípio da dignidade humana. Conjugado o mínimo social com a dignidade humana significa dizer que o básico, o elementar se encontra fora de qualquer ponderação, devendo ser atendido pelo Estado para manutenção de padrão de socialidade.

²³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2009, p. 83.

²³⁵ LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 110.

²³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 503 e ss.

Comungamos do mínimo existencial enquanto regra, até porque é o núcleo mínimo a ser aplicado, e por derivar das normas de natureza constitucional (no caso do Brasil) podem e devem ser exigidos diretamente a partir da Constituição²³⁷, com judicialização direta sem qualquer atividade de liberdade conformativa do legislador, até porque se é o mínimo, deve ser prontamente preenchido para preservar a dignidade humana.

Ana Paula de Barcellos tem importante estudo em que traz a noção de mínimo existencial tanto ligada a direitos de liberdade quanto a direitos de ordem prestacional, e correta se encontra a autora pois para exercer a dignidade humana deve o ser humano ter autonomia, educação fundamental, saúde, assistência social e poder buscar todos estes direitos por via judicial²³⁸.

Buscar quantificar o mínimo vital parece tarefa inglória, apesar de alguns autores tentarem trazer um parâmetro financeiro para se chegar a um mínimo a ser perseguido, inclusive judicialmente. Assim, já se atrelou o mínimo existencial ao mínimo isento do imposto de renda, também pelo mínimo do imposto territorial rural, em que se evidencia a gleba rural mínima, bem assim pelo imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, quando a pessoa se encontra isenta do pagamento pelo tamanho do imóvel²³⁹.

Mais recentemente o padrão fixado para o mínimo social foi o valor de R\$ 70,00 (setenta reais) per capita, sendo este o valor encontrado pelo Governo brasileiro para estabelecer quem perceberá o programa de assistência social do Governo denominado Bolsa Família, com ajuda financeira para famílias neste patamar de miséria, sendo este valor tomado com base em dados do Banco Mundial²⁴⁰.

O certo é que não se pode ou deve quantificar o que seja mínimo existencial pois somente o caso concreto é levará o intérprete a chegar a uma solução de estabelecer ou não que a dignidade humana foi violada. Estabelecer um valor retira do

²³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 322.

²³⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 316.

²³⁹ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 152.

²⁴⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 152.

indivíduo a possibilidade de recorrer ao Judiciário, restando sufocado por um valor matemático que com certeza não traz o mínimo quando da situação posta em litígio.

Aliás, não se deve buscar no mínimo social um caráter redutor ou minimalista, pois não foi este seu foco nem quando de sua criação jurisprudencial. Buscar um mínimo é buscar uma vida condigna dentro das possibilidades também do ente estatal de prestar estas condições aos seus súditos, promovendo o acesso a este mínimo por todos. O mínimo vem a ser o núcleo irreduzível, que pode e deve ser sempre modificado para melhor sempre que o Estado tiver condições de prestar esta assistência²⁴¹. Quantificar o mínimo vital é buscar sempre reduzi-lo, já que sendo regra também o caso concreto é que dirá se deve ou não ser aplicado.

É novamente Ana Paula de Barcellos quem traz resposta simples e didática para o que seja mínimo existencial, ao estabelecer as figuras de dois círculos concêntricos, em que o círculo interior representa este mínimo que foi diagnosticado pelo poder constituinte originário e que não se pode desrespeitar, e o espaço entre o círculo interior e o círculo exterior é justamente a margem de decisão política de acordo com a programa de governo adotado no dado momento histórico²⁴².

É possível, pois, estabelecer uma ponderação entre a reserva do possível e esta margem de decisão política representada entre o círculo interior e o círculo exterior, mas não se pode pensar em deliberação e ponderação quando estiver em jogo o núcleo do círculo interior, intangível por opção do constituinte originário que veio a estabelecer este mínimo vital com base na dignidade humana, parâmetro a ser seguido na concepção de Estado Social.

Buscar um conteúdo constitucional para este mínimo, entretanto, como já repisado, não é tarefa fácil e deve ser colhido no caso concreto, mas sem se descuidar que está calcado nos direitos fundamentais inscritos na constituição, compreendendo alguns direitos de liberdade, a exemplificar a liberdade de expressão e autonomia, sem os quais o indivíduo não pode reivindicar os demais direitos, assim como os direitos sociais básicos e a possibilidade de sindicalização destes direitos por via judicial caso se entenda que os mesmos foram insatisfeitos pelo ente estatal quando da realização de leis ou execução

²⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 198.

²⁴² OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 329.

destas, ou mesmo diretamente do texto constitucional, sem qualquer amparo em legislação ou ato administrativo, já que núcleo intangível.

Comprovada a figura do mínimo existencial não há que se falar em invasão de competência pelo judiciário da liberdade de conformação legislativa ou administrativa no que diz à distribuição do orçamento, eis que o núcleo constitucional fundamental intangível está em jogo e assim cabe a todos os poderes a sua defesa, e em não fazendo o legislativo e o executivo, deve o judiciário guardar e defender a Constituição²⁴³.

Interessante questão é a da alegação do mínimo existencial enquanto matéria de defesa, quando acionado judicialmente. Indaga-se se é possível ao Estado alegar o mínimo social quando o pedido do autor extrapola este, ou será apenas matéria alegável pelo particular? Entende-se que o mínimo existencial não pode ser alegado pelo Estado pois, mesmo em realizar o mínimo ser uma obrigação intangível e o que excede a este mínimo ser opção política, não é possível expor que só se dará o mínimo, já que cabe ao Estado Social prover seus súditos com o que estabelece o texto constitucional, e este texto vai além do mínimo existencial, com vários outros direitos fundamentais que podem e devem ser buscados, inclusive judicialmente²⁴⁴.

Ao reverso, se o mínimo é alegado pelo particular, deve ele trazer os elementos de constatação. Não há e não pode haver a inversão do ônus do prova. É possível que o Estado em defesa alegue a reserva do possível ou a reserva do politicamente oportuno, mas também a este caberá suas alegações. De um lado, o particular tentará demonstrar o núcleo intangível com força de regra que deve ser aplicada sob pena de se desprestigiar a dignidade humana. Lado outro o Estado tentará desconstituir a figura do mínimo existencial, eis que se comprovada impede a utilização da reserva do possível, e em desconstituindo, utilizar-se da limitação financeira fática ou jurídica para se esquivar do pleito judicial.

²⁴³ O Professor Gomes Canotilho assevera que <<um direito social 'sob reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo existencial>>. GOMES CANOLTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011.

²⁴⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 93-96.

Estando a reserva do possível sujeita à ponderação com os argumentos trazidos pelo particular, argumentos estes todavia que excedam o mínimo existencial, servirá este mínimo justamente para estabelecer o limiar neste exame de proporcionalidade, evitando-se a insuficiência da prestação ou promoção do direito fundamental. O mínimo assume, pois, importante papel na ponderação, mas não se deve ponderar mínimo existencial e reserva do possível²⁴⁵.

5.3. Escassez material de recurso e escolha do administrador

Constatado está que os recursos materiais não são eternos ou plenamente renováveis e que assim o administrador deve fazer escolhas quando da realização das políticas públicas em prol da população. Estas escolhas estão dentro do âmbito da separação dos poderes, cabendo aos órgãos democraticamente eleitos fazerem as opções em substituição à maioria que os elegeu.

Nos tópicos acima trabalhamos mais a posição do legislador quando da feitura das leis, que devem ser subordinadas à Constituição e com respeito à dignidade humana. Aqui, já estabelecida legislação, trataremos da liberdade de conformação do administrador, dentro das regras de direito administrativo e que diante da escassez de recursos tem que fazer a opção dentro dos princípios que regem a administração e em benefício dos que compõem a sociedade.

De logo, estabelece-se que a discricionariedade é um dos poderes da administração, que lhe confere flexibilidade para praticar os atos que são determinados por lei. É a conveniência e a oportunidade que move parte dos atos da administração, mas de salientar que inexistente ato totalmente discricionário, posto que sempre vinculado à finalidade pública, e assim se pode dizer que a discricionariedade ocorre quando da prática do ato²⁴⁶.

Ao condicionamento às leis, a moderna doutrina traz que os atos administrativos também e principalmente devem ser condicionados pelos valores, fins

²⁴⁵ O professor Jorge Reis Novais assevera que « o mínimo social é um núcleo indisponível pelo legislador e immune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 199.

²⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 401.

públicos e comportamentos expressos na Constituição, que condicionam todo e qualquer ato infraconstitucional ²⁴⁷, chegando a se ter a chamada <<Constituição Administrativa>> ²⁴⁸, que contém preceitos a serem seguidos diretamente pelo administrador, sem qualquer interposição legal.

Com a Constituição servindo de limite à discricionariedade administrativa, reformulando o velho conceito de subordinação à legalidade, reformula-se o próprio conceito de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço livre de escolha do administrador, para um espaço de escolhas dentro do que prescrevem os direitos fundamentais, as demais normas constitucionais e somente em seguida à lei²⁴⁹.

Com a vinculação dos atos administrativos aos direitos fundamentais e, via de consequência, à dignidade humana, a escassez de recursos e a escolha pública diante desta escassez deve ser analisada à vista dos preceitos constitucionais. Não pode também o administrador não atender aos comandos constitucionais quando da escassez de recursos, agindo na escolha da ação em detrimento dos direitos fundamentais.

A questão do recurso financeiro é, hodiernamente, questão que diz mais respeito à alocação do que ao próprio recurso, o administrador deve conformar a escolha da política pública ao que estabelecem os direitos fundamentais. A escolha do politicamente oportuno cabe ao Poder Executivo, só devendo o Poder Judiciário intervir quando a concretização constitucional é insuficiente.

A discricionariedade dos agentes políticos quando do exercício administrativo não é uma opção vaga, devendo a atuação pautar-se na efetivação constitucional, voltando-se para a dignidade humana. Na inércia administrativa adentra a atuação jurisdicional.²⁵⁰

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista de Direito Administrativo, nº 240, São Paulo, 2005.

²⁴⁸ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina. Coimbra, 2011, p. 735.

²⁴⁹ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 24.

²⁵⁰ Nesse sentido, cf BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

No direito italiano, a inatividade administrativa tem na Constituição norma expressa que preveja o controle judicial²⁵¹, não ocorrendo o mesmo em Espanha, valendo-se o intérprete espanhol do princípio da legalidade para conceder ao Judiciário o poder de ingerência no Executivo quando da inatividade²⁵². A doutrina europeia, mesmo com pensamento ponderado e seguro quanto à ingerência do Judiciário em questões administrativas, permite que em caso de omissão declare o juiz a ineficiência administrativa de proteção de direitos fundamentais e faça valer a normatividade da Constituição. A grande questão travada é até onde vai a atuação do Judiciário em caso de inatividade, havendo na Europa uma tendência a apenas se declarar a inatividade, com notificação ao administrador e no Brasil uma verdadeira substituição ao órgão executivo.

O texto constitucional não trava o poder político, mas empresta o fundamento a ser seguido, conformando as decisões realizadas²⁵³. Traçando o parâmetro, é o administrador quem dirá as prioridades, só havendo atuação judiciária quando este desvirtua o comando constitucional.

De posse do dado fático, deve o administrador exercitar seu juízo decisório, e, dentre as condutas que poderá realizar e que são juridicamente aceitas, escolher a que melhor espelhe a conveniência e oportunidade, tomando por fundamento o interesse público a ser realizado. A discricionariedade deve, pois, vincular-se aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, sendo adequada e eficiente.

Caracteriza o interesse público no direito administrativo a obrigação estatal em satisfazer as necessidades e interesses coletivos, mas tais necessidades e interesses, após as escolhas pela administração, não mais deveriam ser objeto de debate, eis que prerrogativa do administrador. Sob o espectro do interesse público, muitas vezes, temos decisões administrativas que não respeitam os cidadãos, que são, em última

²⁵¹ Articolo 113 - Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

²⁵² Sobre o tema, ler *La Inactividad de La Administración*, de Marcos Gómez Puente, editora Aranzadi, Navarra, 2002, p. 127 e ss.

²⁵³ No mesmo sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 193-196 "Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro' neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais'.

consideração, os fiéis possuidores do interesse público. O controle jurisdicional serve para proteger o cidadão.

Diante da escassez maior se perfaz a necessidade de se prover condições fáticas para o exercício dos direitos fundamentais, e assim menor será o peso do que pensa o administrador²⁵⁴, pois a vinculação aos direitos fundamentais na escassez é maior e estes devem ser respeitados para não se distanciar os preceitos estatais do chamado mínimo existencial, intimamente ligado à dignidade humana. A escolha pública sob os preceitos da conveniência e oportunidade já sofreu grande impacto após o fenômeno da constitucionalização dos direitos e da força normativa da constituição, o que torna a discricionariedade ainda mais sufocada quando se fala de escassez de recursos, eis que o administrador resta vinculado aos direitos fundamentais, devendo agir de modo a salvaguarda o mínimo vital²⁵⁵.

²⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 76.

²⁵⁵ Sobre o tema ler DELGADO, Juan Francisco Mestre. La actividad prestacional o de servicio público. *In* Lecciones y Materiales para El Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El contenido. CAMPOS, Tomás Cano (org.). Madrid: Iustel, 2009.

6. O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES DE AÇÃO

6.1. A possibilidade do controle judicial dos deveres de ação

Tomando por base o princípio da proibição do déficit nos termos propostos na teoria que diz serem avaliados os subprincípios do mínimo social e da razoabilidade, urge agora entender o conteúdo mínimo desta proteção e a possibilidade de conformar as atividades legislativa e executiva para além deste mínimo, com base nos critérios a serem utilizados pelo poder judiciário nesta aferição.

Inicia-se o estudo da possibilidade de controle judicial dos deveres de ação e sua consequente influência no princípio da proibição do déficit. É a busca por critérios que possam ser utilizados para se aferir a liberdade de conformação dos demais poderes na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, e o estudo das correntes que se aderem ou não à possibilidade de controle judicial dos deveres de ação.

Como é cediço, há corrente doutrinária que rejeita absolutamente o controle jurisdicional dos deveres de ação estatal, e como argumento preponderante tem-se a violação ao princípio da separação de poderes. A clássica distinção entre órgãos democraticamente eleitos e órgão para resolução de conflitos de interesse impõe que legislativo e executivo tenham ampla liberdade de conformação para em nome dos que os elegeram, traçarem como deve ser a proteção estatal, não sendo possível ao Judiciário se imiscuir nas decisões políticas, havendo nítida e clara separação entre a função jurisdicional e a função política.

É Jeremy Waldron quem traz estudo para depositar na maioria o poder de decisão quando se está em causa direitos, não se dando ao judiciário a decisão, mas sim ao parlamento, destinatário dos anseios da comunidade²⁵⁶. Diz o autor que deve a maioria sempre responder aos debates e solucionar os conflitos envolvendo direitos. É o chamado <<constitucionalismo débil>>²⁵⁷ que assegura à justiça constitucional apenas um poder de advertência quando há decisão passível de censura.

²⁵⁶ Sobre o assunto há discussão no livro “A dignidade da legislação”, em especial no capítulo 5 intitulado “A física do consentimento.” WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151 e ss.

²⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 144.

Crítica a este pensamento vem em elaborada monografia do professor Jorge Reis Novais que, em linhas gerais, traz que a tensão entre direitos fundamentais e separação de poderes não pode ser resolvida com a entrega aos órgãos democraticamente eleitos a resolução última sobre os deveres de ação estatais. Assim, não estando os direitos fundamentais à livre disposição da maioria, não se deve dar a esta mesma maioria o poder de resolução de conflitos, mas sim a um órgão imparcial e independente, que não permitirá que se desmereça a qualidade jusfundamental da garantia e o desrespeito desta garantia pela maioria²⁵⁸. Sendo a maioria sempre circunstancial, a agressão a um direito fundamental que hoje foi rechaçada por esta maioria amanhã pode ser por ela acobertada, havendo total insegurança jurídica em relação aos direitos fundamental. Não que no controle judicial isso não possa ocorrer, mas a necessidade de fundamentação e o poder da jurisprudência geralmente tendem a tornar uma eventual mudança mais transparente.

Segunda corrente admite o controle judicial dos deveres de ação sem muitas restrições, ao expor que no conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes, deve-se buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais²⁵⁹, e para tanto o Poder Judiciário pode e deve agir mesmo que os demais poderes não intervenham. No Brasil a teoria diz que há maior razão de ser pois a elevação dos direitos sociais à categoria constitucional traz ao judiciário maior controle das políticas públicas, sendo estas uma materialização dos deveres de ação do Estado.

Diz-se que há uma releitura da separação de poderes no Estado Social, e que a legitimidade dos Juízes se encontra na Constituição, e sendo a vontade política do Poder Constituinte²⁶⁰ há legitimidade plena para um controle judicial sobre os demais poderes sem qualquer afronta ao pacto federativo, pois a Constituição é um elemento que serve justamente para polarizar a relação entre os poderes, traçando os mecanismos de

²⁵⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 2012, p. 173.

²⁵⁹ Em Recurso Extraordinário tombado sob o número 271.286/RS, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça de 24/11/2000, p. 101, há clara evidência desta teoria.

²⁶⁰ ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. *A Separação de Poderes e a Tutela Judicial de Direitos Fundamentais Sociais*. Relatório de Mestrado Científico da disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Univerdade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 45.

equilíbrio, e assim não se pode dizer que um mecanismo de controle que consta da Constituição seja considerado contrário aos princípios democráticos²⁶¹.

Robert Alexy traz em estudo a diferença entre a representação política e a representação argumentativa do cidadão, expondo que também o Tribunal Constitucional vem a representar o povo, sendo que da forma argumentativa, e que podendo o Parlamento ser contaminado pelas influências e pelo perigo da não sempre correta maioria, o Tribunal Constitucional serve não somente de apoio às minorias, como de atuação a favor do povo, contra os excessos da representação política²⁶². Tudo que fora dito em relação ao Legislativo pode ser aproveitado para o Executivo e assim, a representação judiciária em defesa da harmonização social é plenamente possível e necessariamente aceitável, constituindo-se elemento de segurança jurídica e também política.

Ao reconhecer a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas e atos estatais pelo Poder Judiciário houve por parte da Constituição uma nítida opção de possibilidade de verificação não só política mas também jurídica dos órgãos de Estado, o que permite amplos poderes ao Judiciário de dizer o direito no caso concreto, explicitando-se, inclusive, que nesta nova ordem constitucional ampliados foram os poderes do juiz.

Para os que entendem o amplo poder de controle judicial dizem que o juiz exerce <<missão legislativa>> ao preencher a omissão do legislador, sendo fator que serve para melhorar a hermenêutica constitucional, podendo inclusive criar norma diante da inércia legislativa, o que é feito em Portugal através das sentenças aditivas e no Brasil via mandado de injunção²⁶³. O mandado de injunção e sua aplicação no direito brasileiro será debatido no próximo tópico, e quanto às sentenças aditivas, muito não se falará pois o foco do estudo é o direito brasileiro, mas devido à sua importância, far-se-á paralelo entre estas e o mandado de segurança, amplos pertencentes à categoria das sentenças de caráter normativo.

²⁶¹ GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, Coimbra, 2010, p. 979.

²⁶² ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *In* Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, 1999, p. 55.

²⁶³ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. O poder judiciário na doutrina da separação de poderes. Relatório de Mestrado Científico da disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009, p. 28.

Para Oto Bachof²⁶⁴ o juiz desempenha a sua função constitucional <<em nome do povo>> e assim tem a mesma importância dos órgãos eleitos que desempenham a função de <<mandatários do povo>>, e a função judicial decorre da Constituição, tendo assim legitimação na vontade popular.

Na Constituição portuguesa o artigo 202 afirma que <<os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo>>. Na Constituição brasileira não temos norma similar ou com nítida observação deste jaez, mas o poder judiciário exerce no Brasil um controle bem mais intenso que o Português das normas e atos legislativos, não servindo esta observação como crítica a um ou outro sistema, mas apenas uma constatação da atuação nos países em comento.

Talvez por ter optado por consagrar normas de direitos sociais no corpo da Constituição traga ao Poder Judiciário brasileiro uma posição mais ativa, já que o capítulo dos direitos fundamentais da Constituição brasileira traz a fórmula de vinculação de todos os poderes (art. 5^o. Parágrafo 1^o.) e a possibilidade do Judiciário impedir qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5^o., XXXV), o que em Portugal não foi assim realizado, havendo inclusive um regime diferenciado entre os direitos de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Também em um confronto entre a legislação constitucional brasileira e a legislação constitucional alemã, vemos que na Alemanha se empresta maior liberdade de conformação ao legislador²⁶⁵, sob fundamento de que o Estado Social deve dar ao legislador ampla margem de conformação e que as tarefas estatais devem ser conformadas ao princípio democrático. Para Andreas Krell, que demonstra certa simpatia a um maior controle judicial, no Brasil não temos mecanismos de democracia representativa que consigam fornecer à população a realização dos direitos de dignidade²⁶⁶. Devido à ineficiência dos órgãos estatais na realização das tarefas a si incumbidas, a presença do Judiciário se faz necessária para a concretização dos valores, princípios e regras constitucionais.

²⁶⁴ BACHOF, Otto. Jueces e Constitución. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editora Civitas, 1985, p. 58.

²⁶⁵ Como exemplos temos BVerfGE 18, 257, 29 e 221 (SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et alli. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 830-831).

²⁶⁶ KRELL, Andreas. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 45-49.

Não se concebe, para os teóricos da atuação do Poder Judiciário sem maiores restrições a figura do mínimo existencial, pois se torna instrumento ineficiente para a consecução dos deveres de ação, já que presente está na Constituição brasileira uma busca incessante por uma proteção mais ampla dos direitos fundamentais, o que impõe cada vez mais uma atividade judicial ativa e voltada sempre a uma melhor implementação destes direitos²⁶⁷.

Traz-se, assim, ao Poder Judiciário uma posição que o distancia do modelo tradicional de teorizar as questões a si trazidas, potencializando-se sua função institucional para a apreciação das lesões e ameaças a direitos, com providências no caso concreto, sendo agora um realizador do direito, tomando por partida a valoração da situação fática, elaborando a norma em cada caso²⁶⁸.

A terceira corrente sob o controle judicial dos deveres de ação a serem desenvolvidos contra os órgãos estatais permite a atuação judicial mas a condiciona a alguns fatores e enxerga com bastante nitidez a diferença entre a atuação positiva do Estado e a atuação negativa do Estado, comportando nesta última uma bem mais ampla fiscalização judiciária, até porque no dever de respeito só resta ao Estado não fazer, a qualquer ação enseja, em regra, intervenção para reestabelecimento do *status quo ante*.

De plano, impõe-se a correta distinção entre os direitos de defesa e os direitos de promoção e proteção, com a nítida conclusão de que quando se perquire do Estado uma abstenção e este age, é mais fácil determinar ao Estado que ele permaneça omissivo, ao passo que quando se exige uma ação estatal, um leque de possibilidades com consequências diversas se abre para o Poder Público buscar como protegerá o cidadão ou promoverá os direitos fundamentais, o que torna a ação judiciária mais escassa, ainda mais no Brasil, que apesar dos direitos sociais constarem expressamente na Constituição, o mesmo não ocorre com os deveres de ação, pelo menos expressamente, pois implicitamente a Constituição traz comandos ao Poder Público.

Também o dever estatal em causa dará ao Judiciário margens diferentes de decisão, pois é sempre mais fácil controlar um ato que controlar um não-ato, dada a

²⁶⁷ MARMELESTEIN, George. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. Sítio Eletrônico georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc. Acessado em 22 de fevereiro de 2014, p. 207.

²⁶⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, Coimbra, 2010, p. 980.

indeterminação destes²⁶⁹. Descobrir o exato papel do Judiciário é o desafio que se nos é lançado, pois a negativa de competência ao Judiciário pode também descaracterizar o sistema da separação de poderes, já que dito ser do Poder Judiciário essa competência institucional de resolução dos conflitos, mas até onde irá essa competência é o cerne da questão, pois nos deveres de ação quase sempre temos a figura do terceiro que agride o direito fundamental (em geral nos deveres de proteção e não nos deveres de promoção), e estes terceiros também são detentores de direitos fundamentais.

Assim, em um primeiro plano cabe à Administração e o Legislador tomarem a decisão de proteger e promover o direito fundamental, à vista da legitimidade democrática, eis que foram eleitos precisamente para decidirem os rumos das questões propostas, com a presença mais condescendente do Poder Judiciário, até porque a reserva do politicamente oportuno ou do financeiramente possível deve ser analisadas²⁷⁰.

O princípio da subsidiariedade deve ser levado em conta quando do controle judicial das omissões do Estado, pois preserva a separação dos poderes e enaltece a democracia²⁷¹. Assim, tem o Legislador sua liberdade de conformação, devendo agir o Judiciário somente após constatada essa omissão ou a ação insuficiente. A ação insuficiente ou a inação administrativa ou legislativa é que nortearão a ação judiciária.

A palavra final será do Poder Judiciário, dentro do que Jorge Reis Novais chama de <<justiça constitucional forte>>, com base na concepção de que os direitos fundamentais são garantias jurídico-constitucionais e não podem ser colocadas à livre disposição de uma maioria democrática, devendo haver proteção por um órgão independente²⁷². Ser contra esta opção é dizer que com esta visão temos a judicialização da política, mas cabe à justiça velar pela dignidade dos membros da comunidade e também proteger minorias.

²⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 93-95.

²⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 94.

²⁷¹ MARMELSTEIN, George. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Sítio Eletrônico georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc, acessado em 22 de fevereiro de 2014, p. 214.

²⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139.

Mas o equilíbrio é que marca esta corrente doutrinária, e assim é afastada a figura do <<autoritarismo judicial>>, bem lembrada por Bruce Ackerman²⁷³, não sendo função dos juízes aniquilar a política e suas decisões, com direcionamento das políticas públicas a serem realizadas, mas um interventor em situações excepcionais em que o mínimo existencial e a razoabilidade estejam em causa.

Controle do Judiciário será realizado então tomando por base o excesso ou a insuficiência. Nos deveres de ação sempre a insuficiência é que será levada em conta, com um controle que vise a proteção contra as omissões ou ações insuficientes, concretizando-se o texto constitucional.

O mínimo existencial deve corresponder ao necessário para a subsistência, só não se viabilizando se demonstrada a real impossibilidade de sua garantia, quase sempre por questões financeiras, ligadas ao orçamento. Por se encontrarem todos os poderes vinculados a consecução deste mínimo, é possível ao Judiciário controlar a implantação ou não das políticas públicas para que a dignidade humana esteja sempre estabelecida?²⁷⁴. O judiciário, entretanto, apoiar-se-á na razoabilidade para buscar este mínimo, e também no local do que venha a ser o mínimo para aquela comunidade, à vista de elementos outros, a citar, econômicos, culturais e sociais.

Os deveres de ação demandam, em regra, dinheiro para sua realização, e assim o recurso financeiro irá exercer forte conotação na natureza jurídica da obrigação estatal, mas de se observar que quanto maior a necessidade de realizar o mínimo existencial, menor fica a concepção do órgão estatal (legislador ou administrador) e maior o controle do Poder Judiciário²⁷⁵.

A proibição do déficit aparece justamente para viabilizar os propósitos do controle judicial dos deveres de ação, pois em sendo este elemento externo aos deveres de ação, desenvolve um controle posterior, justamente no âmbito judicial. Os deveres de ação devem ser analisados antes, como por exemplo a realização do trabalho do órgão legislativo ou administrativo e a proibição por defeito em momento posterior ditará o

²⁷³ ACKERMAN, Bruce. Nós, O Povo Soberano – fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 80.

²⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 309-310.

²⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 78.

quantum da proteção ou promoção estatal²⁷⁶. A atuação do Judiciário dever ter em aprezo o mínimo existencial e a razoabilidade será a palavra final quando os demais órgãos não cumprirem o mínimo constitucionalmente exigido.

6.2. Omissões estatais e Poder Judiciário: instrumentos de controle

Neste tópico abordaremos quais os instrumentos de controle que se dispõe no sistema brasileiro para coibir as omissões estatais através do acionamento do Poder Judiciário, sendo certo que ao falarmos sobre as chamadas <<ações constitucionais>> não é objetivo do trabalho esmiuçar cada uma em suas particularidades, mas apenas conceitua-las e trazê-las no pertine ao tema proposto, qual seja, os efeitos da decisão no plano prático. Pede-se, pois, compreensão ao leitor que se necessitar o estudo mais acurado dos institutos poderá consultar as obras colacionadas no texto sobre os assuntos abordados.

Sendo certo que a omissão inconstitucional é fenômeno que atinge os três Poderes da República, constituindo-se a inércia em normativa, político-administrativa ou judicial, temos que muitos são os remédios jurídicos a serem utilizados para impedir as omissões ilegítimas estatais²⁷⁷.

Para a inércia judicial em sua função própria, é certo que o Brasil possui amplo sistema recursal para coibir a omissão dos juízes em qualquer esfera, destacando-se a figura dos embargos de declaração, como sendo figura recursal através da qual se pode pleitear esclarecimento de omissão em julgamentos realizados pelo Poder Judiciário. Não se emprestará maior atenção ao instituto pois refoge ao âmbito do que se requer no presente

²⁷⁶ SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume II. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 192.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 279. Jorge Miranda traz distinção diferenciada, ao expor que podem ser consideradas omissões inconstitucionais: 1) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas; 2) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe, por exemplo, quando não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais ou não se promulgam as leis do parlamento; 3) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou de seus institutos; 4) inconstitucionalidade de medidas administrativas; 5) inconstitucionalidade por omissão de decisões judiciais, que equivale à própria denegação da justiça. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 360-362.

estudo, apenas trazendo em rápidas linhas a maneira através da qual se pode perquirir judicialmente o reparo de omissões judiciais.

Quanto a inércia político-administrativa, muitas são as alternativas dadas ao lesado para buscar reparação no sistema judicial brasileiro. A via judicial ordinária pode ser utilizada por quem entenda tenha direito ameaçado ou lesado e tal direito pode sofrer ameaça ou lesão pela inércia estatal. Assim, individualmente ou de maneira coletiva pode se pleitear do Judiciário que repare omissão estatal que gera prejuízo ao cidadão.

Afora as vias ordinárias, estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil as chamadas <<ações constitucionais>> que podem ser utilizadas enquanto vias processuais para se reconhecer os direitos fundamentais contra quem os viole, seja particular ou Estado, podendo a violação se dar também pela omissão. Assim, contra as omissões inconstitucionais operadas por inércia político-administrativa em relação aos deveres de ação estatais destacamos as ações constitucionais do mandado de segurança e ação civil pública.

O mandado de segurança é inscrito no art. 5^o, inciso LXIX da Constituição Federal, dizendo o texto que <<conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público>>²⁷⁸.

Assim, sendo ação constitucional de natureza mandamental e residual em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, não deve ter interpretação restritiva e por isso utilizável também quando a ilegalidade ou o abuso de poder forem demonstrados por omissões estatais.

É possível a figura do <<mandado de segurança preventivo>>, impetrado antes da ação ou omissão estatal. Neste caso, a comprovação de que a

²⁷⁸ Hely Lopes Meirelles leciona que o mandado de segurança é <<o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça>>. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, Editores, 1997, p. 21.

ilegalidade ou abuso de poder está na iminência de ocorrer deve ser trazida com documentos que traduzam atos preparatórios ou indícios nesse sentido²⁷⁹. Difícil já é a comprovação de ato omissivo, tornando-se ainda mais difícil a comprovação de atos preparatórios a uma omissão. Todavia a liquidez e certeza fática deve trazer imprescindivelmente a prova constituída com a inicial.

A legitimidade ativa alcança todas as pessoas físicas e jurídicas e a legitimidade passiva recai sobre autoridade pública, inclusive agente particular que atua por delegação no exercício de função pública (súmula 510 do STF)²⁸⁰. O Superior Tribunal de Justiça entende que a pessoa jurídica de direito público é o legitimado passivo²⁸¹, sendo certo que a lei de regência da matéria manda indicar a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público.

Como se denota, o objeto do mandado de segurança é um ato administrativo, havendo súmula do Supremo Tribunal Federal que proíbe mandado de segurança contra lei em tese (súmula 266 do STF), o que em visão contrária nos faz observar que se a norma tiver efeitos concretos é passível de ataque via mandado de segurança e, ao cabo e de resto, a omissão na elaboração desta norma também é passível do remédio constitucional.

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias do ato ou omissão ilegal. Tal prazo não será aplicado quando o mandado de segurança tiver por objeto um ato omissivo continuado, eis que o prazo de impetração será renovado mês a mês²⁸². Caso não se comprove a omissão sucessiva, o prazo permanece válido, sendo tal prazo decadencial e contado do vencimento do prazo legal para a prática do ato cuja omissão se busca impugnar²⁸³, não havendo prazo decadencial se o mandado de segurança for preventivo.

²⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações Constitucionais. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 114.

²⁸⁰ Súmula 510 do STF: praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

²⁸¹ STJ, 2ª turma, REsp 846.581/RJ, rel. Ministro Castro Meira, j. 19/08/2008, DJE 11/09/2008.

²⁸² STF, Segunda Turma, RMS 24.736 ED/DF, rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 14/9/2010, DJE 08/10/2010.

²⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações Constitucionais. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 148.

Há também a figura do mandado de segurança coletivo²⁸⁴, que é um instrumento criado pela Constituição com fundamento na substituição processual e em homenagem ao princípio da economia processual, com os mesmos requisitos do mandado de segurança individual e que poderá em única decisão beneficiar grande número de pessoas. Tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo são remédios constitucionais contra as omissões de natureza administrativa.

Também a ação civil pública é remédio processual a garantir a comunidade contra atos omissivos administrativos do Poder Público, e com viés no Estado Social, é ação coletiva que visa coibir lesão ou ameaça de lesão a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo²⁸⁵.

A ação civil pública está para a coletividade como o mandado de segurança está para tutelar os interesses do indivíduo²⁸⁶. É objeto da tutela na ação civil pública o meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, mas o rol é apenas exemplificativo e assim qualquer direito com as características de difuso, coletivo ou individual homogêneo merecem guarida e são objetos da ação.

No tocante à competência, segue a ação civil pública as regras de competência do processo civil, sendo legitimados ativos o Ministério Público, Sindicatos e Associações (estes subordinados a ter constituição nos termos da lei civil, existência jurídica há pelo menos um ano e pertinência temática), pessoas jurídicas da Administração Pública (para a doutrina tem que haver pertinência temática)²⁸⁷ e a Defensoria Pública. Como legitimados passivos teremos quem ofende o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, sendo para o presente estudo aquele que através da omissão não cumpre seu dever de ação.

Interessante questão é a do limite territorial da coisa julgada na ação civil pública, à vista do artigo 16 da lei de regência que indica << a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o

²⁸⁴ Art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

²⁸⁵ Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

²⁸⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In Ações Constitucionais. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. Org. Fredie Didier Jr., Salvador: Editora Jus Podium, 2013, p. 352.

²⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações Constitucionais. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 393.

pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova>>. O artigo é tímido na matéria, pois a tônica das ações coletivas é diminuir o número de ações propostas, mas a limitação territorial traz uma diminuição do âmbito de atuação da ação civil pública.

Cuidaremos agora da inconstitucionalidade por omissão no tocante à inércia na elaboração de atos normativos para concretização dos comandos constitucionais e a estas omissões dedicaremos mais algumas linhas do estudo, apontando as figuras da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção como remédios a serem utilizados quando a omissão inconstitucional for normativa.

Sendo norma jurídica, a Constituição tem imperatividade. E por ser norma cogente, não pode ser afastada pelas partes em questão, apresentando tanto normas proibitivas quanto normas preceptivas²⁸⁸. Interessa-nos as normas preceptivas, as quais impõem comportamentos e que se consideram violadas quando há omissão.

De plano, observar que a inércia normativa pura e simples não enseja a omissão inconstitucional passível de controle pelo Poder Judiciário. A omissão coibida por via judicial é a decorrente de inércia ilegítima decorrente de obrigação jurídica de conteúdo positivo²⁸⁹. A legislação pode ser uma faculdade ou um dever jurídico. Importa ao estudo a legislação que deriva de um dever jurídico, como por exemplo a legislação que dever advir do art. 178 da Constituição Federal, ao prescrever que << a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre>>.

A omissão que se nos interessa é a que se considera <<cúmplice da incompletude do ordenamento jurídico e da abertura constitucional>>²⁹⁰. A abertura do texto constitucional permite que leis infraconstitucionais venham a completar o texto magno, que em regra deve ser sintético, depreendendo-se que a Constituição seja norma incompleta, carente de integração.

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 53.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 55.

²⁹⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 126.

Para Gomes Canotilho a omissão legislativa não tem conteúdo naturalístico, estando ligado o fenômeno a <<uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional>>²⁹¹. Mesmo diferenciando ordens de legislar das exigências constitucionais, diz o autor que ambas caracterizam omissões inconstitucionais, sendo que estas caracterizam obrigações permanentes, como por exemplo, garantia de ensino básico universal, gratuito e obrigatório) e aquelas determinações únicas, como a criação de uma instituição²⁹².

Luís Roberto Barroso diz que a inércia legislativa pode ser total ou parcial. Por omissão total entende ser o vazio normativo, com inteira abstenção do legislador. A omissão parcial divide-se para o autor em relativa e propriamente dita, sendo a relativa quando a legislação exclui determinada categoria que nela deveria estar abrigada, privando-a de benefício e a propriamente dita quando o legislador não afeta o princípio da igualdade, mas age de modo insuficiente em relação ao dever que lhe é devido^{293 294}.

Como primeiro instrumento de controle judicial dos deveres de ação temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Federal e na Lei Federal nº 9.868/99, com alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.063/09.

²⁹¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1033.

²⁹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 1034-1036.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 57-60.

²⁹⁴ A doutrina portuguesa traz diferentes distinções para as omissões inconstitucionais. Carlos Blanco de Moraes diz que a omissão é absoluta total quando <<o órgão legislador se furta integralmente ao cumprimento do seu dever de legislar imposto pela Constituição, não produzindo qualquer ato legislativo>>. Já a omissão absoluta parcial ocorre quando o legislador <<apenas cumprir com uma parcela ou segmento do seu dever de legislar, nos termos fixados por uma norma constitucional não exequível por si própria, abstendo-se de dar cumprimento a outra ou outras parcelas inerentes ao mesmo dever e encargo>>. Por omissão relativa entende quando há a discriminação de categoria. MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. Odireito do contencioso constitucional. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 498-503. Para Gomes Canotilho, não há diferenciação entre as absolutas parciais e as relativas. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional..., ob. cit., 2011, p. 1035. Para Jorge Miranda e Rui Medeiros nas omissões relativas está em causa apenas o princípio da igualdade ao passo que nas omissões legislativas parciais não se valora o princípio da isonomia, mas se houve ou não cumprimento integral de um dever de concretização constitucional, quando a norma não tem exequibilidade por si mesma. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 870.

Sendo modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, torna afastada qualquer possibilidade de solução de ações que envolvam casos concretos, visando a ação normativa por parte do órgão que detém poder para a propositura e elaboração da norma. Por disposição constitucional (art. 102, I, *a*, CF) cabe ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento das Ação Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, e pelo princípio da simetria, às Cortes de Justiça Estaduais o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão envolvendo omissão legislativa estadual.

Quanto à legitimação para a propositura da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, tem-se no artigo 103 da Constituição²⁹⁵ o rol dos legitimados, levando-se em consideração que se trata em todo caso de legitimação extraordinária, eis que representam direitos de terceiros. De observar que as Mesas de Asembléias Legislativas, os Governadores de Estado e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional são legitimados que devem comprovar a pertinência temática da ação, configurando o interesse processual de agir. A legitimidade passiva recairá sobre a pessoa ou órgão responsável pela <<produção do ato exigido pela Constituição Federal e que não foi editado>>²⁹⁶.

A omissão impugnável via ação direta deve ter cunho normativo, o que tem um conteúdo mais amplo pois compreende qualquer ato geral e abstrato de quaisquer dos Poderes e não apenas a lei formal, diferentemente do que ocorre em Portugal, que à vista do art. 283⁰ da CRP apenas medida legislativa pode ser impugnável. Sendo o sujeito passivo destinatário da decisão favorável de inconstitucionalidade por omissão um dos Poderes, tem-se apenas ciência da omissão inconstitucional, para que se adote as providências necessárias, não havendo qualquer coerção. Se órgão administrativo,

²⁹⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Acresça-se também o que consta nos dispositivos 169 a 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 285.

estabelece-se prazo de trinta dias para cumprimento, havendo assim natureza mandamental a decisão²⁹⁷.

Assim, em relação aos Poderes, a decisão final da ação de inconstitucionalidade por omissão é meramente censória, não tendo qualquer caráter sancionador ou mandamental. Parte da doutrina traz soluções para dar maior eficácia à ação de inconstitucionalidade por omissão, em especial equiparar seus efeitos aos do mandado de injunção, que enseja em dar poder para o Tribunal Constitucional legislar diante da inércia do legislativo²⁹⁸. Quem se insurge diz que uma posição mais arrojada implica em ofensa à separação dos poderes e ao próprio instituto, pois o direito comparado não enxerga posição sancionatória nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão²⁹⁹.

O certo é que se em países da Europa têm as decisões apelativas alcançado bons resultados, com boa resposta do legislativo aos comandos cesórios ditados nas decisões, no Brasil o Congresso Nacional parece não ouvir o apelo judicial, não emprestando qualquer distinção e respeito quando aclaradas as omissões inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional³⁰⁰.

O procedimento a ser seguido é o constante da lei de regência (Lei nº 9.868/99), destacando-se que não se admite desistência (art. 12-D) e o conteúdo aditivo do provimento judicial quando a omissão for parcial (art. 12-F, parágrafo primeiro), o que tem

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 286.

²⁹⁸ Jader Guimarães assevera que «não deve prosperar a tese de que os princípios da democracia e divisão de poderes obstaculizam a atuação judicial supletiva. Isso porque, na realidade, o que está em questão é a efetividade e a aplicação integral da Constituição como plano normativo-material do Estado, derivado, aliás, da vontade soberana do povo. Admitir o contrário é ser refém da boa vontade do legislador ou admitir o estado de inconstitucionalidade. GUIMARÃES, Jader Ferreira e SILVARES, Vitor Soares. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 167. No mesmo sentido Jorge Pereira da Silva entende que a fiscalização das omissões inconstitucionais pode constituir uma incursão na liberdade de conformação do legislador e na oportunidade política, e passado prazo razoável, é possível a substituição pelo Tribunal Constitucional da ausência legislativa. SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 149.

²⁹⁹ Neste sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. Odireito do contencioso constitucional. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 488 a 493. Também GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pp. 273-274.

³⁰⁰ LIMA, João Luiz Ferraz de Oliveira. Controle de Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa, Separação de Poderes e Legitimidade Democrática do Poder Judiciário. Relatório de Mestrado Científico da disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 6. Como exemplo traz o autor as diversas decisões apelativas para se normatizar o direito de greve no serviceo public, por cerca de 15 anos, sem qualquer sensibilidade por parte do legislador para regular a matéria.

por consequência que sendo a omissão parcial pode haver uma fungibilidade com a ação direta de inconstitucionalidade por ação, até pela possibilidade de conteúdo aditivo pela doutrina nestes casos. Os efeitos de uma decisão final em ação direta de inconstitucionalidade por omissão são para todos e com caráter vinculante, mas com a pouca eficácia desta ação pouco pode se esperar em termos práticos.

É possível medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão para suspender a aplicação do ato normativo, no caso de omissão relativa, como também suspender os processos judiciais ou procedimentos administrativos, ou que entenda adequado a Corte Constitucional no caso concreto³⁰¹. Fica sem eficácia prática se a omissão for total e praticada por um dos Poderes, ante a ausência de caráter sancionatório da decisão.

Se a decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão não resolver o problema nela proposto, perdurando a inconstitucionalidade por exemplo, por simples desinteresse do legislativo em suprir a omissão, entende a doutrina que o Estado é responsável por eventual indenização³⁰², à vista do que prescreve o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal³⁰³, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, sendo necessário quando de lesão a demonstração apenas da conduta estatal, do dano suportado e do nexo causal.

O mandado de injunção também é figura processual apta ao controle de omissão legislativa, tutelando, à vista do texto constitucional³⁰⁴, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, mas também a restrição a direitos e liberdades de terceiros, sendo este o elo entre os deveres de ação e o mandado de injunção. Ao não proteger um direito ou liberdade constitucional, o legislador pode inviabilizar o exercício deste direito, sendo apto ao caso a figura injuncional.

³⁰¹ GUIMARÃES, Jader Ferreira e SILVARES, Vitor Soares. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014, p. 165

³⁰² GUIMARÃES, Jader Ferreira e SILVARES, Vitor Soares. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, pp. 147-148. Na doutrina portuguesa leciona Jorge Miranda que << quando o Estado não cumpre os seus deveres de atribuição e protecção de direito dos cidadãos, previstos em normas constitucionais, exequíveis ou não exequíveis, e se verifique um nexo de causalidade entre essa omissão e o dano ocorrido, os cidadãos têm o direito de procurar e obter o respectivo ressarcimento>>. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 392.

³⁰³ Art. 37, parágrafo 6º, CF: As pessoas jurídicas de direito public e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁰⁴ Artigo 5º (...), LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A competência para julgamento do mandado de injunção pertence ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Eleitorais, a depender da matéria a ser apreciada, sem expurgo dos Tribunais Estaduais regularem a matéria em seus campos de atuação e o doutrina dizer que cabe aos juízes de primeiro grau apreciar o mandado de injunção em relação às leis municipais³⁰⁵.

A legitimidade ativa é de quem tenha o direito negado pela omissão, havendo também a possibilidade de mandado de injunção coletivo³⁰⁶, ocorrendo neste caso a substituição processual. Já no pólo passivo da demanda há corrente que entende ser a autoridade ou órgão público omissor e quem suportará o ônus da decisão e em sentido contrário há corrente que expõe ser quem deve prestar a obrigação, sem o órgão considerado omissor participar da lide. O Supremo Tribunal Federal diz ser a autoridade ou órgão público omissor, sem a inclusão de quem deve prestar a ação³⁰⁷.

Interessa aqui em sede de objeto perquirir se o mandado de injunção tem mesmo fim que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com decisão meramente cesória ou se terá natureza sancionatória e constitutiva de norma para o caso concreto. O Supremo Tribunal Federal evoluiu em sua jurisprudência, pois de uma visão tímida, inclusive nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, concedendo prazo para a edição da norma (MI284-3, publicado no DJU de 26 de junho de 1992) passou a uma posição que concede maior efetividade ao mandado de injunção, ao conceder o direito no caso concreto, como ocorreu nos MI 670, 708 e 712, em que se aplicou a Lei de Regência para greve dos servidores particulares aos servidores públicos, inclusive com extrapolação do que prescreve a Constituição Federal, pois se concedeu efeito geral ao julgado, quando é cediço que o mandado de injunção tem força *inter partes*. Por enquanto que mantém discreta a jurisprudência na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que se poderia dar o efeito *erga omnes*, no mandado de injunção que a

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 160.

³⁰⁶ Artigo 5º (...), LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido com representação no Congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de interesses de seus membros ou associados.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 161.

decisão final deveria fazer coisa julgada entre as partes, o STF invocando a isonomia, concede efeito geral³⁰⁸.

Talvez a reiterada inércia legislativa tenha sido a propulsora da mudança de pensamento no Supremo Tribunal Federal, até porque o próprio instituto do mandado de injunção ainda não foi regulamentado por lei, o que constata a total omissão dos órgãos legiferantes brasileiros.

Em poucas linhas, demonstramos os instrumentos de controle através dos quais pode o cidadão ou entidades legitimadas por lei impetrarem ações para reconhecimento e providências judiciais contra as omissões estatais nos seus deveres de ação, passando agora a centrar a atenção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que pertine aos assuntos abordados no texto, em especial a atuação da Corte Constitucional brasileira no princípio da proibição da proteção deficiente.

³⁰⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp. 145-189.

7. A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.1. Os deveres de ação, a omissão estatal e o STF

As omissões inconstitucionais num sentido lato são as abstenções de um órgão estatal quando deveria cumprir um dever a ele imposto, dever de ação este imposto pela Constituição. O incumprimento dos deveres de ação estabelecidos na Constituição podem gerar uma atuação mais firme ou mais tímida do Poder Judiciário, a depender do que contém a Constituição daquele país e de como a Corte Constitucional se manifesta na interpretação do texto constitucional.

Como já evidenciado, a inconstitucionalidade por omissão pode ser atribuída a qualquer dos Poderes, quando viola seu dever de ação, quer na ausência de medidas político-administrativas por parte do Executivo, quer na inefiz prestação da justiça, quer na omissão ou insuficiência da prestação legislativa. Ater-nos-emos às omissões e ineficácias dos Poderes Legislativo³⁰⁹ e Executivo, quando estes não atendem aos comandos constitucionais pela omissão, deficiência ou inadequação e a posição do Judiciário no controle de tais omissões.

De plano, analisaremos as omissões legislativas e a atuação judiciárias. Antes de adentrarmos na posição do Supremo Tribunal Federal do Brasil demonstraremos, em rápidas linhas, como se comporta o Tribunal Constitucional Português em relação à matéria. Em Portugal há controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão por afronta a uma específica norma prescritiva não exequível por si mesma ou programática, mas não há qualquer sanção para o descumprimento da ordem judicial, gerando no máximo a responsabilização dos agentes descumpridores da ordem constitucional³¹⁰.

³⁰⁹ O professor Jorge Miranda expõe que a existência de omissões juridicamente relevantes é um fenômeno que se encontra em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito Constitucional. Também assevera que a inconstitucionalidade por omissão assenta-se na zona limítrofe entre a liberdade de conformação do legislador, característica do Poder Legislativo, e o dever de concretização das normas constitucionais carentes de regulamentação. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 292 e p. 306.

³¹⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de Melo. Entre a liberdade de conformação regulamentar e o dever de concretizar as normas constitucionais: uma análise do controle da inconstitucionalidade por omissão nos ordenamentos português e brasileiro. In O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses. Aspectos Relevantes. MIRANDA, Jorge. (org.). Curitiba: Juruá editor, 2011, p.157.

Apesar da pouca atuação do Tribunal Constitucional Português no trato da matéria, eis que desde que obteve competência para tanto no ano 1982, apenas sete acórdãos foram prolatados, vê-se que há uma preocupação do legislativo com a possível atuação do Tribunal Constitucional, pois só houve apenas duas declarações de inconstitucionalidade, já que nos demais casos antes da decisão judicial a inconstitucionalidade já se encontrava sanada³¹¹.

A rigor, não somente em Portugal, mas também em países como Alemanha e Itália³¹², o uso das chamadas decisões apelativas alcança bons resultados e assim a jurisprudência tende a utilizar as decisões aditivas e normatizadoras com maior cautela, ocorrendo isto até na interpretação dos institutos.

A realidade brasileira, todavia, é diversa, eis que a pouca efetividade das decisões apelativas é a regra, pois raramente são seguidas pelo legislativo. Duas são as ações constitucionais disponíveis para combater a omissão legislativa, uma de cunho abstrato e com efeito apelativo, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e outra de conteúdo concreto e efeito aditivo e concretizador que é o mandado de injunção.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se propõe a garantir direitos subjetivos, mas os comandos constitucionais em abstrato que não estão sendo realizados por inobservância dos poderes públicos. O texto constitucional estabelece que toda e qualquer omissão do poder público que resulte na inação da norma constitucional pode ser objeto da ação direta por omissão, mas o Supremo Tribunal Federal por anos deu interpretação restritiva ao comando constitucional até a edição da Lei nº 12.063/09 que diz ser qualquer norma ou ato que implique em inação legislativa ou regulamentar contrária à Constituição passível de controle³¹³.

³¹¹ MELO, Frederico Jorge Gouveia de Melo. Entre a liberdade de conformação regulamentar e o dever de concretizar as normas constitucionais: uma análise do controle da inconstitucionalidade por omissão nos ordenamentos português e brasileiro. In O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses. Aspectos Relevantes. MIRANDA, Jorge. (org.). Curitiba: Juruá editor, p.158.

³¹² SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, pp. 117-134.

³¹³ MELO, Frederico Jorge Gouveia de Melo. Entre a liberdade de conformação regulamentar e o dever de concretizar as normas constitucionais: uma análise do controle da inconstitucionalidade por omissão nos ordenamentos português e brasileiro. In O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses. Aspectos Relevantes. MIRANDA, Jorge. (org.). Curitiba: Juruá editor, p.166.

Na ADIN 1.836/SP a Corte Constitucional brasileira se posiciona pela perda do objeto da ação se a norma inefetiva é revogada, expondo que o mesmo se dá nas inconstitucionalidades por omissão, bem diz perder o objeto quando se encaminha projeto de lei pelo Executivo ao Legislativo quando a matéria está sendo objeto de apreciação pelo Judiciário³¹⁴.

Só em 2007 na ADO nº 3.682/MT é que o Supremo Tribunal Federal vem ter posição mais efetiva pois além de reconhecer a mora legislativa em regulamentar a Constituição Federal no seu artigo 18, parágrafo 4º, estabelece lapso temporal para que o Congresso Nacional venha a suprir a lacuna legislativa, estabelecendo o prazo de dezoito meses para edição de legislação pertinente à matéria. Como se denota, continua a decisão da Corte com caráter apelativo, mas buscando uma maior pressão no órgão responsável pela elaboração da norma.

Não se pode buscar nas declarações abstratas de inconstitucionalidade por omissão uma posição do Supremo Tribunal Federal pois ao se substituir ao legislativo certamente incorreria em ofensa ao princípio da separação de poderes, mas bem que o legislativo poderia ter uma posição mais republicana e sempre que se estivesse a discutir omissão inconstitucional no judiciário tratasse de agilizar na elaboração da norma faltante, pois do legislativo também e sobretudo se espera a concretização da Constituição.

Já em relação aos atos administrativos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui uma carga decisória bem definida, ao estabelecer prazo para cumprimento da decisão judicial.

Já em relação ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal tem uma visão mais arrojada, a começar por entender ser autoaplicável a norma constitucional que o rege, pois por ironia a norma constitucional que serve para coibir a inércia do legislador foi e ainda hoje é pautada pela inércia deste legislador³¹⁵.

À vista da jurisprudência pesquisada não é possível a impetração de mandado de injunção se a norma tiver eficácia plena (MI 582/RJ), quando houver a omissão parcial (MI 79/DF), quando a norma ainda estiver em prazo para ser editada e

³¹⁴ GUIMARÃES, Jader Ferreira e SILVARES, Vitor Soares. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014,, pp. 150-153.

³¹⁵ Foi no MI 107/DF, publicado no DJU de 31.11.1989 que o Supremo Tribunal Federal decidiu neste aspecto.

quando iniciado o processo legislativo para tanto (MI 361/RJ), o que demonstra que nos demais casos havendo direito subjetivo pode haver a impetração que, em regra, terá o efeito da decisão *inter partes*.

Com o MI 107/DF, de 23.11.1989 o Supremo Tribunal equipara o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao determinar a suspensão dos processos judiciais e administrativos porventura instaurados contra o autor do pleito até a edição da lei faltosa, vindo a ter uma primeira evolução no MI 283/DF, em 20.03.1991, com fixação de prazo de sessenta dias para que a norma fosse elaborada e passado o prazo sem elaboração da norma, poderia o lesado buscar reparação por via judicial própria.

A grande evolução nos efeitos da sentença em mandado de injunção se deu no ano de 2007, quando o Tribunal Constitucional deu efeitos concretos e equiparou servidora da União a benefício de aposentadoria especial por trabalho insalubre, utilizando-se da norma constante no art. 57 da Lei nº. 8.213/91, que fala da aposentadoria por insalubridade para trabalhadores do setor privado. No mesmo sentido decidiu o Tribunal Constitucional mais de uma vez em relação ao direito de greve de servidores públicos, até hoje não regulamentado pelo Congresso Nacional, expondo que deve ser utilizada a lei que rege a matéria para a greve dos servidores do setor privado³¹⁶. Interessante que nestes mandados de injunção o Supremo Tribunal Federal foi além e concedeu efeito *erga omnes*, utilizando o mandado de injunção como uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão neste aspecto.

Como se denota, há instrumentos processuais constitucionais para coibir as omissões legislativas além das vias judiciais comuns nos casos concretos, não buscando a edição da norma, mas a resolução *inter partes* da questão posta. O judiciário brasileiro

³¹⁶ Como exemplo temos o MI 670/DF, MI 708/DF e o MI 712/PA. O Ministro Gilmar Mendes em artigo jurídico assevera que “ em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e, constatando conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, assim como, tendo em conta que o legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada”. MENDES, Gilmar. O controle de constitucionalidade das omissões legislativas e o mandado de injunção: a necessidade de regulação normativa no direito brasileiro. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume I. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 985-986.

no tocante à omissão legislativa ainda é um pouco tímido mas já demonstra uma evolução no que concerne ao mandado de injunção.

Já em relação às omissões político-administrativas o Supremo Tribunal tem posição mais forte, determinando nos casos concretos a realização de atos administrativos que acabem com a omissão. Passaremos a analisar alguns julgados que trazem a posição da Corte Constitucional em temas diversos, dando-se ênfase ao enfrentamento da omissão estatal político-administrativa pelo Poder Judiciário.

A preocupação com a efetividade constitucional no constitucionalismo pós-1988³¹⁷ aprimorou-se, com o controle jurisdicional da constitucionalidade da atuação administrativa. Instala-se, assim, momento de fiscalização e controle das ações estatais no proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Quem traz decisão paradigmática é o Ministro Celso de Mello que monocraticamente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n^o. 45/DF, publicada no Diário da Justiça de 4 de maio de 2004, diz que havendo omissão injustificável dos poderes políticos que repercute nas condições mínimas de subsistência da população, deve o Judiciário agir para a implementação de políticas públicas de direitos fundamentais sociais, mesmo que tais direitos estejam expressos em cláusulas de conteúdo programático, só se abstendo o Estado de cumprir o determinado se comprovar a impossibilidade financeira para tanto³¹⁸.

De salientar que a decisão explícita não caber ao Judiciário determinar à Administração a escolha de política pública, sendo dos demais Poderes essa prerrogativa. É do Judiciário o poder de determinar, ainda que excepcionalmente, a implementação das políticas públicas constantes da Constituição, quando há omissão dos órgãos responsáveis,

³¹⁷ Em sua obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Luis Roberto Barroso parte dos seguintes pressupostos de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade: “1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3) as normas constitucionais devem estrutura-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumento de tutela adequados, aptos à sua realização prática”. p 86.

³¹⁸ ADPF 45/DF, j. 29.04.2004 – DJ 04/05/2004.

sendo esta a dimensão política da jurisdição constitucional, que ao se omitir desrespeita a Constituição³¹⁹.

O precedente jurisprudencial importante nessa temática foi o RE 436996/SP, concedido contra o Município paulista de Santo André, que teve como relator o Ministro Celso de Mello.³²⁰ No caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a criança de até seis anos de idade tem direito a atendimento em creche e em pré-escola, considerando tratar-se de “dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município”. Após essa decisão tem o Supremo Tribunal Federal reconhecido, principalmente no direito à saúde, a busca de meios concretos para o exercício.

Com base nesta decisão no RE 436996/SP o Supremo seguiu no caminho de uma atuação mais forte contra as omissões estatais por parte do Executivo, com várias decisões na área da saúde e da educação quando entende que a inércia executiva é inaceitável. No que concerne à educação infantil manteve a linha decisória de 2005 e já em 2010 no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 464.143/SP, publicada em Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2010, decidiu que o ente estatal providenciasse a matrícula de crianças sem deixar margem à discricionariedade do poder público.

No direito à saúde, em especial em relação à distribuição de medicamentos, a Corte Constitucional estabeleceu uma linha bem ativista, com concessão gratuita de medicamentos a pacientes portadores do vírus SIDA³²¹, bem como medicamentos em geral. A matéria sempre chegou à Corte por meio de pedido de suspensão de antecipação de tutela ou decisão liminar, com o fim de sobrestar decisão judicial com base na afronta à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas, mas quase sempre foram rechaçadas sob o argumento de que não afetavam os bens mencionados.

³¹⁹ Diz o Ministro que << [...] É certo que não se inclui ordinariamente no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático>>.

³²⁰ O Acórdão foi publicado no Diário da União no dia 07 de novembro de 2005.

³²¹ Como se denota no RE n.º. 242.859/RS, publicado no Diário de Justiça da União em 16 de setembro de 1999.

A Suspensão de Tutela Antecipada em Agravo Regimental nº. 223, proveniente do Estado de Pernambuco³²², traz reconhecimento de direito subjetivo, quando se manteve decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça de origem concedendo indenização por perdas e danos morais a cidadão que ficou tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, caracterizando-se omissão estatal em prestar correta segurança aos habitantes.

Aliás, tem o Supremo Tribunal Federal realizado cada vez com mais acentuação um controle jurisdicional das políticas públicas e prova disso é a decisão em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 367.432/DF, em que se confirmou decisão que manteve a condenação do Estado do Paraná em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná para contratação de servidores, compra de armamentos, munições, veículos e construção de cadeias e delegacias no Estado.

Nas questões de natureza ambiental, o Supremo Tribunal Federal tem assinalado em suas decisões posição no sentido da aplicabilidade imediata e direta e interpretação dos princípios socioambientais nas mais diversas decisões da Corte Constitucional.

Enfrentou-se tema relacionado ao direito ambiental pela Corte Constitucional brasileira no problema da crueldade contra os animais, quando se veda ao Estado submeter animais a maus tratos, na denominada farra do boi³²³ e nas brigas de galo, fazendo valer o art. 225, parágrafo primeiro, VII, da Constituição Federal, que veda a prática de atos que <<provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade>>, numa clara demonstração de proteção da fauna contra ações humanas.

O Estado de Santa Catarina recorre ao Supremo e invoca que a Constituição traz a proteção da fauna de maneira contida, a depender de lei. O Ministro Francisco Rezek, Relator do recurso, expõe que lei alguma pode permitir crueldade contra animais e que deve o Estado, tanto no plano Legislativo, quanto no plano Executivo, primar pela defesa dos animais contra qualquer tipo de crueldade, sendo omissos o Estado

³²² STA 223-PE, publicada no Diário da Justiça no dia 18.3.2008.

³²³ Recurso Extraordinário nº. 153.531-8/SC. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio Proteção aos animais e defesa da ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 13 de março de 1997.

que permite práticas cruéis, fazendo aplicação direta de preceito constitucional, com clara visão neoconstitucionalista.

Há muitas decisões do Supremo que trazem sua visão de combate às omissões inconstitucionais perpetradas pelos demais poderes mas este tópico tem por finalidade apenas mostrar em linhas gerais a atuação da Corte Constitucional em relação às omissões normativas e político-administrativas, sem um estudo mais detido da análise da jurisprudência do Supremo, que importaria trabalho exclusivo, teazendo apenas as principais decisões, até para servir de início de estudo sobre a posição do Supremo em relação à proibição da insuficiência.

Também como forma de demonstrar que não é sua a atribuição primária de estabelecer políticas públicas e em uma demonstração de que paralelo aos critérios jurídicos o diálogo institucional deve levar em conta critérios políticos e técnicos, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da convocação de audiências públicas para debater com profissionais especializados temas como educação e saúde³²⁴, como meio de racionalizar a atuação do Judiciário e tentar conciliar a atuação jurisdicional com a executiva³²⁵.

Havendo uma maior base normativa para a justiciabilidade dos direitos fundamentais e estando todos os poderes públicos vinculados, tendo o Poder Judiciário como guardião da Constituição e responsável pelo análise de lesão ou ameaça à direito, tem o Supremo Tribunal uma voz mais ativa na determinação dos deveres de proteção promoção em importantes áreas. Deve, pois, a Corte Constitucional zelar pela sua competência e não ultrapassar o tênue limiar da separação de poderes, sem deixar de concretizar a constituição.

7.2. A proibição de insuficiência e o STF

³²⁴ Audiência Pública sobre a Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 12 de abril de 2014.

³²⁵ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. In Direito Público. Síntese. Nº 42. Nov/Dez/2011, Brasília, p. 95.

Objetiva-se neste capítulo fazer análise da jurisprudência do STF em relação à matéria³²⁶, mostrando desde o seu surgimento e o desenvolvimento da proibição da insuficiência na Corte Constitucional brasileira. Com consulta à jurisprudência da Corte nos deveres de ação estatal, buscou-se analisar o conteúdo do instituto da proibição do déficit e como o tribunal o interpreta, à luz das teorias aqui explicitadas.

Apesar das poucas decisões sobre o princípio, a análise começou em 2006 (quando se tem a primeira decisão com menção ao princípio da proibição do déficit) e buscou seu desenvolvimento até o mês de dezembro de 2012 (até porque nos anos de 2013 e 2014 o princípio não foi explorado na Corte Constitucional), sendo certo que o ápice de sua utilização se deu no período em que o Ministro Gilmar Mendes ocupou a Presidência da Corte, com decisões monocráticas em suspensões de segurança.

Em primeira análise buscou-se o enfrentamento da Corte Constitucional aos deveres de proteção estatal, sem se descurar também dos deveres de promoção estatal, trazendo ao final tópico próprio com análise de quando o Supremo Tribunal Federal se omitiu na utilização do princípio no enfrentamento de problemas a ele propostos.

Faz-se ao fim crítica aos julgamentos, demonstrando a falta de desenvolvimento dogmático, a aplicação errônea do princípio e a sua utilização para suprir eventual ausência de argumento, sem qualquer base teórica para tanto.

7.2.1. Deveres de Proteção Estatal³²⁷

Aqui serão trazidas as decisões em que se utilizou o princípio da proibição do déficit em relação aos deveres de proteção estatal, nas mais diversas matérias trazidas à Corte Constitucional no período de análise dos julgados.

O argumento-tema fora tratado pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no julgamento do recurso extraordinário n.º 418.376-5, em 09 de fevereiro de

³²⁶ Não há objetivo de se analisar todas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, mas as principais decisões, com os comentários à luz da doutrina aqui trazida. As decisões mencionadas são também encontradas em RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf Acesso em 16 de fevereiro de 2014.

³²⁷ O critério para exportar se o dever é de proteção é a utilização do termo pelo Ministro que utilizou o argumento, o que nem sempre corresponde ao pensamento do autor.

2006³²⁸, em que uma criança permaneceu mantendo relações sexuais com o agressor dos 09 aos 12 anos e após esse período com ele iniciou união estável. Saliente-se que à época do julgamento o artigo 107, VII, do Código Penal brasileiro que estabelecia como causa de extinção de punibilidade o casamento do acusado com a ofendida já havia sido revogado, mas na época do fato estava em vigor, e assim o argumento utilizado pela defesa do acusado era de que a união estável deveria ser equiparada ao casamento pela Constituição e assim utilizada a analogia *in bonam partem* em favor do acusado.

Com relatoria do Ministro Marco Aurélio, este fundamentou o voto na unidade familiar e preservação desta enquanto núcleo social basilar, votando pela extinção da punibilidade, e tal voto foi confrontado pelo Ministro Gilmar Mendes, que pontificou << de outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico>>. O voto do Ministro Gilmar Mendes foi o vencedor mais não constou do acórdão, de modo que com esse julgamento fora registrado o primeiro voto contendo o princípio da proibição da proteção deficiente na Corte Constitucional.

No voto do Ministro Gilmar Mendes traz-se para o debate o que se chama de garantismo positivo, aplicando-se os direitos fundamentais de proteção ao direito penal, ou seja, evidenciando os casos em que o Poder Judiciário não pode se furtar à aplicação dos direitos fundamentais para concretização constitucional. Para o Ministro, a equiparação do casamento à situação de mero convívio resultaria em proteção deficiente por parte do Estado para com os deveres de proteção das crianças, consideradas seres em desenvolvimento e com especial atenção por parte dos entes estatais. Baseou-se o Ministro nos deveres constitucionais de proteção tanto da família quanto da criança e do adolescente e disse que a equiparação do casamento à união estável seria <<típica hipótese de proteção insuficiente>>.

Ocorre que os argumentos trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes ao invocar o princípio da proibição do déficit eram desnecessários pois a análise da lei penal existente e da possibilidade ou não da aplicação da analogia bastavam ao fundamento do

³²⁸ O acórdão foi publicado no Diário da União no dia 23 de março de 2007.

julgado. Parte dos Ministros no julgamento invocaram a não caracterização da união estável para negar o pleito defensivo³²⁹.

O próprio Ministro Gilmar Mendes ao votar diz que a situação não pode ser equiparada à união estável, o que por si só basta para negativa do pleito. Em nenhum momento se traz qual foi a omissão ou insuficiência de prestação pelo legislador, o que retira qualquer exame de proporcionalidade do contexto.

Assim, a primeira aparição do princípio da proibição do déficit no Supremo Tribunal Federal foi de maneira desnecessária, sem qualquer delimitação do conteúdo e com falta de autonomia ao princípio e aos argumentos trazidos. Verifica-se que ao invocar a proibição do déficit, fez-se uma sucessão de argumentos desconectados e desnecessários ao fato em análise. Do que se notou, apenas asseverar que para o Ministro Mendes a proibição do déficit é um reverso da proibição do excesso e que com seu voto pleiteava realizar controle de constitucionalidade do Código Penal brasileiro.

A segunda decisão colacionada é a referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.112/DF que desafiava artigos da Lei nº. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), elucidando-se que nesta ADI foram reunidas todas as ações diretas de inconstitucionalidade relacionadas ao tema.

O Estatuto do Desarmamento vem com o escopo de coibir a violência crescente no País, expondo o projeto de lei enviado ao Senado que a violência no Brasil estava se avolumando e que << o Estado não pode se eximir de seu dever de manter a segurança pública, reduzindo esse perigo em grau considerável>>³³⁰. Por via oblíqua, a restrição de armas de fogo vem a cumprir um dever estatal de proteção da integridade física e vida das pessoas, sem se descuidar também de uma proteção à propriedade privada, tão atacada através de subtrações ilegais de bens mediante uso de arma de fogo.

As alegações dos autores da ação direta de inconstitucionalidade atacavam tanto vício formal de iniciativa, que foi de plano rechaçado pelo STF quanto vício material por violação a garantias e direitos fundamentais (tais quais a presunção de

³²⁹ Assim votaram Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Acompanhou o Ministro Gilmar Mendes em seus argumentos o Ministro Carlos Britto, dizendo inclusive tartar-se de <<voto primoroso, verdadeiramente emblemático no tema, na matéria>>.

³³⁰ Projeto de Lei do Senado nº. 292/99.

inocência, propriedade, segurança, incolumidade física e vida), por intervenção sem razoabilidade e sem proporcionalidade por parte do Estado. Atacados foram também tanto artigos processuais quanto artigos criminalizadores de condutas.

Mais uma vez é o Ministro Gilmar Mendes quem traz à discussão o tema proibição da proteção deficiente, argumentando que normas constitucionais trazem mandamentos de criminalização expressos que devem ser observados à vista dos deveres de proteção estatal. No voto tanto o Ministro utiliza a proibição do excesso (em relação aos aspectos processuais da lei) quanto a proibição da insuficiência (para manter os artigos que criam tipos penais incriminadores). Quer com o voto sendimentar a utilização do princípio no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tentando pautar a margem de atuação legislativa no campo penal e processual penal com reflexos penais, traçando um controle de constitucionalidade das leis penais. Interessante traz à baila que se trata do voto mais longo a abranger o instituto da proibição da insuficiência na história da Corte Constitucional brasileira.

No aspecto processual o voto direciona para um excesso do legislador ao proibir a liberdade provisória e a fiança (art. 21 do Estatuto do Desarmamento), quando crimes mais graves, a saber, o homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal) não contém tal proibição. Já no campo material, considerou conforme a Constituição os crimes previstos no estatuto, demonstrando que o legislador ordinário pode e deve proteger os bens e liberdades fundamentais, realizando verdadeiro controle de proporcionalidade das medidas legislativas e expondo intervenção judicial na ação do legislador.

O voto, ao querer balizar a atuação do legislador criminal tende a ser confuso, talvez pela ambição de trazer um modelo de controle da legislação penal, mas aqui interessa como foi utilizado o princípio da proibição do *défice*. Invocando a doutrina estrangeira sobre a matéria, traz mais uma vez o Ministro Gilmar a figura da proibição da insuficiência como reverso da proibição do excesso, só que desta vez com uma maior elaboração do voto, menciona o critério trifásico³³¹ e do otimização dos deveres de proteção, sem uma clara determinação de corrente a seguir.

³³¹ Diz o Ministro Gilmar Mendes que <<o ato não sera 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>>. (ADI 3112).

Buscando fixar uma posição que não se limitasse àquela decisão, mas a casos futuros que chegassem ao Supremo Tribunal, o Ministro Mendes busca acertar na utilização do princípio ao invocar a proibição do déficit em relação aos mandamentos de criminalização expostos no estatuto, mas o faz de maneira reversa ao expor que a omissão na criminalização atingiria o dever de proteção estatal, quando deveria apenas invocar que não houve excesso do legislador ao incriminar as condutas. A rigor, apenas a utilização da proibição do excesso, tanto nos aspectos materiais quanto nos aspectos processuais da lei bastariam para resolução do problema trazido.

Ainda em matéria penal tivemos no ano de 2011 em julgamento do HC 106.212/MS novamente a invocação do princípio da proibição do déficit, cujo ação versa sobre constitucionalidade de artigo constante na Lei Federal n^o ., conhecida como <<Lei Maria da Penha>>³³², buscando-se que todo e qualquer crime constante da lei não tenha o benefício de julgamento pelos juizados especiais criminais, mesmo que preencham os requisitos. Baseia-se no argumento da especialidade destes delitos e da proteção às vítimas de violência doméstica, em especial as mulheres.

Levado o caso à Corte Constitucional o Tribunal levou esse consideração aspectos históricos e culturais, bem como a fragilidade da mulher em relação à força física do homem, mostrando ser necessária uma intervenção legal mais contundente e decidiu ser sem qualquer desproporcionalidade o rito processual escolhido, à vista dos argumentos trazidos.

No voto do Ministro Gilmar Mendes novamente o apelo ao princípio da proibição da insuficiência, mas sem qualquer novidade ao campo argumentativo e com repetição dos argumentos lançados quando da primeira vez em que o princípio fora mencionado, isto no julgamento da extinção da punibilidade no crime de estupro. Sendo os mesmos os argumentos, os mesmos também foram os erros na aplicação do princípio, quando caso era de análise do princípio da proibição do excesso, ou seja, verificar se a legislação em análise incorreu em excesso quando retirou do âmbito dos juizados especiais

³³² Maria da Penha foi uma brasileira que durante anos sofreu uma série de maus-tratos pelo marido e que por fim ficou paraplégica devida a uma tentativa de homicídio praticada pelo esposo-agressor. O processo em que foi vítima quase prescreveu o que levou Maria da Penha a denunciar o Brasil a vários organismos internacionais. A mobilização perpetrada por esta ativista de direitos humanos fez com que o Congresso Nacional votasse e o Presidente da República sancionasse a Lei que levou seu nome e que tem por escopo proteger a violência praticada no âmbito doméstico, em especial contra as mulheres. A legislação é mais rígida e mesmo crimes considerados de menor potencial ofensivo atualmente são julgados pela justiça comum criminal e não mais pelos juizados criminais, estes que comumente aplicam penalidades diversas da prisão. Por ser a história de domínio público, não se buscou fonte de pesquisa.

criminais o processamento e julgamento dos crimes tipificados na chamada <<Lei Maria da Penha>>.

Em decisão outra envolvendo o princípio na Corte Constitucional teve acórdão publicado no dia 27.03.2012 e tem em sua linha de pensamento relação com o Direito Penal. No *Habeas Corpus* n^o. 104.410/RS a Defensoria Pública da União requer absolvição por delito de porte de arma de fogo, sob o fundamento de que dita arma de fogo se encontrava desmuniada, forte no princípio da ausência de lesividade.

Seguindo sua linha de raciocínio nestes caso e para ofertar contraposição ao fundamento da defesa, o Ministro Gilmar Mendes assevera a questão dos mandatos constitucionais de criminalização e o controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, para aceitar possível a condenação de pessoa que porta arma de fogo desmuniada, haja vista inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.

Mais uma vez doutrina e jurisprudência alemãs são trazidas à colação para estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: << 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 terceiros 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 >>³³³. Assim, para preservar o bem comum e evitar potenciais ataques de pessoas que portam arma de fogo, o simples porte desta, mesmo desmuniada, gera o delito.

Há também decisão sobre a matéria relacionada à gratuidade de registros públicos de nascimento e óbito, bem como às suas primeiras certidões³³⁴. A Associação de Notários e Registradores adentra com ação direta de inconstitucionalidade (tombada sob o número 1800 e julgada em conjunto com a ação declaratória de constitucionalidade tombada sob o número 5) requestando seja expurgada da Lei n^o. 9.534/97 dispositivo que

³³³ Cita-se no voto a doutrina de Ingo Richter e Gunnar Folker Schuppert, em seu *Casebook Verfassungsrecht*. 3. edição. Munchen, 1996, p. 35-36.

³³⁴ Em discussão estão o art. 5^o, LXXVII-CF, que reza << são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania>> e o art. 236-CF, que diz << os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público>>, expondo ainda o parágrafo segundo do artigo que lei regulamentará a arrecadação dos emolumentos. A ADI é a de número 1800, que for a julgada em conjunto com a ADC 5.

concede a gratuidade acima exposta, alegando prejuízo à remuneração ao ampliar dos <<reconhecidamente pobres para todos>> a gratuidade, expondo injusta e ilegítima atuação estatal em serviços exercidos em caráter privado.

O relator originário da ação foi o Ministro Nelson Jobim que no voto a julgou improcedente sob o argumento de que a procedência feriria o exercício da cidadania e a não obrigatoriedade do Estado de instituir emolumentos para todos os serviços públicos que delega. O Ministro requestou aposentação e o processo foi redistribuído para o Ministro Ricardo Lewandowisk, que após mais de um ano analisando o processo traz idêntico resultado de improcedência mas com fundamento diverso, desta feita invocando o princípio da proibição do déficit.

Em seu voto, o agora relator Ricardo Lewandowisk expõe que a intervenção do Estado na esfera privada só é justificada para fazer valer o interesse coletivo e quando este prepondera sobre o individual, não podendo esvaziar o caráter privado da prestação do serviço delegado. Ao mencionar o princípio da proibição da insuficiência diz que o Estado tem que proteger a coletividade de maneira eficaz e que a gratuidade dos registros de nascimento e óbito atende ao que estabelece o princípio.

Para expor que o direito à gratuidade do registro e primeira certidão é constitucional parte o Ministro da premissa que o direito aos emolumentos é válido e que pode ser suprimidos neste caso especial em que o exercício da cidadania está em destaque.

A decisão, todavia, expõe o princípio da proibição da proteção deficiente, mas não explica tal princípio e não se observa qual fora a medida estatal omissa ou ineficiente que se quer combater. O caso não é de se observar se houve ação ineficiente estatal, mas se houve excesso do Estado ao retirar uma remuneração dos delegatários de serviço público essencial em prol de um interesse social.

Afora a desnecessidade do argumento com base na proibição da insuficiência, vê-se que não houve qualquer cuidado na elaboração do argumento fulcrado no princípio. Por partir de Ministro que ainda não tinha analisado o tema, a leitura do voto esperava novos argumentos e nova visão ou reforço da argumentação anterior. Não houve qualquer menção aos dois votos prolatados pelo Ministro Gilmar Mendes e basicamente se

reproduziu a doutrina e jurisprudência anteriormente trazidas e conceito de princípio da proibição da insuficiência como reverso da proibição do excesso.

O que houve foi um conflito entre o direito à cidadania e o direito ao exercício de atividade privada e no exame fez proponderar o direito à cidadania, sem qualquer preocupação em se apontar a ação deficiente do Estado e a afronta à razoabilidade e ao mínimo essencial. Apesar de ser uma longa e de se esperar exaustiva decisão sobre o tema, nada foi trazido que pudesse enriquecer a jurisprudência da Corte mas, ao reverso, novamente se fez análise da proporcionalidade em relação à proibição do excesso. De novo, apenas o Ministro condutor do voto e o fato de ser ele o relator da matéria, e em sendo seu voto o vencedor, estabelecer que a Corte Constitucional brasileira aderiu ao princípio da proibição do déficit nos termos propostos no voto, ou seja, como reverso da proibição do excesso e utilizado de maneira não proposta pela doutrina estrangeira, que o faz quando um dever de proteção não é respeitado no seu mínimo e com base na razoabilidade.

Na ADI nº. 3510, ajuizada pelo Procurador Geral da República contra a chamada Lei de Biossegurança (Lei nº. 11.105/05), que disciplina dentre outros aspectos, a pesquisa com células-tronco embrionárias, ao argumento de que tal pesquisa, autorizada pelo artigo da lei violaria o direito à vida (art. 5º., *caput*, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º., inc. III, CF), temos novamente o recurso à proibição da insuficiência no voto do Ministro Gilmar Mendes.

Frise-se que foram realizadas audiências públicas³³⁵ com a presença de técnicos no assunto para discussão da matéria e que por apertada maioria (seis votos favoráveis à constitucionalidade da lei e cinco votos por sua inconstitucionalidade) foi declarada constitucional a lei atacada. Interessa-nos, entretanto, a figura da proibição do déficit mais uma vez em discussão na Corte Constitucional.

Antes de adentrar nos argumentos trazidos em relação à proibição da insuficiência, os quais foram elencados mais uma vez pelo Ministro Gilmar Mendes, interessante trazer à baila que o caso em estudo se apresenta com os requisitos para análise

³³⁵ Sobre a audiência pública para discussão da ADI nº 3510 ver LIMA, Rafael Bellem de. Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade- A Representação Técnica das Partes no Caso das Pesquisas com Células-Tronco. *In* Jurisdição Constitucional no Brasil. Adriana Vojvodic *et al* (orgs.). Malheiros. São Paulo, 2012, pp. 245-262.

da exigência do Estado proteger bens e direitos contra a ilegítima intervenção de terceiros e que é de se discutir se houve desvalor à vida e à dignidade humana com a realização destas pesquisas científicas.

Mesmo expondo que a lei não deixa a vida – neste caso representada pelo embrião e pela célula-tronco embrionária – totalmente desprotegida, busca o Ministro Gilmar Mendes trazer o argumento que a proteção pela lei não é eficiente. Começa fazendo uma análise da legislação brasileira com a legislação de países europeus para apontar duas deficiências na lei pátria, quais sejam, a ausência do que chama de órgão de fiscalização de caráter público que centralizasse o controle das pesquisas, que pela lei só estão sujeitas aos comitês éticos das instituições a que os pesquisadores estiverem vinculados e a falta de uma garantia de que as investigações com células-tronco embrionárias só seriam realizadas de maneira subsidiária, sem pre que outros meios científicos disponíveis não fossem suficientes para as pesquisas, como por exemplo, a utilização de células-tronco de adultos.

Assim, pode se visualizar que o voto do Ministro caminha por dois trilhos e o primeiro diz respeito ao problema do dever estatal de proteção à vida, dever este que estaria sendo descumprido pelo Estado, uma vez que a proteção legal apresenta falhas que deixa a bem jurídico vida vulnerável diante de possíveis agressores, que nesta visão são os pesquisadores.

O segundo argumento do voto se prende ao princípio da subsidiariedade, trazido com base em argumentos expostos na audiência pública em que se demonstrou que a pesquisa com células-tronco de adultos pode resolver o problema sem a necessária utilização das células-tronco embrionárias. Diz em seu voto que <<existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade>>, trazendo conceito de necessariedade no aspecto proibição do excesso.

Como se vê, no mesmo voto mais uma vez a proibição do excesso e a proibição da insuficiência são trabalhadas pelo Ministro Mendes, o que por vezes confunde o intérprete pois se ao falar da necessariedade no aspecto proibição do excesso quando elenca o princípio da subsidiariedade, expõe uma necessariedade sob o manto da proibição da insuficiência quando em outro trecho do voto diz que havendo medidas

alternativas que possam ser realizadas e que favoreçam ainda mais a pesquisa, deve o Estado proteger as células embrionárias. É a confusão entre excesso e insuficiência que torna o voto mais uma vez sem uma visão didática e que leve a uma conclusão da utilização do princípio da proibição do déficit em sua inteireza.

É de se notar que há uma verdadeira possibilidade de utilização tanto da proibição do excesso quanto da proibição da insuficiência de maneira imbricada e fungível. O voto não deixa de ser o que mais traz uma utilização adequada da proibição da insuficiência quando diz que somente um artigo não basta para de maneira genérica proteger o bem vida, além de lembrar as decisões sobre o aborto na Corte Constitucional Alemã, quando diz o Ministro Gilmar Mendes que necessário se faz a criação de órgão público de fiscalização – apesar da maneira ‘ativista’ com que trata a matéria -, mas se perde no caminho quando também traz a proibição do excesso para a discussão, por desconstruir a autonomia dogmática do instituto da proibição do déficit.

No mais, o voto traz os mesmo argumentos teóricos e jurisprudenciais utilizados na ADI 3112, e verdadeira confusão com a proibição do excesso, apesar de da utilização do argumento, pois diz ser a lei insuficiente em comparação com a legislação estrangeira tanto pela ausência de órgão estatal de controle quanto pela ausência de cláusula de subsidiariedade, o que é matéria de excesso de legislação e não de ausência.

Na Proposta de Súmula Vinculante 30, que deu ensejo à Súmula Vinculante 26³³⁶, que trata da Lei dos Crimes Hediondos e que ao final propugnou ser inconstitucional por excesso a impossibilidade de progressão de regime prisional, mas que traz entendimento de que em sendo necessário pode e deve o juiz requisitar exame criminológico para progressão, sendo a faculdade do juiz, não podendo a lei impedir a realização do exame, havendo por via transversa análise da insuficiência nos errôneos termos já tratados pela Corte.

³³⁶ Súmula Vinculante nº 26 - PSV 30 - DJe nº 35/2010 - Tribunal Pleno de 16/12/2009 - DJe nº 238, p. 1, em 23/12/2009 - DOU de 23/12/2009, p. 1. Progressão de Regime no Cumprimento de Pena por Crime Hediondo - Inconstitucionalidade - Requisitos do Benefício - Exame Criminológico. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto evidencia a utilização do princípio pelo juiz, expondo que <<neste caso, era possível, por interpretação judicial, justificar um caso direto de gravidade que o próprio juiz pudesse avaliar o exame criminológico>>. A proibição da realização do exame criminológico importaria em proteção deficiente do direito à vida e à incolumidade física, bem como à segurança dos demais indivíduos. Mais uma vez o Ministro Gilmar Mendes utilizou retórica desnecessária, pois a questão estava diretamente ligada ao fato de o exame criminológico não ter sido abolido e a importância deste na formação do convencimento do julgador.

7.2.2. Deveres de Promoção Estatal

Em relação aos deveres de promoção estatal temos a jurisprudência da Corte firmada basicamente por decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes enquanto Presidente do Supremo, em suspensões de medidas liminares, tutelas antecipadas e seguranças concedidas por instâncias inferiores e que visam a corrigir omissões ou prestações materiais insuficientes praticadas por Estados e Municípios, sempre pelo Poder Executivo. Os direitos debatidos nas decisões dizem respeito à educação, à saúde e à proteção à criança e ao adolescente³³⁷.

Vê-se que as decisões guardam similitude de argumentos, mudando apenas o direito discutido. Em resumo, temos que os Tribunais de Justiça dos Estados mantiverem decisões de juízes de 1^o. grau que concederam liminares, tutelas antecipadas ou liminares em mandados de segurança. Contra essas decisões dos Tribunais de Justiça as pessoas jurídicas de direito público atingidas fundamentam pedidos na Presidência do Supremo contra as medidas dos Tribunais de Justiça Estaduais. Em todos os casos levados à Corte o Ministro Gilmar Mendes negou o pedido de suspensão e entre os argumentos trazidos disse que os Estados e Municípios teriam que arcar com a promoção dos direitos sob pena de incorrerem em proteção deficiente.

Em relação à análise do princípio da proteção deficiente de salientar que o Ministro dedica um ou dois parágrafos apenas para a fundamentação tendo como

³³⁷ Foram analisadas em relação ao direito à saúde as seguintes decisões: SL 228-7 (CE), STA 238 (TO), STA 245 (RS), STA 278-6 (AL), STA 277 (AL), STA 198 (MG), STA 318 (RS) SS 3690 (CE). Em relação à proteção à criança e ao adolescente foi analisada a SL 235-0 (TO) e em relação ao direito à educação a STA 241-7 (RJ) e a SL 263-5 (RJ).

argumento o tema, além de argumentar o interesse público, a legitimidade da decisão guerreada e a ausência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia popular.

Ao analisar a Suspensão de Tutela Antecipada 241-7 (RJ) e as Suspensões de Segurança 235-0 (TO) e 263-5 (RJ) em relação à proteção à criança e ao adolescente e o direito à educação o Ministro Mendes faz uma verdadeira contraposição entre a reserva do possível e a absoluta prioridade que devem ter esses direitos, deixando entender por vezes que não se emprestando maior ênfase a esta absoluta prioridade estaria incorrendo a pessoa jurídica de direito pública em proteção deficiente.

Já nas decisões concernentes ao direito à saúde observa-se que há lei delineando a matéria mas o executivo não a cumpre em sua inteireza, gerando a demanda judicial. O cerne das decisões é a discricionariedade e até onde pode ir esta nas decisões envolvendo a prevenção e a repressão de doenças. Também há contraponto com a reserva do possível, mas por haver geralmente uma lei a amparar o pretensão, discute-se basicamente se a lei está ou não sendo cumprida. Aqui, é possível se entender que não há omissão estatal no delineamento da política pública, mas não podemos deixar de dizer que quando ao administrador deve ser analisado se está cumprindo ou não esta política estabelecida pela legislação.

Analisando a Suspensão de Tutela Antecipada n^o. 408/BA³³⁸, houve enfrentamento explícito do tema <<proibição da proteção deficiente>> pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes. O Estado da Bahia adentrou com o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada contra ato do Tribunal de Justiça Baiano que confirmou decisão monocrática de primeiro grau para impor ao Estado da Bahia, sob pena de multa diária, fornecimento de assistência médica e água potável aos habitantes de região do Estado que estavam a consumir água com elevado nível de urânio, com padrões acima dos estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Em defesa expunha que a decisão doméstica importaria em grave lesão à ordem e à economia públicas do Estado, posto que as providências a serem tomadas estavam na alçada de sociedade de economia mista ligada ao Ministério da Ciência e

³³⁸ Suspensão de Tutela Antecipada n^o. 408/BA. Requerente: Estado da Bahia. Requeridos: Juízo de Direito da Comarca de Caetité. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 18 de março de 2010. Relator Ministro Gilmar Mendes.

Tecnologia – Indústrias Nucleares do Brasil S/A -, eis que tal órgão é quem explora o urânio na região.

Recorre o Ministro Gilmar Mendes ao argumento-tema proibição da proteção deficiente, para expor que na dimensão objetiva temos o direito à organização e ao procedimento, com o Estado obrigado a criar órgãos e estabelecer procedimentos para uma vida saudável. Traz a lume, ainda, o senhor Ministro, o princípio da precaução, impondo ao Estado o dever de evitar riscos, protegendo o cidadão contra a ingestão excessiva de urânio.

Em resumo, pois, temos omissões do Poder Executivo na promoção de prestações materiais que são assinaladas em direitos fundamentais, utilizando-se o instituto da proibição da insuficiência na quase totalidade dos recursos (após as audiências públicas sobre fornecimento de medicamentos não mais se utilizou o recurso do princípio, como se vê na STA 175 - CE, STA 178 - CE e STA 244 - CE), agora permanecendo com a falta de desenvolvimento dogmático que se esperava, em especial com relação ao conteúdo do princípio e sua real aplicação.

Na colisão entre o princípio da separação de poderes e proteção constitucional de direito fundamental, temos que a utilização do princípio da proibição da proteção deficiente aos deveres de promoção é plenamente possível³³⁹, não será esta a crítica dirigida às decisões apresentadas, mas à insuficiência dogmática, à ausência de conteúdo apresentadas nas decisões monocráticas.

Como demonstrado, o objeto da análise judicial são as omissões executivas que quando constatadas levam à condenação do ente federativo à promoção do direito fundamental discutido, e pela urgência e importância deste direito geralmente tais decisões são concedidas em caráter cautelar. A matéria chega ao Supremo Tribunal Federal sempre por iniciativa do Estado que diz não ter condições financeiras de suprir a

³³⁹ Luís Fernando Matricardi Rodrigues parece não conceber o princípio da proibição do déficit aplicado aos deveres de promoção, ao dizer que ao aplicar o princípio aos deveres de promoção, o Judiciário promove uma <<concepção ampla>> do princípio, não o vinculando a nenhum dever de proteção e a nenhuma ação de terceiro. Neste sentido RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em 16 de fevereiro de 2014. Como já demonstrado no decorrer do trabalho, somos contrários a este entendimento, eis que perfeitamente concebível a utilização do princípio da proibição do déficit em todo e qualquer dever de ação estatal, seja de proteção ou promoção.

demanda. Ao analisar o pleito, a decisão da Presidência da Corte além de trazer à baila a ausência dos requisitos legais para a suspensão da medida de urgência (interesse público, ilegalidade e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), inova ao trabalhar o princípio da proibição do déficit.

Na análise dos argumentos trazidos pela parte o Ministro Mendes sempre observa não haver qualquer lesão à ordem e à economia, mencionando a proibição da insuficiência como norte a ser seguido pelo Estado no cumprimento do dever de promoção.

Há uma análise da suficiência da política pública na decisão do Supremo Tribunal Federal, e não apenas da decisão judicial atacada, pois quando exige a providência estatl com base na insuficiência de promoção do direito fundamental inova no fundamento e vai além do que já fora discutido nas instâncias inferiores.

Quanto ao argumento <<proibição da insuficiência>> entendemos que andou bem o Presidente do Supremo Tribunal, não havendo muito a se reparar quanto à aplicação do princípio, a não ser quando é confundido com a proibição do excesso nas argumentações da decisão, ao dizer que não houve excesso nas decisões anteriores quando do deferimento das liminares.

O que tem a se reparar é o confronto entre a reserva do possível diretamente com o princípio da proibição da insuficiência, mencionando que o princípio da separação de poderes e a possibilidade de lesão à economia pública não pode retirar do Estado o dever de cumprir as ações inscritas na Constituição. A rigor, o que deve ser realizado é analisar o recurso financeiro e sua influência na realização do dever de ação, observando que quanto maior a necessidade do mínimo existencial, mais reduzida fica a discricionariedade do órgão estatal e maior o controle judicial, sendo a proibição da insuficiência um elemento externo aos deveres de ação, que será levando em consideração somente após o confronto entre o mínimo existencial e a reserva do possível, justamente quando o patamar atingido não corresponde a esta suficiência exigida pelo princípio.

O que mais se combate nas decisões é que não houve desenvolvimento dogmático do princípio, mas mera repetição de julgados em decisões subsequentes e não houve qualquer atenção à estrutura e forma de aplicação, mas uma mera coletânea de julgados e pequena observação de que não se seguiu o princípio da proibição do déficit,

sem o necessário exame das medidas estatais e se com tais medidas estaria ou não incorrendo o Estado em omissão ou deficiência à luz da razoabilidade e do mínimo existencial.

Em relação à segurança pública e tocando no termo <<insuficiência>> houve enfrentamento do caso pela Corte Constitucional brasileira no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 367.432/PR, em 20 de abril de 2010³⁴⁰, com relatoria do Ministro Eros Grau, confirmando decisão do mesmo Ministro nos autos de Recurso Extraordinário, por unanimidade, em condenar o Estado do Paraná a contratar servidores, comprar munições, armamentos e construir delegacias e cadeias, prestando assim a segurança pública mínima à sociedade, sendo decisão que sai da alçada do Ministro Gilmar Mendes. Em monocrática no recurso extraordinário o relator expõe que << o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental>> expondo ainda que a inconstitucionalidade por omissão << pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público>>.

O Ministro Eros Grau colaciona ao fundamento o que fora dito exposto na ADPF 45, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, e diz que a jurisdição traz em si uma dimensão política quando há abuso na atividade governamental, quer por ação ou omissão, com necessidade, nos casos de omissão, da necessária efetividade da dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Em visão concorrente temos decisão da Ministra Ellen Gracie nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 559.646³⁴¹ também oriundo do Paraná, em 7 de junho de 2011, o Supremo Tribunal manteve o entendimento anterior negando seguimento ao Agravo e mantendo decisão monocrática que determinava o retorno dos autos ao TJPR para apreciação de recurso de apelação, que não tinha sido julgada no mérito e que ensejava pedido de nomeação de delegados, investigadores e escrivães, além de recursos para atividades-fim, cujo processo fora extinto sem resolução meritória sob o argumento do princípio da separação de poderes.

Modificando entendimento anterior evidenciado no RE n.º 279.455/SP, que negou pretensão do Ministério Público de reforma em cadeias públicas no Estado,

³⁴⁰ AgR em RE n.º 367.432/PR, publicado no Diário da Justiça no dia 14.5.2010.

³⁴¹ Publicado no Diário da Justiça no dia 24.6.2011.

adequando as celas ao padrão mínimo exposto na Lei n.º 7.210/84, com padrão mínimo de salubridade e higiene, e o argumento da decisão foi a violação à separação de Poderes, mesmo com legislação infraconstitucional regulamentadora, pelo que se observa que foi a decisão do Ministro Eros Grau que influenciou o tema nesta matéria.

Na Suspensão de Tutela Antecipada de número 419³⁴² o tema novamente entra em debate com decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal garantindo a transferência de presos que se encontravam em situação desumana em delegacias de polícia, bem assim a construção de novas unidades prisionais, sob o argumento de que há um imperativo de tutela a vedar a proteção deficiente dos indivíduos sob custódia do Estado.

De todas as decisões em matéria de deveres promocionais talvez a que mais traga um conteúdo ao princípio da proibição da insuficiência seja a proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 1.698, que teve julgamento em 2010, cujo pedido realizado por partidos políticos era de que se declarasse a omissão do Executivo em se cumprir a Constituição no seu preceito de <<erradicar o analfabetismo do país e implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros>>³⁴³. Na decisão, com relatoria da Ministra Carmén Lúcia, delinea-se o que seja omissão inconstitucional e confronta os argumentos da parte autora e as providências governamentais adotadas para se atingir o preceito constitucional e apesar de elucidar que muito se tem a fazer na matéria educação fundamental e erradicação do analfabetismo, conclui que não há como se afirmar inércia da Presidência da República neste aspecto.

É decisão que mesmo sem se afirmar o termo <<proibição da insuficiência>> traz em seu bojo a análise do instituto em sua concepção de conteúdo mínimo obrigatório a ser seguido pelo Estado, pois mesmo expondo que o mínimo a ser seguido em matéria constitucional não era o suficiente para erradicar a pobreza e dar níveis mínimos de educação entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Estado não permaneceu omissor por não cumprir a finalidade constitucional, já que fez o mínimo. Até então não tínhamos um conteúdo de proibição de proteção insuficiente apesar das várias decisões que mencionavam o instrumento e justamente em uma decisão cujo termo não é utilizado nasce na Corte Constitucional uma delimitação de conteúdo.

³⁴² STA 419-RN, publicada no Diário da Justiça no dia 22.4.2010.

³⁴³ Com fulcro nos arts. 208, I e 214, I, ambos da Constituição Federal.

7.2.3. Não enfrentamento da matéria pelo STF

Neste tópico buscaremos analisar decisões em que se deveria ter a utilização do princípio da proibição da proteção deficiente e o Supremo Tribunal Federal calou.

Também com contornos penais, já havia anúncio de que a matéria deveria ser tratada em julgamento de ação anterior³⁴⁴. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental³⁴⁵ n^o 54, em que o Supremo Tribunal Federal foi instado a responder se a interrupção da gravidez nos casos em que o feto possui a anencefalia, que é uma má formação congênita, seria caso de aborto a ser tipificado nos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro³⁴⁶.

Com relatoria do Ministro Marco Aurélio, que de plano concedeu liminar pela inconstitucionalidade da tipificação de abortamentos de fetos anencefálicos, o caso foi a julgamento pelo plenário. Com semelhanças aos casos decididos na Alemanha em relação ao aborto, é levado ao Supremo o dever estatal de proteção da vida que seria estendido a qualquer nascituro em contraposição a obrigar uma mulher a levar até o final uma gestação com mínimas (ou nenhuma) chance de sobrevivência intrauterina.

A diferença trazida no presente caso é a necessidade ou não de o Estado proteger um nascituro enfermo, que não terá condições de sobrevivência, mas os Ministros que votaram pela inconstitucionalidade da tipificação do abortamento de fetos anencefálico não enfrentaram a questão dos deveres de proteção estatal em relação aos fetos, mesmo quando estes têm deformações, preferindo expor nos votos que o Estado tem o dever de proteger a liberdade individual, a saúde e a integridade física e psíquica da gestante. Assim, no Brasil, diferentemente da Alemanha, optou-se quando se enfrentou o

³⁴⁴ O Ministro Gilmar Mendes já anunciava quando do julgamento da ADI 3510 (Biossegurança) que << em future próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF n^o 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma decisão manipulative com eficácia aditiva>>. (voto, p. 34)

³⁴⁵ Nos termos da Lei n^o. 9.882/99, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1^o, *caput*). Já o seu parágrafo único diz que também cabe a ação quando for relevante o fundamento da contriversia constitucional sobre lei ou ato normative federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (que é o caso desta ADPF n^o. 54).

³⁴⁶ Colocar artigos

tema pela primeira vez, em proteger a gestante ao invés do feto, mesmo que neste caso o feto esteja em condições especiais de desenvolvimento³⁴⁷.

Esperava-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, que já anunciara a discussão na ADI 3510 (Biossegurança) e devido ao seu estudo do direito alemão e sua constante aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente. Nada se falou. Quem ainda trouxe contornos sobre o direito à vida foram os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber e Joaquim Barbosa, que entenderam ser atípica a conduta de abortamento, pois não existia vida intrauterina no aspecto jurídico, pelo impossibilidade de vida extrauterina e por não ser o direito à vida absoluto.

Poderia ter se analisado a ponderação entre a vida intrauterina e a liberdade de conformação da gestante e se ao permitir o abortamento o Estado estaria agindo de maneira insuficiente, mas a discussão enveredou por outros aspectos e quando poderíamos ter uma boa oportunidade de aplicação do princípio, o Supremo preferiu silenciar.

Na ADI 1.856-6-RJ³⁴⁸ objetivava-se a permissão das rinhas de galo no Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o senhor Ministro Celso de Mello, e, apesar de se destinar o acórdão a declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, transversalmente impõe ao administrador o dever de proteção ao ambiente suficiente e eficiente, até porque o Governador do Estado interveio na ação, pedindo sua improcedência, sob o argumento de que <<não se enxerga na lei atacada onde ela possa agredir o meio ambiente, ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade>>. O tema, entretanto, não foi mencionado de forma direta.

A Lei Estadual Fluminense n^o. 2.895/1998 é discutida por autorizar a competição entre aves não pertencentes à fauna silvestre em total afronta ao preceito

³⁴⁷A ação foi julgada em 12.04.2012 e possui a seguinte ementa: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

³⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o. 1.856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 14 de outubro de 2011. Questões semelhantes foram enfrentadas na ADI 1.856-6-RJ, ADI 2.514-7-SC e ADIN 3776-RN.

constitucional que proíbe a crueldade contra animais – art. 225, parágrafo 1º, VII, Constituição Federal³⁴⁹.

Na peça defensiva, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro invocou, em resumo, que: 1) a fauna protegida pela Constituição é a fauna silvestre e não animais domesticados; b) que as competições são manifestações culturais, inclusive gerando muitos empregos. Parece que com a lei abusos não existiriam e haveria como se conter excessos. Não sabe ou não quer saber a defesa que a simples briga de galo já é um excesso.

O acórdão declarou a inconstitucionalidade da lei estadual, expondo por via reflexa que o Poder Executivo do Rio de Janeiro deve proteger o Estado contra toda e qualquer prática que importe em crueldade contra os animais. A lei seria objeto muito interessante análise do princípio em relação à dignidade dos animais, até modificando um pouco os requisitos primários de análise do princípio.

No caso da importação de pneus usados³⁵⁰ o STF poderia novamente ter enfrentado o tema. Pode parecer matéria estranha ao estudo, pois no caso em exame temos um particular reclamando prestação positiva do Estado em permitir a importação de pneus usados, alegando a livre concorrência, com a União expondo que tal importação causaria lesão ao meio ambiente. Ora, o que temos em relação ao princípio estudado? No bojo do acórdão, diz a Ministra Ellen Gracie que permitir a importação de pneus usados, não bastasse os que aqui já são consumidos, implicaria degradação ambiental.

No confronto de princípios, quais sejam, a livre concorrência e a preservação ambiental, a Corte Constitucional mesmo que implicitamente, analisou a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Ao analisar a razoabilidade observou-se que a proibição da importação de pneumáticos era razoável e não inviabilizaria a atividade do agravante, eis que poderia comercializar o produto local. O lucro do agravante deve se compatibilizar com o interesse público de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³⁴⁹ Art. 225:

Parágrafo 1º. – Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público:

.....

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade.

³⁵⁰ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 118-6/RJ. Agravante: TAL Remodelagem de Pneus Ltda. Agravado: União. Interessado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 29 de fevereiro de 2008. Relatora Ministra Ellen Gracie.

Quanto à dignidade humana, temos que restou decidido que a importação dos pneumáticos traria sérios riscos ambientais. O viés desta decisão se repetiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 101/DF³⁵¹, em que a Suprema Corte decidiu pelos mesmos fundamentos proibir a importação de pneumáticos usados, pondo fim à questão.

7.3. A errônea aplicação do princípio da proibição de insuficiência pelo STF

Busca-se neste tópico demonstrar que o Supremo Tribunal Federal não aplica o princípio da proibição da proteção deficiente de maneira correta. Far-se-á aqui sempre uma comparação com a teoria elencada no estudo como sendo a correta, qual seja, a que traz os elementos da razoabilidade e do mínimo existencial como os que devem ser ponderados.

O que se trata neste capítulo, entretanto, não é somente a falta de encaixe da Corte Constitucional à teoria tratada como a correta para se analisar o princípio, mas a total falta de apego dogmático ao tema, com aplicação fora de contexto e que foi responsável pelo enfraquecimento do princípio na própria Corte, tanto é que nos anos de 2013 e 2104 não se visualizou na página oficial da Supremo Tribunal Federal a menção em nenhuma decisão ao princípio da proibição do déficit.

Divide-se o estudo em três subtópicos, quais sejam, a aplicação com falta de autonomia dogmática, a aplicação quando se deveria utilizar outro argumento ou quando não se tem argumento válido e a utilização tendo como pano de fundo o chamado <<ativismo judicial>>, mas não haverá mais qualquer divisão entre os julgados, mas apenas menção aos julgados que contribuíram para os erros de interpretação apresentados, bem como um mesmo julgado poderá ser mencionado mais de uma vez por se encaixar em mais de um subtópico.

7.3.1. a aplicação com falta de autonomia dogmática

A aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal é marcada pela total ausência de suficiência dogmática. Observa-se, como já dito, uma coletânea de citações a autores alemães, com primazia para Claus

³⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 101/DF. Requerente: Presidência da República. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 04 de junho de 2012. Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Canaris, bem como coletânea de decisões da Corte Constitucional Alemã, mas sem nenhuma análise crítica do princípio.

O que se vê já na primeira decisão (RE 418.376-5) é uma proibição do déficit como reverso da proibição do excesso, em um claro controle de constitucionalidade de lei penal. Diz o Ministro Mendes em seu voto que << dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos>>, e não poderia ser diferente a conclusão do Ministro, eis que alicerçada no pensamento de Ingo Sarlet e Lênio Strreck, que assim se posicionam na doutrina brasileira.

Em voto mais elaborado, inclusive com diferenciação quando da utilização da proibição do excesso e da proibição do déficit, traz novamente o Ministro Gilmar Mendes continuação de seu pensamento na ADI nº. 3.112/DF, que propugnava o controle de constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento. Sem demonstrar qualquer diferença entre deveres de respeito e deveres de proteção e sem qualquer desenvolvimento de que a proibição do déficit deve ser trazida quando os deveres de proteção não atingem o mínimo existencial com base na razoabilidade, o voto oscila e diz que há excesso nos aspectos processuais da lei e insuficiência de proteção para assim manter tipos penais incriminadores, quando apenas com a proibição do excesso resolveria a questão. Socorresse do critério trifásico utilizando assim duas correntes doutrinárias que se assemelham para tentar explicar o princípio, sem qualquer êxito.

Quando se tem pela primeira vez o argumento da proibição da insuficiência a ser trazido por Ministro diverso, qual seja, Ricardo Lewandowski, a comunidade jurídica esperava análise diversa e com maior aprimoramento do conteúdo, mas a continuidade de argumentos foi o cerne do voto, cuja única diferenciação se deu em relação à matéria discutida, que fora a Lei dos Registros Públicos. Repetiu-se o que foi dito por Gilmar Mendes e nem citação aos votos anteriores houve nesta decisão, dando a impressão que o novo se instaurava no Supremo quando em verdade repetia-se o que fora dito de maneira incompleta no passado recente.

Em praticamente todas as demais decisões monocráticas e acórdãos em relação aos deveres de proteção prolatados pela Corte foram repetidos os argumentos da

proibição do déficit como reverso da proibição do excesso, com certa fungibilidade entre os institutos. Nada muda também em relação aos deveres de promoção, havendo nestes apenas a novidade de contrapor de maneira errônea o princípio da proibição do déficit com a reserva do possível.

Interessante é que mesmo optando pela teoria da ausência de suficiência dogmática, a maioria das decisões não faz o controle de viabilidade, a análise da necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, e quando o faz, como na decisão da ADI 3.112/DF utiliza os mesmos critérios da proibição do excesso, quando é cediço que o subprincípio necessidade na proibição do déficit está ligado à efetividade, ou seja, busca-se a resposta se houve a efetividade necessária e a proporcionalidade em sentido estrito busca o meio mais efetivo e que não restrinja demais o direito de terceiro, o que não é trabalhado na proibição do excesso.

O que deveria ser tratado como uma integralização do garantismo penal, pois grande parte das decisões diz respeito à matéria penal, transformou-se em uma utilização de princípio que como trabalhado pelo Supremo Tribunal Federal traz forte constrate com o princípio da separação de poderes, eis que como se observou nos votos do Ministro Gilmar Mendes (que basicamente tem a quase totalidade dos votos sobre a matéria), a exemplo da ADI nº. 3510, que tratou do tema Biossegurança, o Supremo seria um legislador positivo, interferindo de maneira direta na atividade legislativa.

7.3.2. a aplicação como “princípio esponja”

A palavra <<esponja>> tem seu significado primário como sendo <<designação comum aos animais invertebrados do filo dos políferos ou espongiários, geralmente marinhos, que têm o corpo provido de poros, canais e câmaras por onde a água penetra e sai>>³⁵², podendo também ser designada como <<qualquer objeto constituído de material macio, poroso e absorvente>>³⁵³, e é com a utilização da palavra enquanto metáfora que procuraremos explicar neste tópico que o princípio da proibição do déficit está sendo utilizado quando não se tem argumento válido para se apresentar no caso concreto.

³⁵² Visualizado em <http://br.significado.de/esponja>. Acesso em 22 de maio de 2014.

³⁵³ Visualizado em <http://br.significado.de/esponja>. Acesso em 22 de maio de 2014.

Tal qual uma esponja, porosa e absorvente, o princípio da proibição da insuficiência permite que o intérprete o utilize sem qualquer elaboração dogmática para justificar posicionamentos que não se encaixam em qualquer outro argumento sólido. Essa porosidade do princípio deflui justamente de sua recente entrada no mundo jurídico brasileiro e se sua errônea utilização.

Também se poderia designar o princípio da proibição do déficit tal qual é utilizado no STF como princípio-ornamento, por servir na maioria das vezes como um enfeite trazido pelos Ministros para corroborar argumentos anteriormente expedidos, mas se preferiu o vocábulo <<esponja>> justamente pela porosidade que os votos no Supremo atribuem ao princípio, capaz de tudo absorver em matéria de argumento para justificar a posição adotada.

A prova de que se trata de argumento por vezes desnecessário é que em nenhuma decisão o argumento proibição do déficit foi único, mas sempre acompanhado de algum outro argumento, e a prova é que até hoje a Corte não reconheceu precedente judicial em qualquer das decisões³⁵⁴.

Sendo carente de um verdadeiro desenvolvimento dogmático sobre o tema, o STF até busca um embasamento teórico na doutrina alemã, mas não define um modelo, não respondendo nenhuma questão que a própria Corte propõe na análise do tema³⁵⁵.

A prova de que é argumento agregado é que apesar de na ADI 3112 (Desarmamento) e na ADI 1800 (Registros Públicos) constituir argumento que integra decisão majoritária, não é o fundamento que consta do acórdão, mas apenas de forma indireta na ADI 1800, pois foi o voto-condutor. Na ADI 3510 (Biossegurança) mesmo sendo voto divergente e minoritário, o fundamento da divergência baseado na insuficiência da proteção também não integra o acórdão, mas o fundamento da divergência do Ministro Celso de Mello que exigia diagnóstico da anencefalia constou do acórdão.

³⁵⁴ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às Voltas com a “Navalha de Ockham”: uma “Proibição de Insuficiência” como Controle de Proporcionalidade das Omissões? *In* Jurisdição Constitucional no Brasil. Adriana Vojvodic *et al* (orgs.). Malheiros. São Paulo, 2012, pp. 331-332.

³⁵⁵ ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 39.

O argumento pode ser considerado desnecessário quando se observa decisões do STF que sempre o utilizavam e que sem qualquer motivação válida passam a não mais utilizar o argumento proibição da insuficiência, mas continuam a decidir no mesmo sentido.

É o caso das decisões monocráticas da Presidência no período compreendido entre 2008 e 2009, em que nove manifestações utilizaram o princípio da proibição do déficit para justificar omissões executivas nos mais diversos temas relacionados ao direito à saúde, como criação de leitos em hospitais públicos, gratuidade de medicamentos constantes ou não da lista do Sistema Único de Saúde e oferecimento de tratamento odontológico³⁵⁶ e após a realização de audiência pública sobre concessão de medicamentos, mudou-se o fundamento mas sem alterar o resultado da decisão.

Três são as decisões monocráticas após a audiência pública sobre a concessão de medicamentos pelo estado federado do Ceará: STA 175, STA 178 e STA 244. Todas foram julgadas no mesmo dia (18.09.2009), com a mesma estrutura decisória e o mesmo resultado, que foi o indeferimento do pedido de suspensão de liminar, mas ao contrário das decisões anteriores, o princípio da proibição do déficit foi esquecido da fundamentação, bem como o confronto entre reserva do possível e mínimo existencial³⁵⁷. No lugar de tais argumentos, as impressões do Ministro Mendes sobre a audiência pública realizada, trazendo ao texto depoimentos de especialistas que se conformavam ao seu entendimento.

Não se observa mudança de entendimento, mas mudança de argumento sem qualquer explicação teórica para tanto. É como se os novos argumentos simplesmente bastassem para fundamentar o pensamento e a <<esponja>> que a tudo absorve por ser porosa, fez retornar ao mundo doutrinário os argumentos anteriormente trazidos, por serem agora desnecessários.

Com essa postura a Corte Constitucional brasileira demonstra total falta de consideração ao princípio até então utilizado em decisões recentes e sobre o mesmo tema e que serviram para embasar o julgamento, demonstrando que a ausência de

³⁵⁶ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografias/158_MLF.pdf, p. 71. Acesso em 22 de maio de 2014.

³⁵⁷ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografias/158_MLF.pdf, p. 75. Acesso em 22 de maio de 2014.

elaboração de conteúdo levou à utilização do princípio apenas como um ornamento e até que outro enfeite de melhor estética passasse a ser utilizado.

7.3.3. O “ativismo judicial” tendo como pano de fundo o princípio da proibição da insuficiência.

Neste tópico mostraremos as decisões envolvendo o princípio da proibição da insuficiência que tiveram caráter ativista, mas não sem antes tentar demonstrar, mesmo sem ser este o propósito do estudo, o que vem a ser entendido por ativismo judicial e ao final caracterizar os votos e acórdãos com este viés de ativismo judicial.

Falar em ativismo judicial é falar na tensão existente entre os direitos fundamentais e a democracia, sendo este fenômeno mais latente após a concepção de Estado Social, apesar de que fora concebido nos Estados Unidos da América³⁵⁸ e utilizado em primeiro momento para a defesa dos direitos fundamentais. O certo é que nesta disputa entre os direitos fundamentais e o poder da maioria se encontra o poder judiciário com a incumbência de guardar a Constituição e de decidir os casos a ele levados.

Utilizado em linguagem jornalística pela primeira vez, tem a doutrina jurídica a responsabilidade de emprestar um conteúdo ao termo ativismo judicial. E a resposta a esta indagação não é fácil de ser apontada pela doutrina, pois a rigor o ativismo judicial é um comportamento apresentado pelos juízes em suas sentenças e têm um conceito que depende da visão do observador, se neoconstitucionalista ou positivista³⁵⁹. A quem diga que o ativismo judicial seja uma expressão sem definição certa, como tantas existentes no meio jurídico, e que apesar de sua imprecisão é utilizada amplamente, e do mesmo modo que sua terminologia é imprecisa, seu uso no meio acadêmico da prática jurídica também o é, pois por vezes utilizado sem conotação técnica e por aqueles que

³⁵⁸ A doutrina aponta a utilização pela primeira vez do termo <<ativismo judicial>> no ano de 1947, em revista denominada *Fortune*, em artigo intitulado *The Supreme Court*, em que o jornalista americano Arthur Schlesinger se reportava aos juízes da Suprema Corte Americana e a tendência na Corte a interpretar a Constituição para garantir direitos. GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em 22 de maio de 2014. Também vem dos Estados Unidos da América registro da ideia de supremacia da Constituição sobre as leis e onde primeiro se discutiu o controle judicial das leis em face da Constituição.

³⁵⁹ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012, pp. 311-312.

estão a discordar da decisão guerreada³⁶⁰. Neste estudo evitaremos esse viés pejorativo dado ao ativismo, sem qualquer embasamento teórico, mas explicitaremos as correntes que o estudam, sem se descurar que há quem entenda o ativismo ser algo negativo, mas travando estudo para explicar o posicionamento.

O neoconstitucionalismo traz em si a busca por um novo modelo de Estado, baseado nos valores da dignidade da pessoa humana, justiça e bem comum, vinculando o direito e a interpretação neste sentido, com a busca de uma constante concretização constitucional. Esse pensamento neoconstitucionalista tem em sua base de atuação um controle maior sobre a atividade legislativa e as políticas públicas³⁶¹.

Assim, para a corrente neoconstitucionalista, o ativismo judicial vem a ser uma atitude proativa do magistrado na interpretação da Constituição, com o objetivo de expansão de seu alcance e significado, utilizado quando o processo político restou inerte ou demorado³⁶². Assim, para esta corrente não tanta tensão com o princípio da separação de poderes pois o judiciário apenas tem uma participação mais acentuada, quando da inércia dos poderes Executivo e Legislativo.

Já o positivismo jurídico encara o direito como um fator social sem qualquer valoração a respeito, ou seja, aplicam as normas vigentes quer ou não estas correspondam ao ideal de justiça social. Para os positivistas a valoração das normas já foi realizada quando do processo legislativo e assim não cabe ao judiciário está valorando a norma legal.

³⁶⁰ BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. In *Direito Público. Síntese*. Nº 46. Jul/Ago/2012, Brasília, p. 225.

³⁶¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 26-29. Essa linha de atuação tem como inspiradores os constitucionalistas Ronald Dworkin e Robert Alexy. Na doutrina de Alexy há a separação de regras e princípios e um modelo de solução de conflitos envolvendo as figuras jurídicas. Na colisão entre dois princípios, deve-se levar em conta a ponderação de valores. No conflito entre regras, uma será invalidada e a outra considerada válida. Já no conflito entre princípios e regras de valor constitucional, a rigor a regra deveria prevalecer, pois com maior grau de certeza, e neste aspecto é que os neoconstitucionalistas por vezes distoam, pois na ponderação dão grande razão aos princípios. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 85 e ss. Já para Ronald Dworkin os juízes devem ser guiados por princípios e estes justificam a decisão que concede direito ao indivíduo ou grupo. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2011, p. 129.

³⁶² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In *Constituição e Ativismo Judicial. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho *et al.* (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, pp. 276-278.

Na visão positivista o ativismo tem uma conotação negativa e significa um exercício jurisdicional para além do que lhe impõe a própria Constituição, que é a solução de litígios³⁶³. Há uma desnaturação da atividade judiciária que na criatividade das decisões desrespeita os demais poderes, com a elaboração de decisões com componentes aditivos e substitutivos ao ordenamento jurídico, deixando sua função de intérprete do direito para a função de elaborador do direito, em forte confronto com a separação de poderes³⁶⁴.

Afora a questão de correntes doutrinárias, é de salientar que o ativismo não é um conceito unívoco, mas que varia de Estado para Estado, também sendo levado em consideração fatores externos que colaboram com a postura ativista. Nos países em que se aplica o sistema do *common law* a figura do ativismo é bem mais aceita pois a jurisprudência é fonte do direito. Já no sistema do *civil law*, onde em regra a jurisprudência não é considerada fonte do direito, há uma maior limitação da atividade judiciária, pois se deposita na lei a resolução dos conflitos de interesse³⁶⁵.

A figura do <<precedente>> no sistema *common law* faz a jurisprudência assumir papel de destaque, criando de fato direito e vinculando tanto o tribunal que o evidenciou quanto os tribunais inferiores vinculados àquele que criou o precedente³⁶⁶. Criando o direito, a Corte Constitucional diz o que se encontra na Constituição. Neste aspecto, ativista é o tribunal que pelo sistema do *civil law* realizada a criação do direito nos termos do *common law*.

Não que no sistema do *civil law* seja proibida a atividade criativa do direito, mas tal criação deve ter por fundamento a lei, com menor liberdade criativa do juiz

³⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 129. Importante texto sobre esta linha de raciocínio é o escrito pelo Professor Carlos Blanco de Moraes, expondo em síntese que <<a garantia dos direitos sociais pela Justiça Constitucional não poderá deixar de ser adequada ao princípio da separação de poderes, aos recursos do Estado social e ao mandato do legislador democrático>>. MORAIS, Carlos Blanco. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?* In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, *Stvdia Ivridica* n. 104. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 612.

³⁶⁴ PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral*. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012, p. 322.

³⁶⁵ Para um melhor estudo sobre os sistemas de Direito, ver DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito Comparado*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes Editores, 2002.

³⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 17.

ao passo que no *common law* a criação judiciária é parte integrante do sistema, o que para os positivistas torna o ativismo mais facilmente identificável no sistema *civil law*³⁶⁷.

Não se pode negar que ao decidir o juiz cria direito, sendo passível de análise o limite da atividade criativa pelo magistrado. Atuando no caso concreto e dentro do sistema existente em seu País, diz-se que a atividade criadora está plenamente dentro dos padrões. O ativismo ocorre quando o magistrado atua além do balizamento legal, criando direito para condutas gerais e abstratas, no chamado ativismo inovador³⁶⁸, indo além da interpretação própria da divisão de poderes.

Aqui não é decisivo a corrente a se filiar para o conceito de ativismo pois se neoconstitucionalista ou positivista, pois ao se analisar as decisões da Corte Constitucional brasileira o que importa é visualizar quando estas serviram para concretização dos direitos fundamentais com sentenças aditivas ou modificativas do conteúdo da legislação ou ainda quando as decisões provocaram interferência nos demais Poderes, quer no aspecto normativo ou nas políticas públicas.

Certo é que a Corte Constitucional brasileira principalmente após a década de 80 vem imprimindo uma feição mais ativista às suas decisões. Diz Inocêncio Coelho Mártires que o Supremo Tribunal Federal é costumeiro em criar direito novo, mas sempre que o faz tem a cautela de anunciar que as normas que emergem de seus julgados foram extraídas da própria Constituição, onde se encontravam latentes ou implícitas, esperando o exato momento de fazerem parte do mundo dos fatos³⁶⁹.

Ao adentrarmos no paralelo entre as decisões envolvendo o princípio da proibição da proteção deficiente e a feição ativista de tais decisões, faremos expondo as condições que deixam o ativismo judicial mais executável e assim buscar não os motivos para o ativismo mas como já dito o campo que o torna apazível e confortável nessa atuação judicial mais arrojada.

³⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 107.

³⁶⁸ Para Elival Pereira Ramos o ativismo inovador é algo reprovável, pois ultrapassaria os limites do poder judiciário no sistema de separação de poderes. Alerta-se, todavia, que o autor segue a linha do positivismo jurídico e assim entende essa função criadora como uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 116-117.

³⁶⁹ MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. *Ativismo Judicial ou criação do Direito*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em 22 de maio de 2014.

Mesmo considerando um fenômeno comportamental, Marcelo Caon Pereira expõe que o ativismo é pautado também por fatores externos que catalisam o seu movimento. Denominando como <<condições favoráveis à ocorrência de ativismo judicial>>, o autor expõe o neoconstitucionalismo, os instrumento de controle de constitucionalidade, a crise da democracia representativa e a judicialização dos fatos da vida³⁷⁰ como fatores que facilitam uma posição ativista do Poder Judiciário.

O neoconstitucionalismo, marcado por uma valorização de princípios como o da dignidade da pessoa humana, justiça e bem comum tem forte influência no pensamento jurídico brasileiro³⁷¹ e em especial no Supremo Tribunal Federal quando o argumento utilizado é o princípio da proibição da proteção deficiente. O princípio é quase sempre utilizado para a garantia do mínimo existencial e de uma justiça distributiva, ainda que em detrimento de outros princípios, regras e fatores externos, como a separação de poderes, a reserva do financeiramente possível e a reserva do politicamente oportuno.

Vê-se a conotação do neoconstitucionalismo em diversas decisões monocráticas da Presidência do Supremo Tribunal na gestão do Ministro Gilmar Mendes em relação à educação, saúde e proteção da criança e do adolescente³⁷², bem como no voto do mesmo Ministro na ADI 3510, que versava sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Nas decisões monocráticas a visão de justiça distributiva é clara, com assunção de competência em detrimento da omissão executiva. Nas decisões em relação ao direito à saúde há clarividente determinação ao Executivo de que em detrimento da opção executiva, seja fornecida a prestação indicada pelo Judiciário.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade brasileiros também são fatores que determinam uma posição mais ativista dos tribunais brasileiros. Sem adentrar no controle difuso, eis que o estudo se resume à atuação do STF, temos que as ações constitucionais, em especial o Mandado de Injunção e sua interpretação pela Corte constituem clara manifestação de sentença de caráter aditivo pelo Tribunal. O Supremo

³⁷⁰ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012, pp. 323-330.

³⁷¹ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012, p. 325.

³⁷² A título de exemplo a SL 235-0 (TO), a STA 241-7 (RJ) e a SL 228-7 (CE).

Tribunal demonstrou no julgamento do *Habeas Corpus* n^o. 82.959, julgado em 23 de fevereiro de 2006, em que se discutia dispositivo que vedava a progressão de regime a quem cometesse crime considerado hediondo que o controle de constitucionalidade na Corte não é realizado com base em dispositivos constitucionais específicos mas em princípios como o da dignidade da pessoa humana. A norma foi considerada inconstitucional com fulcro unicamente no confronto entre a regra legal e os princípios constitucionais.

Nesse sentido, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade presta-se menos a uma efetivação do princípio democrático e mais a uma concretização dos direitos fundamentais, na visão ativista aqui exposta³⁷³.

A crise da democracia representativa talvez seja um fator preponderante no alargamento de competência da Corte Constitucional brasileira, pois a inércia proposital de quem deveria legislar por vezes transfere comodamente ao Judiciário a responsabilidade de criar o direito em matérias sensíveis.

A omissão legislativa da regulação jurídica, em especial relacionada aos direitos fundamentais, demonstrando um desvalor do legislador pátrio em relação aos reclamos da cidadania, e a proteção ineficaz do Executivo, faz com que o Judiciário interfira, por vezes de maneira ilegítima, nas políticas públicas, com invasão na política orçamentária e no planejamento político-administrativo³⁷⁴. No campo dos deveres de proteção o exemplo que melhor satisfaz ao tema é o do Mandado de Injunção n^o. 670/ES, no qual houve suprimento de omissão legislativa referente ao direito de greve de servidores públicos civis, fixando prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria³⁷⁵ e as decisões subsequentes que concederam, inclusive com efeito *erga omnes* o direito de greve aos servidores públicos civis com base no direito de greve para os servidores do setor privado. No tema proibição da proteção deficiente temos que evidenciar que o Supremo ao utilizar o princípio da proibição da proteção deficiente não o fez para substituir o legislador. Até em alguns casos, como na ADI que tratou da Lei

³⁷³ Sobre o tema OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias. In Direito Público. Síntese. N^o 44. Mar/Abr/2012, Brasília.

³⁷⁴ SODRÉ, Habacuque Wellington. As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa. Uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial. In Direito Público. Síntese. N^o 43. Brasília, Jan/Fev/2012.

³⁷⁵ TRINDADE, André Karam e MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Núm. 53, Curitiba: UFPR, 2011, p. 78.

de Biossegurança quis o Ministro Gilmar Mendes legislar, mas seu voto foi minoritário e não promoveu um ativismo nos termos por ele propostos.

Como último fato favorável ao ativismo judicial temos a judicialização dos fatos da vida, que representa um ponto de convergência de todos os demais fatores, pois diante da inércia e descrédito dos demais poderes, do neoconstitucionalismo e do abastado sistema de controle de constitucionalidade brasileiro³⁷⁶, o judiciário se vê apto a prestar a jurisdição em temas sensíveis e afetos a outros poderes, como foi o caso da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510, em que se discutiu a autorização para pesquisas com células-tronco embrionárias, em que houve argumento com base no princípio da proibição do déficit.

Também nas decisões monocráticas da Presidência do Tribunal nos anos 2008-2009³⁷⁷ em relação ao direito à saúde temos verdadeira judicialização de fatos da vida, ou judicialização da política³⁷⁸, quando o Ministro Gilmar Mendes se substituiu ao Poder Executivo e dita os medicamentos que devem ser oferecidos aos pacientes, quer estejam ou não na lista do Sistema Único de Saúde e a quantidade de leitos que devem ter os hospitais públicos, sem qualquer menção mais acurada e debate mais intenso sobre quanto a decisão judicial custaria aos cofres públicos e sem uma análise mais aprofundada do mínimo existencial e da razoabilidade.

O Supremo Tribunal assume, pois, posição ativista em várias decisões e sob o argumento da proibição da proteção deficiente amplia sua margem de ação, concretizando diversos direitos fundamentais. Como se alertou no início do tópico, não é pretensão do texto adentrar na crítica ao ativismo judicial, já que as críticas aqui lançadas são em relação à utilização da proibição do déficit. O que se expôs em rápidas linhas foi apenas quando se utilizou do princípio para demonstrar posição de ativismo judicial.

³⁷⁶ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012, p. 331.

³⁷⁷ As decisões estão listada em RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf, p. 60. Acesso em 22 de maio de 2014.

³⁷⁸ Sobre o termos e o tema proposto, ver BERMAN, José Guilherme. *Ativismo Judicial, Judicialização da Política e Democracia*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 36, n.º.116. Porto Alegre: Notadez Editora, 2009.

8. CONCLUSÃO

Diz Von Ihering que <<para que possamos servir-nos sem perigo de uma teoria é necessário que, anteriormente, tenhamos perdido completamente a fé nela>>. E foi assim que ocorreu em relação a este estudo sobre a proibição da proteção deficiente. Após a conclusão e entrega dos relatórios para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e cuja aprovação habilitou ao segundo ciclo do Mestrado, não existia mais <<qualquer fé>> no princípio explorado em dois dos relatórios apresentados. Apesar de aparentemente se ter a mesma técnica em relação ao princípio, o certo é que ao final da primeira etapa do Mestrado, não obstante a defesa do princípio, criou-se uma verdadeira descrença no que se tinha laborado, a ponto de estudos posteriores indicar uma possível mudança de pensamento, a entender desnecessário o estudo da proibição da proteção deficiente.

Em lampejo de lucidez, entretanto, houve resolução que o estudo continuaria, para se ter a certeza de que o princípio era argumento inútil e esponjoso, servindo como adorno quando se queria melhorar a argumentação em algum caso concreto. Talvez influenciado pela aplicação do princípio pelo Supremo Tribunal Federal, foi esta a impressão que permaneceu durante alguns meses.

Continuando a investigação, a delimitação da investigação era necessária e assim, diante da dificuldade em se buscar a doutrina alemã, por desconhecimento da língua germânica, optou-se por recolher o maior número possível de material em língua portuguesa e traduzidos do alemão para línguas de origem latinas e delimitar o estudo não em se evidenciar, à luz da doutrina e jurisprudência estrangeiras, quando o legislador e o administrador têm que agir ao se encontrar em mora no tocante aos deveres de ação, mas o que fazer o Poder Judiciário quando legislador e administrador insistem na omissão e/ou insuficiência da prestação/proteção, sendo este tema eminentemente brasileiro, ante a farta jurisprudência de cunho <<ativista>> do Supremo Tribunal Federal, em especial com sua composição nos últimos vinte anos.

Assim, a jurisprudência até então explorada sobre o argumento-tema proibição da proteção deficiente foi revista, com olhos críticos e agora à luz da doutrina pesquisada e das correntes apresentadas, para se visitar um Supremo Tribunal Federal que importou basicamente da doutrina alemã a resposta ao que o legislador e/ou administrador

tem que fazer quando se mantém inerte ou deficiente, mas que dá sua própria resposta ao que deve o Judiciário fazer quando estes poderes não cumprem a Constituição.

Para o início da pesquisa, houve estudo sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e dela se conceituou os deveres de ação estatal, sendo divididos em deveres de proteção contra ações de terceiros e deveres de promoção de alguma prestação material para reforçar a igualdade.

Demonstro-se em primeiras linhas que a busca da efetividade dos direitos fundamentais, com a realização de um resultado útil, é objetivo real a ser perseguido. Para tanto os deveres de ação estatal são os comandos destinados ao Estado para cumprir esta efetivação. O caminho a ser percorrido para o resultado desejado passa pelo respeito, proteção e promoção da dignidade humana.

Na linha da efetividade, o passeio pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão nos fez observar uma Corte Constitucional que apesar de elucidar teoricamente o princípio da proibição da proteção deficiente, na prática o aplica com autocontenção judicial, sem uma interferência direta nos demais poderes, havendo ponto fora da curva apenas quando o direito trazido ao embate tem grande importância, como no caso das decisões sobre o aborto, em que a vida deveria ser protegida.

Em sequência, as doutrinas em relação ao princípio foram apresentadas para se escolher, com base em visão crítica, que a que melhor atende aos reclamos e estrutura do princípio tem nos aspectos conteúdo mínimo e razoabilidade os subprincípios que o integram. O mínimo social tem uma determinação abstrata e definitiva, com associação à dignidade humana, e esta serve como limite aos direitos fundamentais. O subprincípio da razoabilidade é fundamentado no que diz a jurisprudência do Tribunal Constitucional sul-africano sobre a matéria, à vista do que consta na Constituição daquele país. Orienta a jurisprudência sul-africana que o exame deve ser realizado caso a caso, sem apego à melhor opção ou opção com menor custo financeiro, mas com respeito à margem de conformação do legislador/administrador, desde que esta liberdade não importe em medida desrazoável.

Como limites à aplicação do princípio da proibição do déficit traz-se a discricionariedade do juiz na interpretação principiológica e a reserva do financeiramente possível e do politicamente adequado para demonstrar que o limite do judiciário está na

liberdade de confirmação dos demais poderes, não podendo se imiscuir em tarefa que não lhe compete e somente em casos extremos, quando verificada a presença dos subprincípios que conformam a proibição do déficit é que pode vir a agir.

Esse caso extremo é demonstrado pela figura do mínimo existencial, quando o Judiciário deve agir eis que o núcleo constitucional fundamental está evidenciado, dando azo a todo e qualquer poder, e não somente aos democraticamente eleitos.

Também se busca a diferenciação entre proibição do excesso e proibição do déficit, dando a esta a necessária autonomia dogmática, sem ser necessário percorrer os subprincípios da proibição do excesso, até porque este princípio serve para quando o Estado deve se abster e pratica ação, sendo fato totalmente inverso ao da inação estatal na proibição do déficit.

No capítulo <<controle judicial dos deveres de ação>> além de demonstrar as ações constitucionais próprias para se buscar conter a omissão estatal, há filiação à corrente sob o controle judicial dos deveres de ação que entende menor margem de atuação do Judiciário que nos deveres de respeito, justamente pela maior margem para respostas a serem dadas pelos demais poderes.

Finaliza-se o trabalho expondo as poucas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e sua errônea aplicação, chegando-se a conclusão que não o princípio tinha característica esponjosa, mas sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, que dá ao mesmo uma conotação de argumento secundário para adornar os argumentos já anteriormente expendidos nos casos em disceptação, além de sua utilização com total insuficiência dogmática, como reverso da proibição do excesso. A Corte Constitucional na discussão da matéria assume clarividente contorno ativista, com substituição em diversas decisões pelos órgãos democráticos, trazendo a real posição do Supremo Tribunal sobre a matéria, expressada no neoconstitucionalismo que permite ao Judiciário uma análise principiológica do caso. Denota-se que em comparação com a Corte Constitucional alemã o Supremo Tribunal se substitui aos órgãos democraticamente eleitos e dita normas e políticas públicas.

Intentou-se, assim, com a presente investigação científica pontuar o problema das atuações deficientes ou omissões legislativas e executivas nos deveres de

ação estatal. Optou-se pela ideia de um mínimo impositivo da ação estatal, bem como de um mínimo controle judicial sobre as omissões, ocorrendo sempre que a dignidade da pessoa humana avaliada sob a razoabilidade esteja vitimizada. Uma nova visão de separação de poderes, entendida sob o confronto com a necessidade de concretização da Constituição foi apresentada para apresentar um Judiciário que pode atuar quando das omissões inconstitucionais mas que no Brasil não apenas exerce seu poder como também adentra nas demais funções para fazer valer a Constituição, em uma atuação diferenciada e motivo de críticas e elogios, a depender dos olhos observadores do leitor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DE SÍTIOS ELETRÔNICOS

ABRAHÃO, Marcela Rosa. Os direitos fundamentais de liberdade e omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador. Relatório da Disciplina Direito Constitucional do Mestrado de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

ACKERMAN, Bruce. Nós, O Povo Soberano – fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

ALEXANDRINO, José Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana. In Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ALEXANDRINO, José Melo. Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção? In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII (especial). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ALEXANDRINO, José Melo. Direitos Fundamentais. Cascais: Principia Editora, 2ª edição, 2011.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade. In RATIO JURIS, vol. 16, n. 2, julho de 2003.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. In International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. A Separação de Poderes e a Tutela Judicial de Direitos Fundamentais Sociais. Relatório de Mestrado Científico da disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

BACHOF, Otto. Jueces e Constitución. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editora Civitas, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista de Direito Administrativo, nº 240, São Paulo, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8ª. edição atualizada. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In* Constituição e Ativismo Judicial. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho *et al.* (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo Judicial, Judicialização da Política e Democracia. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 36, nº.116. Porto Alegre: Notadez Editora, 2009.

BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. *In* Direito Público. Síntese. Nº 46. Jul/Ago/2012, Brasília.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito à Boa Administração Pública, *in* Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda, coord. de Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Tradcción de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª. edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, Catarina Santos. A tutela directa dos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2010.

BRITO, Miguel Nogueira de. O conceito constitucional de dignidade humana entre o absolute e a ponderação: o caso da reprodução humana. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALGARO, Gerson Amauri. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista. In Revista de Mestrado em Direito. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006.

CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios), Lisboa, 2012.

CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Org. Jan Sieckmann. Madrid: Marcial, 2011.

CLÉVE. Clemerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORRAL, Benito Aláez e ÁLVAREZ, Leonardo Álvares. Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2008.

CUNHA, Conceição Ferreira da. Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, p. 367.

DAVID, René. Os grandes sistemas de Direito Comparado. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes Editores, 2002.

DELGADO, Juan Francisco Mestre. La actividad prestacional o de servicio público. In Lecciones y Materiales para El Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El contenido. CAMPOS, Tomás Cano (org.). Madrid: Iustel, 2009.

DUARTE, Leonardo de Farias. Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. Virtud Soberana. La teoria y practica de la igualdad. Tradução de Maria Julia Bertomeu y Fernando Aguiar. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2011.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. In Direito Público. Síntese. Nº 42. Nov/Dez/2011, Brasília.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4ª. edição. São Paulo: Atlas Editora, 2012.

FREITAS, Juarez. Discricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. À espera dos barbaros : proibição de insuficiência em material penal e blindagem teológica do discurso – aproximações a partir do direito penal do inimigo. Revista da Ajuris. Ano 26, nº 75, Porto Alegre, Dez. 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas consitutcionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. Estudos em homenagem ao Professor Cunha Rodrigues. Volume II. Organização Jorge de Figueiredo Dias *et al.* Coimbra. Coimbra Editora, 2001.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Estudos sobre direitos fundamentais. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. edição .Coimbra: Almedina, 2011.

GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2005.

GUIMARÃES, Jader Ferreira e SILVARES, Vitor Soares. A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. 2ª edição. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In dimensões da Dignidade. Porot Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LANDA, César. Dignidad de La Persona Humana. In Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, núm. 7, julio-diciembre de 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LIMA, João Luiz Ferraz de Oliveira. Controle de Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa, Separação de Poderes e Legitimidade Democrática do Poder Judiciário. Relatório de Mestrado Científico da disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

LIMA, Rafael Bellem de. Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade- A Representação Técnica das Partes no Caso das Pesquisas com Células-Tronco. In Jurisdição Constitucional no Brasil. Adriana Vojvodic *et al* (orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LUSTOZA, Helton Kramer. Em busca do Direito Fundamental à Felicidade: a legitimidade constitucional da implementação dos direitos prestacionais-sociais pelo Estado Brasileiro. In. Revista de Direito Público. Síntese. Brasília, vol. 45, mai/jun. 2012.

MARMELSTEIN, George. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. Sítio Eletrônico georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc, Acessado em 22 de fevereiro de 2014.

MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. Ativismo Judicial ou criação do Direito. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em 22 de maio de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de Melo. Entre a liberdade de conformação regulamentar e o dever de concretizar as normas constitucionais: uma análise do controle da inconstitucionalidade por omissão nos ordenamentos português e brasileiro. In O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses. Aspectos Relevantes. MIRANDA, Jorge. (org.). Curitiba: Juruá editor, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 401.

MENDES, Gilmar. O controle de constitucionalidade das omissões legislativas e o mandado de injunção: a necessidade de regulação normativa no direito brasileiro. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume I. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIGLIANO, Arnaldo. Sulla indivisibilità dei diritti fondamentali. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N. 46. Curitiba. 2004.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo III. Coimbra Editora. Coimbra, 2007.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 5ª. edição, Tomo IV, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. O direito do contencioso constitucional. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor

José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, *Stvdia Ivridica* n. 104. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MOTTA, Ivan e MENDONÇA, Marilda Watanabe de. Princípio da proporcionalidade e seu alcance no Direito Penal brasileiro. *Revista do Mestrado em Direito UNIFIEO*, ano 4, núm. 4, Osasco, 2004.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NABAIS, Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. São Paulo: Editora Método, 2013.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias*. In *Direito Público. Síntese*. N^o 44. Mar/Abr/2012, Brasília, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserve do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrative à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Periodicidade Semestral*. LII. Coimbra: Coimbra Editores, novembro de 2012.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. Teoria de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. In. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N. 2, Porto Alegre, 2008.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Iuridica* 40. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora. Coimbra, 1999.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PUENTE, Marcos Gómez. La Inactividad de La Administración. Navarra: Editora Aranzadi, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

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

QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A Proibição da Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em 16 de fevereiro de 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In Ações Constitucionais. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. Org. Fredie Didier Jr., Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4ª edição. Salvador: Jus PODIUM.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et alli. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

SIECKMANN, Jan-R. *Los derechos fundamentales como principios*. In *La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Org. Jan Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume II. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes*. In *La Teoría Principialista de Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Org. Jan Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, *Stvdia Ivridica* n. 104. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SODRÉ, Habacuke Wellington. *As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa. Uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial*. In *Direito Público. Síntese*. N° 43. Brasília, Jan/Fev/2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Perira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXX, separata, 2004.

STRECK, Maria Luiza Schafer. A outra face da proporcionalidade: análise de uma decisão que não respeitou o princípio da proibição de proteção insuficiente no Direito Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 7, núm. 14, Porto Alegre, 2006.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. In *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2009.

TRINDADE, André Karam e MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Núm. 53, Curitiba: UFPR, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrument de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 61, out-dez/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª edição, 2006.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YARZA, Fernando Simón. Medio Ambiente y derechos fundamentales. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.