

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**ISABELLA DEMETERCO
A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**LISBOA
2020**

ISABELLA DEMETERCO

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), especialidade Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Jorge Reis Novais

**LISBOA
2020**

ISABELLA DEMETERCO

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), especialidade Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Jorge Reis Novais

BANCA EXAMINADORA

*Para Clara,
minha alegria,
que deu os seus primeiros
passos em Lisboa.*

RESUMO

O estudo se concentra em examinar de que forma a proibição de insuficiência é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, por meio da verificação do conteúdo e dos contornos a ela atribuídos pela Corte, com o intuito de apurar se é manejada de forma substancial ou apenas retoricamente. Para tanto, analisam-se as decisões proferidas pela Corte até 31 de dezembro de 2019 que se valeram de alguma forma do argumento para o deslinde da questão submetida à apreciação. Previamente, para subsidiar a análise, as controvérsias a respeito de sua autonomia são apontadas e confrontadas, bem como os diversos posicionamentos a seu respeito — agrupados em correntes de acordo com as notas centrais dos pensamentos: proibição de insuficiência como dimensão da proporcionalidade, estruturada a partir de exame escalonado; circunscrita à ponderação; o entendimento da teoria dos direitos fundamentais como princípios; ao final, proibição de insuficiência enquanto controle de mínimos. Na sequência, registram-se os entendimentos quanto ao tema em Portugal (doutrina e jurisprudência) e no Brasil (doutrina). Após, as decisões do Supremo Tribunal Federal são indicadas e analisadas, esclarecendo-se, de antemão, como foi realizado o mapeamento. Evidenciadas a carência de deliberação por parte da Corte e a ausência de uniformidade na utilização do instrumento, a investigação também se ocupa de individualizar os votos prolatados pelos Ministros que de alguma forma se utilizam da proibição de insuficiência para respaldar a sua posição. Por fim, aponta-se que o exame é crítico e, ao sindicarem a uniformidade e a coerência na utilização do argumento e o papel que exerceu na tomada da decisão, tem a pretensão de, mais do que jogar luz sobre o raciocínio desenvolvido pelos votantes e a conclusão, contribuir para o aprimoramento da atuação do Tribunal.

PALAVRAS-CHAVES: proibição de insuficiência; *Untermassverbot*; controle de constitucionalidade; omissão estatal; jurisprudência constitucional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The study focuses on examining the applications in which the insufficiency ban is used by the Supreme Federal Court in regards to the judicial review of laws and normative acts, by means of content verification as outlined by the Court, with the intention to ascertain if it's managed in a substantial form, or only rhetorically. In order to do this, the decisions made by the Court until the 31st of December of 2019 that made use of this argument in any form were analyzed to bear into the question proposed. Previously, to base the analysis, the controversies in regards to its autonomy are outlined and addressed accordingly, as well as the many stances taken regarding this issue — grouped respectively with their train of central thoughts: the ban of insufficiency as a dimension in proportionality and structured from a throughout examination; restricted by each balancing; the understanding of the theory of fundamental rights as principles; and finally, the banning of insufficiency as a means of control of basic assets (minimum). Following this, the understandings of the theme in Portugal (doctrine and case law) and in Brazil (doctrine) are registered. Furthermore, the decisions of the Brazilian Supreme Federal Court are laid out and analyzed, clarifying beforehand how the mapping was done. Once the lack of deliberation by the Court and the absence of consistency in using this instrument is made evident, the investigation also documents each individual vote issued by the Ministers that in some way use the banning of insufficiency to uphold their positions. Lastly, it's pointed out that this examination is critical, and in investigating the consistency and coherence of the utilization of the argument and the part it played in making each decision, finds its purpose in not only shedding a light on the reasoning behind the votes, but also in concluding to contribute to the improvement of the Court's performance.

KEY-WORDS: insufficiency ban, *Untermassverbot*, judicial review; Government omission; constitutional case laws; proportionality; Brazilian Supreme Federal Court.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART - Artigo

CC - Código Civil

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

HC - Habeas Corpus

LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

MI - Mandado de Injunção

MIN. - Ministro

RCL - Reclamação

RE - Recurso Extraordinário

SL - Suspensão de Liminar

SS - Suspensão de Segurança

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PANORAMA DE SURGIMENTO DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA	11
2.1 AUTONOMIA <i>x</i> <i>Kongruenzthese</i>	20
3 ACEPÇÕES ACOLHIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	26
3.1 DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE, ESTRUTURADA A PARTIR DE EXAME ESCALONADO.....	26
3.1.1 A proibição de insuficiência circunscrita à ponderação.....	34
3.2 A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS.....	34
3.3 O CONTROLE DO MÍNIMO.....	47
4 POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO EM PORTUGAL E NO BRASIL	51
4.1 A POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO EM PORTUGAL.....	51
4.1.1 Primeiras menções e desenvolvimento atual.....	51
4.1.1.1 O posicionamento de Jorge Reis Novais.....	53
4.1.1.2 O posicionamento de Vitalino Canas.....	56
4.1.2 A jurisprudência do Tribunal Constitucional português.....	59
4.2 POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO DOUTRINÁRIO NO BRASIL.....	65
5 A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	69
5.1 ESCLARECIMENTOS SOBRE A SELEÇÃO DAS DECISÕES.....	69
5.2 A DECISÃO SOBRE O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO DE 1996: o embrião.....	72
5.3 A UTILIZAÇÃO EXPRESSA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PELO STF.....	74
5.3.1 RE 418.376: o ingresso formal do argumento.....	74
5.3.2 ADI 3.112: a primeira elaboração teórica.....	76
5.3.3 ADI 1.800: a utilização do argumento por parte de ministro diverso.....	81

5.3.4 ADI 3.510: o primeiro caso com potencial para a utilização da proibição da insuficiência.....	83
5.3.5 As decisões do ministro Gilmar Mendes na presidência da Corte: a aplicação da proibição da insuficiência a deveres outros.....	87
5.3.6 ADPF 101: proibição da insuficiência ou do excesso?.....	90
5.3.7 HC 106.212, ADC 19 e ADI 4.424: a proibição de insuficiência na proteção da mulher vítima de violência doméstica.....	93
5.3.8 HC 102.087, HC 96.759, HC 104.410 e HC 106.163: o exame escalonado e conjugado do excesso e da insuficiência em matéria criminal.....	101
5.3.9 RE 567.985, RE 580.963 e RCL 4.374: um exame da razoabilidade?.....	104
5.3.10 Julgados que tratam da formatação e da aplicação da estrutura escalonada de controle.....	108
5.3.11 HC 123.971: uma decisão casuística.....	120
5.3.12 RE 627.189: o respeito à liberdade de conformação do legislador.....	123
5.3.13 A utilização do argumento por parte do ministro Luiz Fux.....	126
5.3.14 ADI 5.501 e a “pílula do câncer”.....	131
5.3.15 As decisões que examinaram a permissão controlada do amianto.....	132
5.3.16 A decisão a respeito da regularização fundiária na Amazônia legal.....	140
5.3.17 A proibição de insuficiência como puro reforço argumentativo.....	144
5.3.18 Em 2019: deferência ou não deferência?.....	149
5.3.18.1 O indulto natalino de 2017.....	150
5.3.18.2 A criminalização da homofobia.....	152
5.3.18.3 Execução provisória da pena.....	158
5.4 NOTAS FINAIS.....	161
6 CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167

INTRODUÇÃO

A proibição de insuficiência¹ é tema relativamente novo e, no Brasil, há aproximadamente quinze anos, começou a ser invocada pelo Supremo Tribunal Federal como argumento para o controle dos comportamentos do Estado tidos como omissões (totais ou parciais), ao mesmo tempo em que as primeiras linhas doutrinárias foram sobre ela escritas².

Se antes o recurso ao instrumento partia de um só ministro, designadamente o min. Gilmar Mendes, que sobre o tema também se ocupou doutrinariamente, paulatinamente todos os componentes do Tribunal passaram a dele se valer.

Não obstante, os estudiosos apontam que a utilização, que cresce em estatística, ainda é feita de forma retórica, quase que panfletária, chegando a considerar o recurso um “coringa³” da Corte, pois lançado na *ratio decidendi*, sem explicitar as razões pelas quais o entendimento é neste ou noutro sentido, como se a sua invocação por si só as dispensasse⁴ — e o risco é de ser utilizado para imprimir a concepção subjetiva do julgador a respeito do assunto, como instrumento de arbítrio, portanto.

Esse panorama e essa preocupação motivaram a escolha do tema. Dessa forma, a investigação teve por objetivo apurar de que forma a proibição de insuficiência tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de casos submetidos a julgamento e do inteiro teor dos respectivos acórdãos (eis que por diversas vezes o argumento parte de apenas um dos ministros votantes).

A primeira adversidade com que o ora investigador se deparou foi justamente mapear os julgados de referência, em razão de dificuldades inerentes ao próprio mecanismo de pesquisa do sítio do Supremo Tribunal Federal, o que motivou a realização de buscas diversas e em momentos distintos. O procedimento será esclarecido em tópico oportuno. Após a obtenção das decisões — proferidas até 31 de dezembro de 2019 —, e a partir da respectiva leitura, buscou-se estruturar a investigação.

¹ Serão utilizadas, nesta dissertação, as expressões proibição de insuficiência, proibição de deficiência, proibição do defeito e proibição do déficit para referir-se à proibição de o Poder Público atuar de forma insatisfatória na implementação dos deveres que são dele exigidos, incorrendo geralmente em omissão ou em omissão parcial, embora se reconheça que há divergências na doutrina em relação à expressão mais adequada para se referir ao tema em exame.

² Daí se falar que o tema é uma criação doutrinária com retoque jurisprudencial. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de 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: 10 de abril de 2018.

³ Carta do baralho; *joker*, em inglês.

⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129 e 130.

O primeiro capítulo se destina a apresentar o panorama de surgimento da proibição da insuficiência, notadamente as primeiras menções na Alemanha, e de que forma foi importada pelo Brasil. Trata, pois, de um contexto geral, situando a pesquisa ao leitor. Ainda na primeira seção, intenta-se apontar e apreciar críticas à autonomia do instrumento, criteriosamente, de forma a definir se há congruência com outros institutos.

Após, superada a etapa da autonomia, identificam-se os principais entendimentos a respeito do tema, refletidos nos referidos julgados. No entanto, retrata a pesquisa o itinerário invertido, eis que primeiro se apontam as correntes para, a partir delas, examinar as decisões.

Difícil também se revelou a catalogação dos diversos pensamentos, em razão da inexistência de linhas bem definidas entre as concepções. Optou-se por indicar a característica geral do entendimento (ou os pontos de contato entre as diferentes versões) e apontar algumas adaptações e divergências no decorrer da exposição.

Na sequência, indica-se a posição sobre o assunto em Portugal e no Brasil, especificamente a partir de quando surgiram as primeiras menções nos dois países e os diferentes posicionamentos doutrinários (e jurisprudenciais) existentes.

No último capítulo, procura-se fazer a ponte entre as diversas visões e as decisões do Supremo Tribunal Federal. Mais do que apenas apontar o argumento utilizado sem sobre ele refletir, tentou-se jogar luz sobre o *iter* percorrido pelo julgador, identificando a corrente a que se filiou e se foi manejado de forma substancial ou apenas retoricamente. O objetivo é concluir se a Corte tem dele se valido como instrumento autônomo, ou seja, distinto dos demais, de maneira uniforme, utilizando-se de seu potencial para o controle das omissões estatais e nos limites de sua competência, isto é, sem ofensa à separação de poderes.

Por fim, registra-se que a investigação se centra na proibição de insuficiência como instrumento de controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário, não se ocupando, portanto, de discussões e entendimentos que a têm também como norma de ação a guiar a própria atuação legislativa⁵.

⁵ A título de exemplo, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 995 ss.

2 PANORAMA DE SURGIMENTO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

A ideia de que o Estado não possui apenas o tradicional dever de respeitar os direitos fundamentais, mas o de protegê-los⁶ e, em alguns casos, promovê-los, ainda que ausente o respectivo comando específico e explícito⁷, deriva tanto do reconhecimento da dimensão objetiva⁸ desses como da assunção de novos tipos de compromissos estatais, plasmados em diferentes categorias de direitos.

Assim, se no Estado Liberal se entendiam as liberdades⁹ essencialmente como abstenções, preterindo outras dimensões, mormente a de proteção¹⁰, com o Estado Social (e democrático de direito¹¹), além de se superar essa visão unidimensional, constitucionalizaram-

⁶ Embora tenha a função de proteção (segurança através do Estado) origem mais remota que a própria função de defesa dos direitos fundamentais perante o Estado. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 972; CANOTILHO, J.J. Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.111.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 171.

⁸ Perfunctoriamente, pode-se dizer que a dimensão objetiva vai além das posições conferidas aos cidadãos para demandar condutas ativas e passivas do destinatário, pois impõe incumbências e deveres autônomos de respeito, proteção e de concretização ao Estado, a fim de possibilitar o adequado e integral exercício das pretensões jurídicas jusfundamentais, o que limita, inclusive, a esfera de liberdade de conformação do legislador. A este respeito, BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2010, p. 77; CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 57. Sobre as várias teorias que tentam explicar a dimensão objetiva, confira-se NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59 ss. Costuma-se citar como decisão pioneira no reconhecimento da dimensão objetiva a proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Luth (*BVerfGE 7,198*) em que a Corte reconheceu que dos direitos fundamentais deflui um conteúdo axiológico juridicamente vinculante, cujos efeitos se espraiam por todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação da norma infraconstitucional pelos atores constitucionais, cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381 ss. Vitalino Canas, contudo, ressalva a existência de vozes dissonantes que não associam tais deveres à dimensão objetiva, cf. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 975. No mesmo sentido, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A doutrina da proteção da insuficiência (“Untermaßverbot”). In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 76.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 51.

¹⁰ A respeito da bilateralidade das liberdades: BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 422 ss.

¹¹ Esclarece-se o aporte: após a crise do Estado Liberal, surgiram novos modelos de Estado que buscaram superar o anterior paradigma, valendo-se, por exemplo, dos direitos sociais. No entanto, enquanto em modelos constitucionais autocráticos a “inclusão dos direitos sociais era sobretudo a contrapartida legitimadora de uma concomitante desvalorização ou supressão das garantias e liberdades individuais”, no Estado social e democrático de direito tais direitos surgiram como “complemento e desenvolvimento dos tradicionais direitos de liberdade”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 23 ss.

se direitos que passam a exigir uma atuação voltada à superação de desigualdades e comprometimento com os ideais de justiça social¹².

O reconhecimento da força normativa dos preceitos constitucionais, que deve ser acrescentado a esse contexto, reforça a necessidade de atuação do Estado. Daí que, para além de uma esperada contenção, associada, geralmente¹³, a um dever de respeito no âmbito de uma relação entre Estado e indivíduo, surgem outros deveres que desbordam dessa dualidade e da noção de direito subjetivo e demandam uma atuação estatal voltada à realização dos direitos fundamentais.

Em razão disso, passa-se a notar uma diminuição da liberdade de atuação do legislador, em vista dos domínios da reserva do Direito e da Constituição¹⁴. Não obstante, a ele é imposta uma atuação densificadora, justamente para regulamentar as disposições constitucionais. É o contexto: o legislador é limitado pela Constituição, mas por ela também compelido a agir em patamar, diga-se, “satisfatório”.

Insere-se, nesse cenário, o debate acerca da suficiência do agir estatal e, em consequência, das omissões, bem como da possibilidade de controle de tais atos ou não atos pelo Poder Judiciário¹⁵, tendo em vista que é sempre discutível o patamar abaixo do qual se pode considerar o Estado omissivo na realização dos direitos fundamentais¹⁶ e se os tribunais detêm legitimidade para assim o afirmar.

Em decorrência, iniciam-se as discussões acerca da proibição da insuficiência, cujas primeiras referências¹⁷ despontaram após decisão do Tribunal Constitucional Alemão em

¹² GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford University Press: 2016, p. 187.

¹³ Nem sempre, como esclarece Jorge Reis Novais. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 365 ss.

¹⁴ O princípio da legalidade assume caráter de juridicidade, o que equivale à vinculação do legislador democrático a princípios jurídicos fundamentais dotados de normatividade própria, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 30. Em sentido paralelo, pode-se falar que a lei, que no Estado Liberal tinha por função proteger o indivíduo dos desmandos do Estado, no Social assume função política, como concretizadora das tarefas constitucionais, cf. VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 159 e BACHOF, Otto. *Jueces Y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 50-51.

¹⁵ O Direito, que antes era basicamente a lei, passa a ir além da lei, o que motiva uma “recompreensão” do papel jurisdicional, cf. NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXIV. Coimbra: 1998, p. 1. Para Jorge Pereira da Silva, o acentuar das vinculações constitucionais do legislador ordinário culmina em acréscimo de poder das autoridades judiciais de controle, em especial do Tribunal Constitucional SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 556.

¹⁶ Nos casos em que a Constituição não impõe através de norma-regra ou enunciado suficientemente definido a realização de ações específicas de forma delimitada, determinada e inequivocamente, o que representa a maioria dos casos. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 172 e 183.

¹⁷ Para um compilado das decisões do *BVerfG* que se valeram da proibição de insuficiência: CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In:

1975, conhecida como a primeira decisão sobre o aborto¹⁸, em que se estabeleceu que a tutela penal era indispensável para se proteger de forma eficiente a vida (em desenvolvimento) do nascituro, restringindo, por consequência, os direitos de autodeterminação da gestante. No julgamento, explorou-se a questão dos deveres de proteção do Estado a partir de um controle intensificado de conteúdo¹⁹, eis que a legislação penal foi apontada como a única forma de proteção ao bem jurídico²⁰, o que levou a doutrina daquele país, na sequência, a tratar de um instrumento que exerceria função semelhante à da proibição do excesso, mas no campo dos deveres de proteção.

A expressão *Untermassverbot* (traduzida como proibição da insuficiência) foi ao que tudo indica cunhada por Schuppert²¹, ao questionar a decisão do Tribunal que teria do instrumento se utilizado implicitamente para controlar o agir do legislador em “tensão com os limites da separação de poderes”²².

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales*: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 170 ss.

¹⁸ *BVerfGE* 39, 1. Neste julgamento, decidiu o Tribunal Constitucional Alemão que o direito à vida prevaleceria em relação ao direito de autodeterminação da gestante e que não poderia ser relativizado por um prazo determinado (o 5ª Lei de Reforma do Direito Penal, impugnado, não criminalizava o aborto antes das doze semanas de gestação quando praticado por médico com anuência da gestante, que deveria passar por aconselhamento junto a uma repartição pública). Decidiu-se, na ocasião, que o legislador seria obrigado a valer-se do Direito Penal para a proteção efetiva do bem jurídico vida, pelo que a reforma, neste aspecto, seria inconstitucional. Cf. MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 176 ss. Impende ressaltar que não houve qualquer exame da proporcionalidade na ocasião, cf. GARDBAUM, Stephen. Positive and horizontal rights: proportionality's next frontier or a bridge too far? In: JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (Eds). *Proportionality: new frontiers, new Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 234.

¹⁹ A classificação dos diferentes tipos de decisão foi traçada pelo Tribunal Constitucional Alemão quando em causa a avaliação dos prognósticos do legislador — *BVerfGE* 50, 90 — que deveria levar em conta a natureza dos bens em conflito, peculiaridade da matéria, possibilidade de formação de juízo seguro por parte do legislador ordinário e intensidade da restrição, em um modelo progressivo de fiscalização: controle de evidência, controle de representatividade (defensabilidade ou sustentabilidade) e controle intensivo.

O ministro Gilmar Mendes, na ADI 3.112, que traça um modelo de fiscalização das leis penais e é reiteradamente citado em outras decisões, assim entende os diversos tipos de controle: no controle de evidência se reconhece ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação, e a norma só poderá ser declarada inconstitucional pelo Tribunal se as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção do direito. O segundo nível de controle, de representatividade ou sustentabilidade, é orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento de promulgação da lei, ou seja, se o legislador considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se valeu de sua margem de ação de maneira sustentável. Por fim, o controle intensivo, que se aplica nos casos de bens de extraordinária importância, é mais rígido e apura se a medida é necessariamente obrigatória, podendo a Corte adentrar no próprio exame de ponderação efetuado pelo legislador.

²⁰ Inicialmente, reconheceu-se ampla liberdade de conformação ao legislador, entretanto, na sequência, considerou-se a criminalização como uma medida necessária, o que culminou, na prática, em uma reduzida liberdade de conformação.

²¹ Cf. apontam CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 905 e NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 261.

²² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 261, em nota.

Após, a construção foi incorporada de forma expressa pelo Tribunal quando da segunda decisão sobre o aborto, de 1993²³. Decidiu o *BVerfG*, na oportunidade, que a interrupção da vida uterina deveria ser considerada antijurídica, sendo autorizado ao legislador, contudo, determinar exceções à proibição (causas excludentes de ilicitude, sob a ótica da inexigibilidade).

Acerca da proibição de insuficiência, estabeleceu-se como premissas jurídicas que “as medidas tomadas pelo legislador devem ser *suficientes* para uma *proteção adequada e eficiente*” e, além disso, “*basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis*” e que, “*para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas*”²⁴.

A decisão apresentou as seguintes conclusões: o aborto deveria ser considerado antijurídico, via de regra, independentemente do tempo de gestação, tratando-se de exigência mínima da Constituição²⁵; não se poderia efetuar uma compensação proporcional dos bens jurídicos em colisão, eis que diante da própria vida, sendo impossível falar-se em equilíbrio; o plano de aconselhamento criado pela lei não ofereceu proteção suficiente, pois não era dirigido ao convencimento da mulher em levar adiante a gestação; a lei não determinava, para a interrupção da gravidez, uma situação anormal e concreta de inexigibilidade que representasse verdadeiro gravame, apto a ser comprovado; no caso, a proibição de insuficiência não permitiria a livre desistência da utilização do direito penal²⁶ e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente — embora se tenha reconhecido que a proibição pudesse ser conferida em outras áreas²⁷.²⁸

²³ *BVerfGE* 88, 203. MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão. *Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 181 ss.

²⁴ Para Laura Clérico, desse caso se extrai a fórmula da proibição da insuficiência como estrutura formal. CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 176.

²⁵ Entendeu-se que conferir à gestante/mãe um poder de interromper a gestação em seu início não garantiria proteção jurídica à vida, sendo que os direitos da mulher não poderiam suspender o dever jurídico de levar a gestação adiante em vista do direito à vida do nascituro, ainda que excepcionalmente pudesse lhe ser permitido.

²⁶ Cujá aplicação, frisou-se, estaria sujeita aos condicionamentos da proporcionalidade.

²⁷ Estabeleceu-se que se legislador decidisse por um plano de aconselhamento deveria criar regras que fossem eficazes e suficientes para convencer uma mulher que pensa em realizar aborto a dar à luz e que só então seria sustentável a avaliação do legislador, eis que só assim poder-se-ia alcançar o objetivo de uma eficiente proteção da vida.

²⁸ Após a decisão, modificou-se o Código Penal, estabelecendo-se que a interrupção voluntária da gravidez praticada por um médico, com o acordo da mulher grávida, não seria punível desde que efetuada nas primeiras doze semanas e a mulher tenha-se submetido a aconselhamento, que se deve orientar pelo esforço de encorajar a mulher a prosseguir a gravidez e de lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança.

Por fim, deixou-se claro que o controle judicial superava o mero controle de evidência²⁹ e que as escolhas do legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, deveriam ser avaliadas, a fim de se perscrutar se eram satisfatórias do ponto de vista da proibição da insuficiência e se o legislador se valera de sua margem de avaliação “de maneira sustentável”.

Embora tenha o Tribunal Constitucional Alemão, na ocasião, conferido a construção referente à proibição da insuficiência a Isensee³⁰, o desenvolvimento inaugural e significativo em âmbito doutrinário é atribuído³¹ a Claus-Wilhelm Canaris, que discorreu sobre o assunto no campo dos deveres estatais de proteção e da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, no ano de 1984.

Para Canaris, a proibição da insuficiência³² tem por função indicar um patamar mínimo de proteção ao direito fundamental que deve ser pelo legislador garantido³³, dispondo, ele, para agir, de ampla liberdade de conformação. No entanto, como para proteger um direito, por vezes, se tem que limitar outro, reconhece ao legislador um corredor (*korridor*) entre a proibição da insuficiência, a indicar o limite mínimo, e a proibição do excesso³⁴, que representa o limite máximo de atuação, por onde ele transitará livremente.

Defende o autor que a eficácia da proibição da insuficiência (relacionada ao imperativo de tutela³⁵) é mais fraca que a da proibição do excesso³⁶, eis que não se poderia impor ao Estado no âmbito das omissões o mesmo ônus de fundamentação em relação às restrições, em razão da multiplicidade de medidas aptas a colmatar uma omissão³⁷.

²⁹ Ou seja, quanto à total inadequação e inutilidade das medidas escolhidas.

³⁰ MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão. *Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 185.

³¹ O próprio autor se considera “precursor” do desenvolvimento. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60.

³² Que tem por pressuposto a aplicabilidade do direito fundamental em causa e o apuramento da existência de um dever de proteção. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 105.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 122 ss.

³⁴ Sobre a relação entre a terminologia proibição do excesso e a proporcionalidade, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 40 ss.

³⁵ Para o autor, equivalente a dever de proteção.

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65 ss.

No Brasil, em sentido semelhante, advogando uma eficácia mais fraca, GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 74.

³⁷ O controle jurisdicional é, como anota Jorge Reis Novais, de evidência, vinculado ao resultado e não à forma como ele foi alcançado, importando, apenas, apurar o atingimento do grau de proteção. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 179.

Segundo Canaris, então, a proibição da insuficiência está associada a uma noção de proteção mínima e de respeito à liberdade de conformação do legislador, que se moverá em uma espécie de corredor, entre ela e a proibição do excesso. Tal posicionamento tem destaque ainda hoje³⁸.

Verifica-se, contudo, que as decisões citadas, em especial a segunda, embora reconheçam algumas das premissas, delas se distanciam, eis que examinam pormenorizadamente as opções legislativas, acabando por apontar uma única solução como adequada. E, embora a segunda decisão faça menção ao “mínimo”, estabelece a necessidade de uma proteção “adequada e efetiva”, o que, ao que tudo indica, o extrapola³⁹.

Conquanto haja divergências, pode-se concluir que surge o instituto associado à primeira vista aos deveres de proteção⁴⁰ e, para Canaris, designadamente no âmbito de discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e do papel do Estado em um domínio de relações ditas triangulares⁴¹.

Posteriormente, contudo, os dois núcleos foram dissociados, estudando parcela dos autores⁴² a suficiência do comportamento estatal também em relação aos demais deveres

³⁸ A elaboração de Canaris é retomada, embora com diferenças, por Jarass, Gotz e Isensee, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 262.

Como observa Vitalino Canas, o autor reduz a proibição de insuficiência ao âmbito dos deveres de proteção e não elabora sobre aspectos estruturais do instrumento. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 911.

³⁹ Neste sentido, ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 21; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 334.

⁴⁰ No Brasil, as primeiras referências mais aprofundadas também envolvem os deveres de proteção, notadamente no campo do direito penal, nos anos de 2004 e 2005. A propósito: FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 47, p. 60-122, 2004; STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, 97, p. 171-202, mar/2005. Não obstante, impende ressaltar que, no ano de 2000, Gilmar Ferreira Mendes sobre o tema tratou ao se reportar aos deveres de proteção e respectiva classificação (dever de proibição, dever de segurança, dever de evitar riscos), bem como à doutrina de Canaris, reproduzindo, doravante, as premissas em seus votos. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

⁴¹ Relações triangulares ou multipolares são aquelas em que envolvem o Estado, no topo, e os particulares no piso do triângulo, um deles como interveniente (agressor, favorecido) no direito do outro (agredido, prejudicado); em contraste às clássicas relações bipolarizadas (lineares) de direitos fundamentais envolvendo apenas Estado o cidadão. CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 258 apud RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 34.

⁴² Há quem continue afetando a proibição do défice aos deveres de proteção apenas. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 590.

de ação, como os de prestação em sentido estrito e de organização e procedimento⁴³, ou seja, sempre que a Constituição impuser um *facere*, abre-se a possibilidade de eventual necessidade de controle⁴⁴.

Jorge Reis Novais cogita, em relação aos deveres estatais, um controle de certa forma unitário, sempre que “possível retirar da Constituição comandos de prestação dirigidos aos poderes públicos que, sendo incumpridos, geram potenciais situações de inconstitucionalidade por insuficiência de realização”⁴⁵. Assim, a proibição de insuficiência seria aplicada independentemente do tipo de dever e direito envolvidos e da relação desenvolvida, observando-se, sempre, as margens do legislador, em relação às quais desenvolve o que chama de “reservas”⁴⁶.

Em contrapartida, Vitalino Canas entende incabível uma teoria unitária aplicável a todos os deveres envolvidos, o que o leva a diferenciar o que denomina “proibição de deficiência paritária” de uma “não paritária”, a depender do tipo de colisão, se entre deveres constitucionais (paritária) ou entre deveres de ação e permissões de promover outros bens, interesses ou valores (não paritária)⁴⁷.

Aos posicionamentos retornar-se-á. Por ora, registre-se que, ainda que difundida a aplicação do instrumento, muitas são as vozes avessas à sua autonomia e divergências a ele relacionadas, de que são exemplos os posicionamentos anteriores e a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que ora utiliza um controle de evidência e de mínimos, ora intenso, limitando-se, por vezes, a examinar apenas os motivos de que se valeu o legislador .

Uma explicação para tal vinculação está em CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 966-967. Em contrapartida, estendem aos demais deveres, exemplificativamente, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 – versão e-book kindle, sem paginação; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 419.

⁴³ Aqui, vale-se da classificação de Alexy. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 444. As classificações são variáveis e foge ao escopo do trabalho apresentá-las todas.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 181.

⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 338; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 203-207.

⁴⁶ Em breves linhas, para o autor, a reserva imanente de ponderação é típica dos direitos de caráter principiológico que são suscetíveis à colisão com outros direitos fundamentais e a sofrerem restrições. A segunda, reserva do politicamente adequado ou oportuno, diz respeito às prerrogativas dos órgãos políticos quanto à escolha do meio adequado para proteger um direito fundamental. Por fim, tem-se a reserva do financeiramente possível, que se relaciona aos custos para a implementação do direito e que pressupõe escolhas alocativas por parte dos poderes legitimados a tanto. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 347.

⁴⁷ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 968.

No Brasil, a temática ainda é incipiente e pouco explorada doutrinariamente, cingindo-se a maioria dos autores a apenas fazer referência ao princípio⁴⁸ e às decisões do Supremo Tribunal Federal que se valeram da construção, ainda que sem aprofundá-la.

Interessante pontuar que o tema também recebeu atenção por ter sido apontado pela doutrina como fundamento para condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁹, nas quais se reconheceu que a atuação do Estado brasileiro foi insuficiente para a proteção de vítimas de crimes graves⁵⁰.

Em âmbito interno, o STF se valeu da proibição da insuficiência como argumento pela primeira vez em 2006⁵¹, ao julgar um feito de natureza criminal. Após, passou a utilizá-la de forma não linear, porém progressiva, tanto ao apreciar matéria de direito penal (em jogo deveres de proteção), quanto no controle de deveres estatais diversos, como se examinará na última parte do trabalho.

Ainda que o tema tenha sido incorporado aos estudos doutrinários e à jurisprudência brasileira nos últimos quinze anos, não houve aprofundamento das nuances, sendo ele utilizado sem muita precisão. E, além das fronteiras, nota-se resistência em reconhecer-lhe autonomia e, ainda que admitida, ausência de consenso quanto aos seus contornos. Os diversos entendimentos acerca do assunto são difíceis de ser catalogados, embora possuam entre si, por vezes, pontos de contato.

⁴⁸ Registre-se que foge ao escopo da investigação posicionar-se acerca da natureza da proibição da insuficiência, se regra, princípio, preceito. Vale-se, aqui, do esclarecimento de Vitalino Canas ao abordar semelhante questão em relação à proibição do excesso, que vincula a opção à apuração “se a perspectiva da decomposição binária dos ordenamentos jurídicos em regras em princípios, hoje dominante, é correta e quais os critérios distintivos” e à estabilização do conteúdo da proibição. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 59. No entanto, por vezes mencionar-se-á o princípio da proibição de insuficiência, em consonância com a jurisprudência do STF.

⁴⁹ Instituída pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, internalizada pelo Brasil com a promulgação do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, possui hierarquia de “supralegalidade”, conforme decisões no HC 87.585 e no RE 466.343.

⁵⁰ A decisão proferida no caso Ximenes Lopes foi a primeira condenação brasileira, em 04 de julho de 2006. O caso envolvia pessoa portadora de doença mental que, em decorrência de maus tratos sofridos em Clínica de tratamento psiquiátrico, faleceu três dias após o internamento. Reconheceu-se a violação ao direito à vida e à integridade pessoal do senhor Damião Ximenes Lopes e à proteção e garantias judiciais da família da vítima. Cita-se, ainda, por parte da Corte, a decisão do caso Garibaldi, do ano de 2009, concernente à inobservância da obrigação de investigar e punir o homicídio do senhor Sétimo Garibaldi, da qual se extrai uma “obrigação de investigar” por parte do Estado e de “sancionar a privação do direito à vida”. Referidas decisões, além de obrigarem o Estado a reparar as vítimas, tiveram por escopo também aperfeiçoar o ordenamento jurídico para “atingimento da proposta da Convenção”. Ambos os casos envolveram relações entre particulares, e deles desponta a ideia de que o Estado deve protegê-los em face de agressões de particulares. Para mais detalhes, GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 173-206.

⁵¹ Recurso Extraordinário 418.376.

Somam-se a essas dificuldades outras, relativas especificamente ao respectivo controle de constitucionalidade: em decorrência da estrutura alternativa ou disjuntiva⁵² dos direitos positivos, em regra há mais de um meio apto a realizá-los, incumbindo, via de regra, em respeito à separação de poderes, ao legislador a realização de tal escolha e não ao tribunal. Além disso, em teoria, é sempre possível “fazer mais”⁵³, de forma que estabelecer um ponto abaixo do qual o Estado incorrerá em omissão é tarefa deveras dificultosa — envolve não só noções díspares a respeito da separação de poderes estatais e dos limites à atuação jurisdicional⁵⁴, como concepções também diversas em relação aos direitos fundamentais.

Vale registrar que o legislador não é o único destinatário dos deveres constitucionais de ação⁵⁵, no entanto em regra é o primeiro, cabendo, em momento distinto, à administração o cumprimento dos deveres consagrados em lei e ao Judiciário o controle de constitucionalidade da legislação ou dos atos administrativos⁵⁶.

Feitos os apontamentos acima, cumpre, inicialmente, enfrentar questão que logo desponta ao se tratar da proibição da insuficiência, relativa à autonomia do instrumento em relação aos deveres de proteção (e, diga-se, outros deveres de ação) e à proibição do excesso. Para além de indicar alguns posicionamentos sobre o assunto, procurar-se-á responder às indagações acerca da necessidade de se valer da proibição da insuficiência no controle das omissões, havendo, à disposição, outras figuras mais familiares.

⁵² Cf. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 123.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 257.

⁵⁴ Releva a crítica de Jane Reis Gonçalves Pereira, para quem a proibição de insuficiência é um potente instrumento a serviço do ativismo judicial, na medida em que amplia sobremaneira as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário no espaço de conformação do legislativo. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 204, p. 204.

Para Jorge Reis Novais: “o juízo sobre eventual inconstitucionalidade por insuficiência de realização de direitos positivos não pode ignorar que o poder público responsável está simultaneamente juridicamente limitado e politicamente condicionado pelo dever de respeitar, de proteger ou de promover os direitos fundamentais dos outros particulares, o que torna ainda mais complexa a análise de constitucionalidade”. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 176.

⁵⁵ Em relação aos deveres de proteção, SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 588 e RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 09.

⁵⁶ Não se exclui, contudo, a atuação autônoma, cf. ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 7 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 88.

2.1 AUTONOMIA x *kongruenzethese*

Antes de adentrar nas discussões acerca dos contornos do instituto, é de se analisar, por coerência, se é correto falar em proibição da insuficiência como instrumento autônomo e independente no controle de constitucionalidade das omissões estatais, eis que inúmeras são as críticas no sentido de que é dispensável, ao argumento de que se confunde com institutos já consolidados⁵⁷.

Pois bem. A autonomia dogmática da proibição da insuficiência é geralmente questionada em duas frentes⁵⁸. A primeira sustenta que ela está umbilicalmente ligada aos deveres de ação do Estado decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, originariamente o dever de proteção. Assim, não haveria espaço dogmático para a proibição do déficit, eis que, a partir do momento que se reconhece que incumbe ao Estado determinado dever e que esse é por ele descumprido, a omissão estatal fere o próprio dever em si, prescindindo, portanto, de qualquer exame complementar a título de suficiência.

A outra frente se posiciona pela desnecessidade da construção alicerçada no entendimento de que, por meio da análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade de uma medida restritiva, no âmbito da proibição do excesso, que implica o exame da relevância da proteção, chegar-se-ia a resultado equivalente ao proporcionado pelo novel instrumento, razão pela qual seria desnecessário. A proibição do déficit, portanto, representaria o outro prisma do conflito (ou a outra face), mas nada acrescentaria ao exame.

Tais posicionamentos, abarcados pela tese da congruência (*kongruenzethese*), receberam a devida apreciação crítica. Além disso, exame dos contrapontos indica que a proibição da insuficiência possui, ao contrário do sustentado, campo próprio.

O primeiro entendimento é afastado logo de início por Canaris, que procura estabelecer clara distinção entre dever de proteção e proibição da insuficiência. Em sua ótica, o

⁵⁷ Para uma síntese de outras críticas à construção: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A doutrina da proteção da insuficiência (“Untermaßverbot”). In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 87 ss; SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 587 ss.

⁵⁸ Pode-se citar também a tese da convergência estadualística de Schwabe, para quem se um comportamento não estiver proibido, então ele é permitido e deve ser aceito pelos particulares afetados; mesmo que o comportamento não for imputável ao Estado, a autorização para a sua prática sempre o é, de forma expressa ou implícita, de forma que o particular pode contra ele invocar o seu direito fundamental na modalidade direito de defesa, pelo que a construção, no âmbito de proteção, também seria desnecessária. A propósito, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 270 ss.

dever de proteção refere-se a “se” o Estado deve atuar⁵⁹, enquanto a proibição da insuficiência se ocupa do “como” agir⁶⁰. Apenas se o conteúdo da proteção estiver inteiramente determinado é que não caberia, em sua visão, nenhuma função à proibição de insuficiência⁶¹. Daí se concluir que é um recurso auxiliar para determinação da medida do dever estatal de ação, mas que com ele não se confunde⁶².

Com conclusão similar, mas em sentido ligeiramente diverso, Jorge Pereira da Silva assevera que, enquanto o dever de proteção representa uma imposição constitucional, a vedação do déficit constitui um parâmetro para controlar se a imposição foi ou não cumprida – mais do que “como” foi cumprida (conforme versão de Canaris), ocupar-se-ia do “quantum”. Para ele, inclusive, os deveres de proteção subsistiriam para além do ponto de partida⁶³ (ou seja, para além de “se” o Estado deve atuar). Dessa forma, em sua ótica, dever de proteção e proteção de insuficiência são realidades distintas, mas ligadas por um vínculo de exclusividade⁶⁴.

Vitalino Canas se aproxima dos entendimentos reportados ao estabelecer que o dever de ação extraído da norma constitucional é pressuposto para a aplicação da proibição do defeito, pelo que são distintos. O seu raciocínio se processa da seguinte forma: uma omissão estatal em relação ao cumprimento de determinado dever de ação é a princípio antijurídica; a conclusão quanto à antijuridicidade de forma definitiva só se formará após o exame da justificação da omissão com base nas exigências da proibição do defeito⁶⁵.

Ainda que com diferenças, os entendimentos citados por si sós afastam a tese da congruência relativamente aos deveres de ação. Corrobora essa conclusão o fato de que se

⁵⁹ O dever de proteção seria, em realidade, pressuposto para o exame relativo à proibição de insuficiência, juntamente com a aplicabilidade da previsão normativa do direito fundamental em causa. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 105.

⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 122.

⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 124 ss.

⁶² FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 164 e 166.

⁶³ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 594.

⁶⁴ SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 592.

⁶⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 958 ss. Conclui o autor: se a omissão supera as exigências da proibição do defeito, não há violação da proibição do defeito, pese haver incumprimento do dever de ação *prima facie*. Se omissão não superar as exigências, não há justificação para a omissão e há violação da proibição do defeito e incumprimento consolidado do dever de ação. Se ao dever corresponde uma posição jurídica subjetiva, a violação da proibição do defeito é, em última análise, também uma violação do direito.

Em sentido similar, cujo pensamento serviu de ponto de partida para a concepção de Vitalino Canas, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 - versão e-book kindle, sem paginação.

reconhece à proibição do defeito um campo de aplicação que não se resume às relações triangulares, pois pode ser manejada no controle da suficiência dos deveres de prestações positivas do Estado⁶⁶ em geral, inclusive no campo dos direitos sociais e quando em cena relações ditas bipolares, em que num dos polos se encontra o Estado e noutro, o indivíduo titular do direito.

Releva indicar outra distinção. No entendimento de Jorge Reis Novais, é por meio do princípio que proíbe a insuficiência que ocorre a ressubjetivização do direito fundamental, isto é, passa-se a ter uma pretensão subjetiva que pode ser judicialmente exigível, o que representa um acréscimo em relação ao dever de proteção ou de promoção⁶⁷.

No que tange à tese de que a vedação à insuficiência nada acrescentaria ao que é obtido com a proibição do excesso⁶⁸ (ou seja, o exame da proporcionalidade da atuação estatal ao afetar determinado direito já bastaria para se apurar a suficiência da proteção do direito antagónico — a partir do que se concluiria serem duas faces de uma única moeda⁶⁹), as críticas são de diversas ordens.

Antes, é de se esclarecer o raciocínio dos defensores da tese. Para eles, não há necessidade de aplicação dos dois instrumentos, eis que o fim do ato legislativo que interfere em um direito é a proteção de outro⁷⁰, pelo que há de sujeitar o meio escolhido para cumprimento do fim constitucional ao princípio da proporcionalidade, unicamente⁷¹.

Residiria, segundo essa concepção, na indispensabilidade ou na necessidade, a conexão entre eles: deve o Estado “fazer em relação ao direito afetado exatamente o que for indispensável fazer para proteger o bem que tiver de ser protegido”⁷².

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 286.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 266.

⁶⁸ Conforme Karl-Eberhard Hain, um dever é ou não cumprido, não podendo sê-lo minimamente ou maximamente, dispensando, portanto, a ideia de *korridor* HAIN, Karl-Eberhard. *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot*. DVBl, 1993, p. 983 *apud* CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 913.

⁶⁹ O que não significa que o princípio da proibição do défice utilize os mesmos e exatos três testes da proibição do excesso. SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 596.

⁷⁰ Conforme esclarece CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 914.

⁷¹ “A mesma e única exigência de proporcionalidade que se impõe à atuação do Estado seria simplesmente encarada e invocada por um dos lados como proibição do excesso e do outro como proibição do défice, mas isso não poria em causa a unicidade da natureza do controle e do seu resultado”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 268.

⁷² A conclusão é de Karl-Eberhard Hain. HAIN, Karl-Eberhard. *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot*. DVBl, 1993, p. 983 *apud* CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 915.

Para George Marmelstein, a ideia da proibição de insuficiência seria “embutida” no princípio da proporcionalidade tal como a da proibição do excesso (MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 386); segundo Jorge Silva Sampaio, existiria confluência (ou circularidade dos princípios) no âmbito dos

Nessa visão, ao se proteger em demasia um direito, intervir-se-ia em excesso em outro, violando-se, por conseguinte, o princípio da proibição do excesso, em último prisma. Sob outro ângulo, mas com o mesmo efeito prático, “há inconstitucionalidade quando Estado não restringe suficientemente um direito fundamental na dimensão exigível pela proteção do outro”⁷³. Daí a constatação de que o limite da proteção seria o da afetação excessiva em outro.

Depreende-se do raciocínio que ele se concentra unicamente nas chamadas relações triangulares, ou seja, nos casos em que há um direito contraposto definido, e resume-se a situações em que colidem dever de proteção e dever de respeito⁷⁴. Nessa perspectiva, de plano se constata que a visão acima retratada apresenta a mesma falha da versão da *kongruenzthese*, que equipara proibição da insuficiência e dever de proteção: não resolve a problemática no caso de ausência de constelações triangulares⁷⁵, ou seja, quando não há direitos alheios envolvidos ou quando colidem deveres estatais diversos dos referidos.

Essa concepção se afasta da construção original da proibição de insuficiência, na medida em que suprime a liberdade de conformação do legislador, antes retratada como uma espécie de corredor⁷⁶. Assim, não lhe reconhece espaço para atuar, pois os marcos da interdição do excesso e a da deficiência confundir-se-iam, o que iria de encontro à separação de poderes⁷⁷.

conflitos pluridimensionais de direitos fundamentais, podendo aí a proibição da insuficiência ser encarada como parte do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou como um reverso da proibição do excesso (SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 146). A crítica de Vitalino Canas reside no fato de que a indispensabilidade pode ser vista sob dois prismas: do ponto de vista da proibição do excesso, meio necessário é aquele que, entre os disponíveis, não tem alternativa menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior; do ponto de vista da proibição do defeito, a questão é saber se há alternativa igualmente ou menos interferente com grau de satisfação maior (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 915).

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 269.

⁷⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 - versão e-book kindle, sem paginação.

⁷⁵ A título de exemplo, não resolveria os casos de catástrofes naturais (deveres de proteção contra riscos naturais), deveres de promoção e deveres de criação de condições de igualdade, cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A doutrina da proteção da insuficiência (“Untermaßverbot”). In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 83 e CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1019.

⁷⁶ Ainda que os defensores da concepção aleguem que o legislador mantém liberdade de avaliar e valorar, definir fatos relevantes e atribuir peso aos bens jurídicos (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 916.). Para Martin Borowski, a tese da congruência não seria compatível com a observância das margens de ação do legislador. (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007- versão e-book kindle, sem paginação). Para o último autor especificamente, enquanto o exame da interdição do excesso se esgota na análise da intervenção estatal, o exame da proteção deficiente exige averiguar a proporcionalidade de todos os meios possível, ainda que em causa um meio concreto que favoreça o direito à prestação.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 269.

Para alguns, o raciocínio levaria à busca de uma medida ótima, por meio da composição ou da concordância prática⁷⁸, malgrado entenderem outros que o resultado nunca fugiria a um conteúdo mínimo de proteção, sob pena de acarretar uma intervenção excessiva em outro direito⁷⁹.

Não é só.

Ao se concordar com a visão acima, deixar-se-ia de examinar se a medida pelo legislador escolhida (ou a ausência dela) cumpriria de forma satisfatória as imposições constitucionais, pois o controle ater-se-ia à busca de medidas aptas a atender duas situações: que protejam/promovam com igual eficiência o direito de um e interfiram de forma menos gravosa no de outro.

Tendo isso dito, verifica-se que a concepção falha ao não perceber que o exame é distinto: enquanto a proibição do excesso tem por objeto uma medida específica e analisa-a segundo a ótica/finalidade do legislador, a proibição do déficit se ocupa do estado da ordem jurídica globalmente⁸⁰ e apura se é consentâneo com a finalidade constitucional⁸¹.

Nessa perspectiva, conclui-se serem juízos distintos, a despeito de se reconhecer que o papel da proibição da insuficiência é similar ao exercido pela proibição do excesso, a primeira no âmbito dos deveres de prestação em sentido amplo e a segunda no campo dos deveres de respeito⁸². Alerta-se, contudo, que, para a concepção que entende que os direitos fundamentais devem ser sempre otimizados, a distinção careceria de sentido prático, vez que o ponto ótimo de realização do direito confundir-se-ia tanto com o dever de ação em si (que não subsistiria para além dele) quanto com o princípio da proporcionalidade⁸³, como se verá adiante.

Por todos esses motivos, não há que se falar em coincidência dos instrumentos, eis que o exame da suficiência do agir estatal é distinto em relação ao efetuado no âmbito da proibição do excesso, visto que prescinde da análise de um direito contraposto, que não raras vezes sequer existe, tem por parâmetro a Constituição em si e ocupa-se, não da apreciação de

⁷⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 914.

⁷⁹ ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 57.

⁸⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 147-148; SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 598.

⁸¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 598 e 603.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 289.

⁸³ Embora os principais defensores da concepção tenham negado a congruência, conforme se verá do posicionamento de Boworski e Alexy, mais além.

um ato específico, mas do ordenamento jurídico considerado globalmente, isto é, examina se o preceito constitucional recebeu, por parte do Estado, a devida realização.

Em suma, a proibição de insuficiência possui autonomia em relação ao dever constitucional de ação em sentido amplo, eis que é instrumento para exame da constitucionalidade do comportamento estatal (omissivo ou não satisfatório). Da mesma forma, possui autonomia em relação à proibição do excesso, pois se ocupa da aferição da compatibilidade da conduta com as imposições constitucionais, o que acaba inevitavelmente em segundo plano com a proibição do excesso, cujo foco recai na ingerência em outro direito ou interesse.

Nessa perspectiva, prosperam os argumentos contrários à tese da congruência acima expostos.

Evidenciada a autonomia dogmática do tema, é de se repisar que a doutrina se concentra, há algum tempo, em delimitar os contornos e a estrutura do instrumento, conquanto ainda não haja consenso.

Sequencialmente, alguns entendimentos gerais e específicos serão pontuados, em especial os corriqueiramente citados pelo Supremo Tribunal Federal. Desde já, registra-se que não se tem a preocupação de exaurir os posicionamentos a respeito do tema, pois como bem indicou Jorge Reis Novais, praticamente todo autor que sobre ele elabora com mais desenvolvimento se sente obrigado a apresentar uma proposta distinta, o que indica que o seu conteúdo normativo está longe da estabilização, mas que, ainda assim, não se pode dele prescindir⁸⁴.

⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 324; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 188-189.

3. ACEPÇÕES ACOLHIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já se pontuou, vários são os entendimentos a respeito do instrumento. Pinçaram-se alguns, tidos como principais, após exame minucioso dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que se valeram de alguma forma da proibição da insuficiência como critério decisório. No entanto, o caminho que se percorrerá nas próximas páginas é invertido: apontar-se-ão as principais correntes a respeito do assunto, para, só então e a partir delas, analisar os casos submetidos à apreciação do STF.

3.1 DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE, ESTRUTURADA A PARTIR DE EXAME ESCALONADO

Inicia-se o tópico de forma heterodoxa, uma vez que à partida se traz uma conclusão, especificamente a de que o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência brasileiras (talvez não só brasileiras), notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, considera a proibição da insuficiência como componente de um princípio maior da proporcionalidade⁸⁵, tal e qual a proibição do excesso⁸⁶.

Sustenta-se, nesse viés, que a concepção de proporcionalidade ganha uma nova perspectiva, a fim de se adaptar à função positiva dos direitos fundamentais e do hodierno papel do Estado, que passa a se incumbir também da proteção e da promoção dos direitos⁸⁷.

De acordo com a parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência, o manejo de um ou de outro guardaria vinculação direta com a natureza do direito em causa. Assim, o controle de um direito negativo, que demanda uma abstenção estatal, seria realizado nos moldes

⁸⁵ Para Jorge Pereira da Silva, é uma evidência englobar o princípio da proibição da insuficiência no superprincípio da proporcionalidade, introduzindo no seu conteúdo testes relativos à eficácia e efetividade da tutela jurisdicional imposta pela Constituição e estranho seria que o desenvolvimento dogmático de uma nova dimensão positiva dos direitos fundamentais não tivesse consequência no conteúdo e estrutura da proporcionalidade. Para ele, nas constelações triangulares, só um princípio da proporcionalidade abrangente permite-se fazer um exame correto e completo do caso em apreço, pois na sua configuração atual a proporcionalidade só considera parte do problema. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 604.

⁸⁶ No Brasil, comungam deste entendimento Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Feldens, Gilmar Ferreira Mendes, Lenio Streck, Maria Luiza Streck. Fora do Brasil, citam-se, exemplificativamente, Carlos Bernal Pulido, Laura Clerico, Martin Borowski, Jorge Pereira da Silva, Jorge Miranda e Vitalino Canas, cujas obras foram referenciadas nesta dissertação.

⁸⁷ GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165. Para o autor, contudo, “a proibição de ir longe demais (Übermaßverbot) e a proibição de fazer muito pouco (Untermaßverbot) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos”.

da proibição do excesso. Ao contrário, diante de um direito positivo, que exige uma atuação do Estado, o exame dar-se-ia em conformidade com a proibição da insuficiência⁸⁸.

Atribui-se-lhe, em regra, um modelo de controle análogo ao da vedação do excesso, isto é, o teste escalonado, adaptando-o às especificidades do controle da omissão⁸⁹.

Alerta-se, contudo, que a proposta ora em exame é uniforme unicamente em atribuir estrutura de controle semelhante à da proibição do excesso, abrangendo entendimentos diversos a respeito do conteúdo propriamente dito.

Abarca o tópico, portanto, várias concepções a respeito do tema, que encontram denominador comum no entendimento de que representa elemento da proporcionalidade, com estrutura escalonada similar à proibição do excesso.

A análise de uma interferência em um determinado direito, em breves e muito simplificadas linhas⁹⁰, dá-se da seguinte maneira⁹¹: após a verificação da finalidade⁹², averiguar-se-ia se a medida é apta à consecução do fim legítimo (bem, interesse ou direito⁹³); na sequência, se é necessária ou indispensável, ou seja, se é menos onerosa ao direito do que

⁸⁸ Vitalino Canas possui entendimento ligeiramente diverso, que será explicitado doravante.

⁸⁹ A título de exemplo, BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012; CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos. Coimbra: Almedina, 2017; CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell Editor, 2008, p. 126; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014 – versão e-book kindle, sem paginação; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁹⁰ Pertinente a crítica de Jorge Reis Novais, para quem o princípio tem sido objeto de uma banalização de invocação e simplificação no ensino, que o degradam aos termos de pura retórica, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 96.

A referência ao teste que se faz neste estudo (simplificada) tem por função apenas servir como comparativo à estrutura por parte da doutrina idealizada à proibição da insuficiência.

⁹¹ Insta indicar o posicionamento de Jorge Reis Novais, para quem as fases não são sequenciais quando diante dos considerados “casos difíceis”, que são resolvidos por meio de uma comparação de alternativas, tendo em conta a aptidão para atingir o fim, gravidade do sacrifício produzido e do benefício alcançado, em que se põe em relação o acréscimo marginal do benefício produzido pelas propostas em alternativa ao acréscimo marginal do sacrifício provocado, tudo para apurar se a relação é ou não desproporcionada. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 331; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 196.

⁹² Alguns autores entendem que a aferição da legitimidade é autônoma em relação à adequação e não faz parte da proporcionalidade: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 399 (é pressuposto para a aplicação da proibição do excesso); NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 738; outros, indicam-na como um primeiro passo no exame da proibição do excesso: BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 430 ss; SANCHÍS, Luís Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades*. a. V, n. 8, 2000, p. 445; por fim, há quem insira a análise no segmento da adequação: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014 – versão e-book Kindle, sem paginação.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 191.

outras medidas alternativas igualmente aptas⁹⁴; ao final, se é proporcional em sentido estrito, isto é, se o grau de não realização de um direito é proporcional à importância da realização do direito contraposto, ou, em outra visão, se o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que ela acarreta⁹⁵.

O exame está longe de ser simples e, embora prevaleça a estrutura tríplice acima indicada, nota-se a ausência de consenso a respeito de questões menores, como o número de segmentos, respectiva denominação e o momento em que ocorre o exame da finalidade. Também não há consenso em relação a questões com grande potencial de impactar no resultado final, notadamente quanto à exigência de uma versão forte ou débil das etapas da adequação e da necessidade, se são apuradas de forma abstrata ou concreta, o parâmetro temporal do controle (se promovido pela perspectiva *ex ante* ou *ex post*) e a intensidade do exame judicial — é de se apontar que as questões continuam a ser amplamente discutidas também em sede de proibição do défice.

Em se tratando de direitos positivos, que demandam uma prestação estatal e cujo exame recai sobre uma omissão total ou parcial, o consenso se revela ainda mais dificultoso e algumas modificações dos critérios são formuladas, em especial em relação à adequação e à necessidade⁹⁶.

No que diz respeito à finalidade, as divergências são de pronto notadas. Para parcela dos autores, a finalidade diria respeito à realização do próprio direito que demanda uma atuação positiva do Estado⁹⁷; outros entendem que, ao contrário, se vincularia ao direito ou

⁹⁴ Cf. entendimento de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 188.

⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 170.

⁹⁶ CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 172.

⁹⁷ Para Laura Clérico, este fim pode ou não coincidir com o fim estatal, sendo indiferente que o Estado o persiga, cf. CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 177. Da mesma forma, para Ingo Sarlet (que perfilha do posicionamento de Calliess), cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 403. Para Jorge Pereira da Silva, embora não comungue da estrutura tríplice escalonada, pois entende que a proibição o defeito trabalha essencialmente com ideia de efetividade ou eficácia, como capacidade real para atingir resultado, o fim é o constitucional, decorrente da proteção de certo bem jusfundamental em face de ameaças que o perturbam, cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 598 ss.

interesse que seria afetado por uma (maior) atuação estatal⁹⁸. Ainda, alguns sustentam que são ambas⁹⁹ e, por fim, há quem não atribua finalidade alguma ou contente-se com a suposição de que o legislador desconhecia a insuficiência da proteção¹⁰⁰.

De plano, nota-se que na proibição da insuficiência o fim a ser considerado é geralmente suposto, ficto, eis que inviável desvendar a intenção de todos os parlamentares envolvidos na elaboração de uma lei tida por insuficiente ou em sua não edição¹⁰¹. Dessa forma, supõem uns que a finalidade diz respeito ao próprio direito que se deseja proteger ou promover e em relação ao qual a atuação não se deu a contento — o que não faz muito sentido ao se pensar na omissão total. Outra parcela, ao revés, entende-a como interligada ao direito ou interesse contraposto: supõe-se que agiu de tal forma o legislador com o intuito de alcançar fins ligados ao direito colidente ou a outros pela Constituição permitidos.

Após a identificação (ou melhor, atribuição) da finalidade, examinar-se-ia se o comportamento estatal é apto ao seu atingimento^{102 103}. Para alguns, tal etapa é inútil¹⁰⁴.

⁹⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1022 (especificamente no caso de colisão entre deveres estatais e no caso de omissões parciais). É também o que parece ser a posição de Pulido, para quem uma carência de proteção ótima de um direito fundamental é idônea se gera uma maior realização do fim constitucionalmente legítimo do Parlamento. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014 - versão e-book kindle, sem paginação. Por fim, BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 431.

⁹⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 - versão e-book kindle, sem paginação. O autor trata da idoneidade interna e externa, a depender do fim, se correlato ao próprio direito à prestação ou à realização otimizada de princípios outros.

¹⁰⁰ Posicionamento retratado por ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 52.

¹⁰¹ Em sentido semelhante, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 328; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 193.

¹⁰² Ou, segundo Virgílio Afonso da Silva, para fomentar a realização do objetivo perseguido. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 170.

¹⁰³ Para Laura Clérico, se o fim estatal não coincidir com a realização do direito fundamental, levar-se-ão em conta ou o fim estatal expresso ou implícito e o fim relacionado com a realização do direito fundamental. Sustenta que para que o exame tenha sentido é necessária uma versão diferente de fomento do que a exigida pela *Übermassverbot*, averiguando-se tanto a adequação em abstrato e em geral quanto a concreta e individual, sendo que aptidão abstrata e geral e a concreta e individual levam o exame às fases posteriores. Anota, contudo, que o Tribunal Constitucional Alemão tem adotado um controle de evidência nesta fase, em que apenas reconhece a inidoneidade quando as medidas são evidentemente defeituosas, o que é por ela criticado. Por fim, esclarece que é reconhecida ao legislador uma margem de apreciação a respeito do meio, dentre os idôneos e os suficientes. CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 178 ss. Segundo Aharon Barak, a margem de discricção do legislador é ampla e a do Judiciário é baixa. BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 432.

¹⁰⁴ Para omissão total, cf. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1018; ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 55-56.

Argumenta-se, por um lado, que a omissão total feriria o próprio dever de proteção¹⁰⁵ e não a proibição da insuficiência. E, mesmo que não se entenda dessa forma, o exame seria supérfluo, visto que uma omissão total nunca contribuiria para a realização do direito que demanda uma atuação positiva¹⁰⁶. Sob outro prisma, vinculando a finalidade ao direito contraposto¹⁰⁷, toda omissão seria adequada.

No tocante à omissão parcial, a idoneidade ou a aptidão para parcela dos autores seria a capacidade de as medidas já adotadas perseguirem os fins¹⁰⁸, relevando a crítica de que o controle continuaria despido de sentido no caso de colisões envolvendo deveres constitucionais de ação e de abstenção, tendo como finalidade a preservação da liberdade, eis que seria redundante ao efetuado no âmbito da proibição do excesso¹⁰⁹.

Outra indagação diz respeito à intensidade das exigências, que reproduz o questionamento realizado no âmbito da proibição do excesso: basta uma adequação mínima¹¹⁰ para se entender pela idoneidade do meio ou são necessários critérios mais elevados? Se admitida a imprescindibilidade de que o meio realize integralmente ou de forma plena o fim, reconhecer-se-ia facilmente uma inconstitucionalidade já no primeiro segmento¹¹¹, o que, segundo alguns doutrinadores, limitaria o âmbito de conformação do legislador ordinário, ao argumento de que algumas situações emergenciais poderiam levá-lo a privilegiar outras finalidades¹¹², razão pela qual o exame deveria ser efetuado em sede de proporcionalidade em sentido estrito¹¹³.

¹⁰⁵ Cf. expõe ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 55-56. Em sentido contrário, SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 329.

¹⁰⁷ O que seria totalmente inadequado às relações bipolares, e “se o objetivo é fazer o preenchimento normativo do princípio da proibição do défice, não faria sentido uma proposta que abdicava, à partida, de o preencher numa das situações típicas da sua aplicação”. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 194-195.

¹⁰⁸ Segundo Vitalino Canas, entendidos como o fim da superação entre dois deveres constitucionais ou o fim legítimo autorizado e não devido em sendo a colisão com a persecução de outro fim que não o constitucional. E a consequência da inadequação para perseguir o fim seria a sua apreciação como omissão total, cf. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1024. Em sentido similar, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014 - versão e-book kindle, sem paginação.

¹⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 331.

¹¹⁰ BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 432.

¹¹¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1024.

¹¹² ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 290-291.

¹¹³ CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 179.

No que se refere ao segmento posterior, necessidade, elabora-se que uma medida seria necessária se inexistente uma alternativa cuja aplicação implicasse pelo menos o mesmo grau de favorecimento do princípio respectivo, acarretando, em troca, menos consequências desvantajosas para bens e direitos em sentido contrário¹¹⁴.

Parte considerável da doutrina prefere tratar da “efetividade” da medida¹¹⁵. Nesta etapa, então, cumpriria examinar, por meio de comparação, se há meios alternativos mais efetivos para a realização do direito fundamental positivo e, em havendo direito contraposto, se existem meios igualmente ou menos lesivos a ele — e sem que se intervenha de modo mais severo em outros bens jurídicos fundamentais^{116 117}.

Nota-se que, para essa parcela, diferentemente da proibição do excesso, em que se apura apenas se há meios “tão idôneos” quanto o que está sendo examinado, a proibição da insuficiência averigua, por meio de comparações, a existência de meios mais efetivos à realização do direito, o que também é criticado, sob o fundamento de que, embora desejada a maior efetividade, a Constituição não a exige, inserindo-a no âmbito de discricionariedade do legislador¹¹⁸ e escapando, portanto, ao controle da insuficiência.

Observa-se, também, que o desenvolvimento se refere, a princípio, a relações triangulares, em que há um direito contraposto. E, caso se considere uma relação bipolar, o

¹¹⁴ É a definição de BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 - versão e-book kindle, sem paginação. Para ele, tal como a idoneidade, há a variante interna e a variante externa da necessidade: na interna, apura-se a igual satisfação do princípio, com menor interferência no outro; na externa, por sua vez, apura-se a maior satisfação do princípio, com igual ou menor interferência no outro (conforme nota de rodapé 270).

¹¹⁵ Na esteira do preconizado pela segunda decisão de interrupção de gravidez do BVerfG. Cf CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 188. Vitalino Canas opta por denominar “eficiência exigível”, eis que a melhor solução ou medida mais eficiente é da alçada do legislador. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1025.

¹¹⁶ Exemplificativamente, BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 433 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 419, que reproduzem a estrutura de CALLIESS, Christian. *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis*. JZ, 2006. p. 329. Sem, entretanto, alterar a denominação do segmento.

¹¹⁷ Cabe ressaltar o posicionamento de Vitalino Canas, que incorpora na estrutura da proibição de defeito paritária uma componente de garantia contra o excesso, ao sustentar que cabe ao juiz verificar tanto a existência de medida alternativa que satisfaça de forma mais eficiente o dever de ação, satisfazendo em igual medida os deveres colidentes (posição majoritária), quanto a existência de medida alternativa que satisfaça com igual eficiência o dever de ação, satisfazendo, por outro lado, em maior medida os deveres colidentes, conforme se verá na sequência. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1025 ss.

¹¹⁸ ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 57. Jorge Pereira da Silva, por sua vez, entende que a maior efetividade, desejada, encontra arrimo em outros tópicos, cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 616.

raciocínio acima apontaria sempre para a medida mais efetiva, “otimizada”, objeto das críticas já citadas.

Diante de uma omissão total, qualquer meio seria mais efetivo ao se considerar o fim de realização do direito fundamental e, da mesma forma, a afetação ao direito contraposto por certo ocorreria, agravando-se o cenário anterior, em que não havia intervenção em direitos outros. E, ao revés, tendo por finalidade a preservação das liberdades contrárias, nenhuma medida seria mais efetiva que a omissão pura.

Por derradeiro, é na fase da proporcionalidade em sentido estrito que se sopesaria o peso do interesse na satisfação do dever de ação e o peso dos argumentos contrários que respaldam o comportamento do legislador¹¹⁹, a fim de verificar se o comportamento estatal está ou não justificado. Em outra visão, examina-se a relação entre a intensidade de restrição ou não realização do direito à prestação e o peso dos fundamentos favoráveis ao direito, bem ou interesse jurídico que com ele colide¹²⁰, por meio do que se convencionou chamar de “ponderação”¹²¹.

Para alguns, é nesse ponto que há coincidência entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência¹²². Robert Alexy, todavia, indica que o resultado entre elas não coincide, conforme se verá na sequência.

¹¹⁹ É de se apontar que Vitalino Canas entende que se pondera a importância dos efeitos jurídicos e materiais resultantes da satisfação ou não satisfação dos deveres colidentes e dos bens, interesses ou valores sobre os quais incidem ou, caso não se esteja diante de dever, mas de mera permissão, dos bens, interesses ou valores sobre os quais incide tal permissão. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1021.

¹²⁰ CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 199.

¹²¹ Há quem defenda, na esteira de Robert Alexy, que quanto mais baixo for o grau de descumprimento do dever de ação, menos fortes precisam ser as razões justificantes, cf. CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 200 ss. Ressalta-que para a autora nenhuma razão é suficiente para justificar uma restrição ao conteúdo mínimo existencial, que está fora de qualquer ponderação. Laura Clérico trata ainda de uma regra distinta quando diante de contextos de exclusão social, como o latino-americano, ao asseverar que a realização baixa de um direito a prestação por uma omissão ou uma ação insuficiente viola a proibição de insuficiência e implica em presunção contrária à proporcionalidade do comportamento estatal, cabendo ao Estado o ônus da argumentação e o ônus da prova, o que encerra uma exigência agravada de justificação e uma regra que em casos de dúvida a ação ou omissão deve ser julgada não proporcional, no bojo de um controle intenso de conteúdo.

¹²² Carlos Bernal Pulido fala em aplicação simultânea de ambos os princípios, ao dispor que a falta de realização máxima do direito de proteção só é admissível na medida em que se lhe exija a realização do direito de defesa e vice-versa, a intervenção no direito de defesa só é admissível na medida em que exija a realização do direito à proteção. Dupla aplicação do princípio da proporcionalidade que deve observar o âmbito de apreciação empírica e normativa do legislador. (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014 - versão e-book kindle, sem paginação) Ingo Sarlet, por sua vez, adere à construção de Calliess e trata de uma confluência entre proibições de excesso e de insuficiência, já que nas duas primeiras fases o controle seria efetuado considerando as peculiaridades de cada instituto, ao passo que na terceira etapa se efetua uma ponderação que leva em conta o quadro global, isto é, tanto as exigências do

Registra-se que há quem submeta ao exame completo (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não só a medida em exame, mas as opções de medidas que “de *prima facie* favoreçam a realização do direito” à prestação, o que seria outro diferencial em relação à análise efetuada no campo da proibição do excesso¹²³.

Vê-se, então, que a estrutura atribuída à proibição do excesso sofre alterações para compatibilizá-la com a proibição da insuficiência¹²⁴, especificamente no que tange às primeiras etapas, a fim de compreendê-la em um princípio maior da proporcionalidade. Não obstante, persiste a objeção de que o controle continua a focar os interesses contrapostos e não a suficiência do comportamento estatal em si diante da Constituição, de que se deveria ocupar primordialmente, razão pela qual Jorge Reis Novais insiste que a proibição da insuficiência não guarda relação alguma com o exame da proporcionalidade¹²⁵. Isso porque, como o que é controvertido é uma omissão (ainda que parcial), não há grandezas que se possam colocar em relação de comparação ou proporção, mas sim um vazio, que deveria ser preenchido e não foi — dessa forma, o que deve ser indagado é se a omissão é justificável ou se a proteção é suficiente, não havendo espaços para juízos de aptidão, necessidade e proporcionalidade, vez que a lógica seria diversa¹²⁶.

Por fim, é de se sublinhar a ressalva feita anteriormente: posicionamentos antagônicos se valem da estrutura tríplice, com adaptações, em especial a concepção de direitos fundamentais como princípios, que busca a otimização dos direitos fundamentais, ainda que colidentes, e a concepção que atrela a proibição de insuficiência a um controle de mínimos no

dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa, pelo que fala em uma “concordância prática multipolar”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 419.

¹²³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 - versão e-book kindle, sem paginação. Para Borowski, então, se nenhuma medida satisfaz todas essas exigências, a restrição no direito à prestação é legítima. Se uma satisfaz, essa deve ser a adotada. Em havendo mais de uma, não é tão clara a solução por ele fornecida, mas acaba por indicar que deve o Estado escolher a que mais realiza o direito fundamental, sem olvidar as margens empíricas e normativas que são atribuídas ao legislador. Em Alexy, no entanto, isso não fica tão claro (pois não trata da estrutura do instrumento), embora ele também submeta todas as opções à ponderação, conforme se verá na sequência.

¹²⁴ Para Jorge Pereira da Silva, os testes para proibição do déficit são distintos, porque a própria bitola é diferente. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 599

¹²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 326 ss. Pertinente é a observação de Stephen Gardbaum: “proportionality is most essentially a condition for permitting limited exceptions to negative duties. Although in the case of positive constitutional rights one might argue that there is, similarly, a prohibition at issue – do not infringe them unless acting proportionately – in the core cases the underlying substantive duties are all negative ones”, cf. GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, Vicky.; TUSHNET, Mark (Eds). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Comparative Constitutional Law and Policy). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 244.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 187-188.

caso concreto. Como posicionamentos variados são abarcados sob o mesmo rótulo, grande é a dificuldade em catalogar as diversas versões.

3.1.1 A proibição de insuficiência circunscrita à ponderação

Registra-se, ainda nesta seção, o entendimento de parcela da doutrina no sentido de que a proibição da insuficiência é aplicada por intermédio da ponderação entre todos os direitos e todos os interesses envolvidos em determinado caso concreto, com o escopo de examinar se a medida escolhida garante uma proteção “adequada e efetiva” ao direito que dela necessita — expressão pelo *BVerfG* utilizada na segunda decisão sobre a interrupção da gestação. O posicionamento é detectado também em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, indicadas na sequência.

Como anota Jorge Reis Novais, não se pode dizer que a proposta seja não razoável, eis que juízos de ponderação são sempre de alguma forma manejados quando em causa problemas complexos, a fim de examinar as necessidades concretas e especiais de atuação estatal, a relevância dos bens em jogo, a capacidade de acesso ao bem por meio próprio, a gravidade dos riscos e das ameaças e outros elementos¹²⁷.

A crítica do autor, no entanto, é de que esse juízo já é realizado no âmbito da proibição do excesso e do controle da restrição. E alerta para o risco de se pretender, com o critério, ao conceder ao juiz constitucional uma maior margem de atuação, ir além de um controle de evidência e de mínimos¹²⁸ e legitimar a substituição da medida proveniente do legislativo pela obtida pela ponderação judicial, o que colocaria em risco a separação de poderes¹²⁹.

3.2 A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

Já se rechaçou a tese que atribui congruência entre proibição de excesso ou deveres de ação e proibição da deficiência. No entanto, alertou-se quanto à concepção dos

¹²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 333; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 198.

¹²⁸ Embora, como já repisado anteriormente, a segunda decisão sobre o aborto, mencionada, trate também em exigências mínimas.

¹²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 332-335; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 199-200.

direitos fundamentais como princípios, que ensaiaria uma leitura da proibição do déficit à luz da natureza principiológica dos direitos e acabaria por retratar uma segunda versão da tese da congruência¹³⁰, eis que os níveis de proteção e promoção seriam atingidos apenas quando o legislador não pudesse ir além¹³¹.

Explica-se. Para essa corrente, os direitos fundamentais são considerados princípios e objetos de mandados de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas¹³². A busca se centra, portanto, no ponto “ótimo”, isto é, o Estado pode ir até onde o direito ou o interesse contraposto exija e, diante de uma colisão (entre direitos ou direito e outros interesses), os dois polos exigiriam do Estado um esforço de harmonização do conflito, razão pela qual a distinção entre proibição do excesso e da insuficiência careceria de sentido prático: o nível de proteção seria atingido apenas quando o Estado não pudesse ir além¹³³.

O primeiro autor a desenvolver a teoria dos direitos fundamentais como princípios foi Robert Alexy, fato que por si só justifica partir-se de seu pensamento para tratar da concepção. Reforça essa decisão a influência notável que ele exerce na doutrina e na jurisprudência brasileira¹³⁴, razão pela qual não se pode prescindir da análise minuciosa de sua visão a respeito do tema da investigação.

Em sua formulação inicial, o autor partia de uma concepção convergente entre proibição do excesso e da insuficiência. Após, em diálogo com as críticas que lhe foram dirigidas (e já superficialmente reproduzidas adrede), dela se afastou, como se demonstrará.

Vale-se Robert Alexy das lições de Ronald Dworkin no intuito de diferenciar princípios de regras. Assim, distinguir-se-iam pelo fato de serem as regras comandos definitivos aplicados por meio de subsunção, enquanto os primeiros, normas aplicáveis de forma gradual e que impõem a realização na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas¹³⁵.

¹³⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 616.

¹³¹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 612.

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

¹³³ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 612.

¹³⁴ A construção foi utilizada, por exemplo, nos julgamentos sobre execução provisória da pena e amianto, citados no próximo capítulo.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 85 ss.

O intuito de Alexy é apresentar uma teoria racional para resolução de casos difíceis envolvendo dois ou mais princípios, que demandam um exame a partir da proporcionalidade como ferramenta hermenêutica para o controle da atuação estatal.

Compõem a proporcionalidade as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as primeiras vinculadas às possibilidades fáticas¹³⁶ e a última associada às possibilidades jurídicas, determinadas pelas normas colidentes, a partir de uma ponderação.

Para o autor, em resumo, o exame da adequação proíbe os meios que, sem promover os fins, afetam direitos fundamentais; o exame da necessidade exige que, entre os meios que satisfaçam de forma equiparada um direito à proteção, escolha-se o que afete menos intensamente o direito de defesa ou outro fim¹³⁷.

A ponderação é em sua visão um mecanismo de concordância entre as diversas normas incidentes no caso, que busca otimizá-las no que se refere às possibilidades jurídicas. Eis, para o autor, a lei respectiva: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro¹³⁸”.

A operação jurídica é explicada pelo que denomina fórmula do peso, que opera em três passos: primeiro, avalia-se o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; depois, a importância da satisfação do princípio colidente; por fim, examina se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

A fórmula do peso em sua primeira versão é assim formatada:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j}$$

W_{ij} ¹³⁹ representa o peso concreto de um princípio P_i em relação ao princípio P_j ; I_i diz respeito à intensidade de interferência concreta em P_i ; I_j trata da importância de satisfazer o princípio colidente P_j ¹⁴⁰, que pode ter uma expressão concreta ou abstrata. W_i e W_j , por sua

¹³⁶ De forma a se evitar custos evitáveis. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, p. 511-524, 2014, p. 513. Para uma análise crítica: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 279.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 599; ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 124.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 593.

¹³⁹ W na tradução em inglês, weight.

¹⁴⁰ Ou, em alguns escritos, intensidade com que a não interferência em P_i interfere em P_j .

vez, representam os pesos abstratos dos princípios em questão — e, em sendo iguais, neutralizam-se.

Indica Alexy uma escala de três níveis para inserção na fórmula citada¹⁴¹:

2⁰ ou 1 – leve, reduzida, fraca – (l)

2¹ ou 2 – moderada – (m)

2² ou 4 – séria, alta, elevada – (s)

Em se obtendo quociente W_{ij} superior a 1 (um), o princípio P_i prepondera em relação a P_j ; em sendo inferior a 1 (um), o princípio P_j prevalece no caso concreto¹⁴². Assim, será constitucional uma restrição a direito fundamental se puder ser justificada pela importância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da afetação. A fórmula estabelece, portanto, uma relação de “precedência condicionada” dos princípios em um determinado caso concreto¹⁴³.

Nessa perspectiva, uma afetação leve em um direito fundamental pode ser justificada por uma realização média ou alta de um fim constitucionalmente legítimo, enquanto uma afetação intensa, por outro lado, não é legitimada por uma realização leve ou média de outro direito fundamental¹⁴⁴.

À formulação sobrevieram críticas de diversas ordens, nomeadamente quanto à “única solução” advinda do raciocínio, que violaria a separação de poderes e reduziria a liberdade de conformação do legislador, ao permitir ao tribunal replicar o caminho percorrido pelo legislador, o que poderia levar a uma substituição do Estado legislativo por um Estado judiciário (Böckenförde).

Em resposta, argumenta Alexy que a sua teoria não aniquila a liberdade de conformação do legislador, que continua a deter discricionariedade, ao argumento de que princípios formais ou procedimentais teriam impacto no modelo formulado, ideia essa já

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 599; ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 127.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 606.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96.

¹⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 197.

existente na versão original de sua obra, mas que foi por ele aprofundada e modificada com o tempo¹⁴⁵. Assim, a ponderação não conduziria a um resultado único e inequívoco¹⁴⁶.

Os princípios formais, de que são exemplos o princípio da competência decisória do legislador e o princípio da democracia, ao contrário dos materiais, não determinam conteúdo algum, mas apontam para quem deve definir os conteúdos¹⁴⁷. Alexy reconhece, contudo, que tais princípios são objeto de inúmeras controvérsias entre os próprios defensores da concepção¹⁴⁸.

Aperfeiçoa a sua proposição¹⁴⁹, vinculando-a a uma teoria da discricionariedade, ao reconhecer ao legislador o que chama de discricionariedade¹⁵⁰ estrutural e discricionariedade epistêmica.

A primeira, também chamada de discricionariedade substancial ou material, menos problemática, diz respeito ao que as normas constitucionais nem proíbem e nem obrigam, referindo-se, portanto, ao que é por elas facultado¹⁵¹, e tem espaço sempre que a

¹⁴⁵ Defende Alexy que a ideia de otimização presente em sua teoria não conduz à uma solução única, em razão dos seguintes argumentos: o aspecto da otimização presente na adequação não aponta para um ponto máximo, mas elimina meios não adequados; em relação à necessidade, impõe que entre dois meios aproximadamente adequados seja escolhido aquele que intervenha de forma menos intensa, vedando, portanto, sacrifícios desnecessários; por fim, reconhece uma discricionariedade legislativa para ponderação, como se verá adiante. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 588 ss.

¹⁴⁶ A respeito de um “giro copernicano” na formulação de Robert Alexy em favor dos princípios formais: QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero. El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: del in dubio pro libertate al in dubio pro legislatore. In: QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero (Ed). *Ponderación y discrecionalidad: un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 221-260.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 606.

¹⁴⁸ Ao afirmar que não existe âmbito da teoria dos princípios em que as opiniões de seus próprios defensores sejam mais divergentes do que no âmbito dos princípios formais ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 611. Em sentido análogo, BOROWSKI, Martin. Principios Formales e Fórmula del peso. QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero (Ed). *Ponderación y discrecionalidad: un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 60-61.

¹⁴⁹ Apesar de fazer menção aos princípios formais na versão inicial, foi só no pós-fácio de 2002 que dispensou maior atenção ao assunto; em 2014, apresentou novos desenvolvimentos e modificações na fórmula do peso. ALEXY, Robert. *Formal principles: some replies to critics*. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 511-524.

¹⁵⁰ Ou margem de apreciação.

¹⁵¹ A discricionariedade substancial é por ele subdividida em discricionariedade para definir objetivos, para definir meios (apenas nos casos de direitos a prestação positiva, que tem uma estrutura alternativa ou disjuntiva) e para sopesar. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 139.

Para Mathias Klatt e Johannes Schmidt, o principal problema de se reconhecer a existência de discricionariedade epistêmica está no fato de o poder legislativo ter a competência para intervir em direitos fundamentais com base em premissas incertas ou falsas, cf. KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. A Discricionariedade Epistêmica no Direito Constitucional. In: MORAIS, F. S. D.; BORTOLOTTI, J. C. K. *A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Tradução de de Fausto Santos de Moraes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 239.

fórmula do peso resultar 1 (um), ou seja, apresentar empate. Nesse sentido, prevaleceria a opção legislativa, que não poderá ser considerada desproporcional.

A segunda, mais complexa, que se conecta aos princípios formais, refere-se à incerteza ou à insegurança quanto ao conhecimento em relação aos “limites da possibilidade de se reconhecer o que a Constituição, de um lado, obriga e proíbe, e, de outro, nem obriga ou proíbe, ou seja, o que ela faculta”¹⁵².

Adiciona à teoria, portanto, uma segunda lei, segundo a qual “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”¹⁵³.

Apresenta o que chama de fórmula do peso completa, em que acrescenta a equação relacionada à variável “r” ou *reliability*¹⁵⁴, que pode ser traduzida como confiabilidade, segurança ou, ainda, grau de certeza das premissas epistêmicas¹⁵⁵. Após sugestões¹⁵⁶, chega ao que denomina “fórmula completa e refinada”¹⁵⁷, reconhecendo espaço para a variável da confiabilidade tanto empírica (R^e) quanto normativa (Rⁿ). Eis a fórmula final:

$$W_{ij} = \frac{I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n}{I_j \times W_j \times R_j^e \times R_j^n}$$

Como se vê, reconhece a existência de discricionariedade epistêmica de natureza empírica, que relaciona às suposições empíricas que fundamentam a intervenção, e de natureza normativa, que trata da incerteza quanto à melhor quantificação dos direitos fundamentais em

¹⁵² Esta competência seria equivalente a uma não competência correlata do Tribunal Constitucional. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 133; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 583.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 612; ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 513.

¹⁵⁴ Que não é um princípio formal, mas estabelece discricionariedade. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 523.

¹⁵⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 752.

¹⁵⁶ Dentre as quais as de Mathias Klatt e Johannes Schimdt. KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. A Discricionariedade Epistêmica no Direito Constitucional. In: MORAIS, F. S. D.; BORTOLOTTI, J. C. K. *A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Fausto Santos de Moraes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 514.

colisão¹⁵⁸, derivada da incerteza ou da vagueza das normas jurídicas¹⁵⁹, conferindo ao legislador, portanto, uma “área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas valorações”¹⁶⁰.

A escala da confiabilidade apresenta as seguintes classificações¹⁶¹, de forma que o valor a atribuir deve diminuir na proporção em que aumenta a incerteza das premissas¹⁶²:

$$2^0 \text{ ou } 1 - \text{“certo”} - (r)$$

$$2^{-1} \text{ ou } \frac{1}{2} - \text{“plausível”} - (p)$$

$$2^{-2} \text{ ou } \frac{1}{4} - \text{“não evidentemente falso”} - (e) \text{ }^{163}$$

Dessa maneira, a intensidade da intervenção se relaciona também, mas não só, com a certeza das premissas que a respaldaram¹⁶⁴, as quais, por sua vez, associam-se a tipos de controle diversos classificados pela jurisprudência alemã. Assim é que no caso de uma intervenção alta deve ser exigida uma maior certeza das premissas que a sustentam, de forma que o controle a ser manejado é o intensificado de conteúdo. O controle de plausibilidade, por sua vez, deve ser efetuado sempre que diante de uma certeza média, para a qual a intervenção não pode ser máxima. Por fim, no tocante ao controle de evidência, é suficiente que não seja evidente que as premissas empíricas sejam falsas¹⁶⁵.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 625.

¹⁵⁹ Que eventualmente deflagram incertezas quanto à forma mais correta de ponderar os princípios. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 189.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 611 ss. E neste ponto ele se reporta ao mínimo, defendendo o respeito às avaliações empíricas normativas do legislador sempre que a proteção mínima pela Constituição estabelecida seja respeitada.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 515.

¹⁶² CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 754.

¹⁶³ Em inglês: *reliable* ou *certain*; *plausible* e *not evidently false*.

¹⁶⁴ Como bem resume Bruno Sacramento, “toda vez que o valor epistêmico de determinado princípio é certo, o princípio material (direito fundamental) tem precedência sobre o princípio formal, incluindo-se o número (1) na fórmula, que em nada influencia na ponderação de primeira ordem; se, no entanto, o valor epistêmico é plausível ou não evidentemente falso, o princípio formal tem precedência e são inseridas as equações $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$ na fórmula, tendo o poder de reduzir os valores substanciais e a importância dos princípios a que se referem na ponderação de primeira ordem. Assim, quanto maior o desacordo, maior será a redução da importância do princípio na ponderação”. SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. *Revista e-Pública*.v. 5, n. 1, p. 241-275, jan. 2018,

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 619.

A segunda lei da ponderação, portanto, a seu ver, seria capaz de garantir a discricionariedade necessária ao legislador, a partir do reconhecimento do papel dos princípios formais na equação¹⁶⁶.

Dessa forma, concernente à crítica de que a busca da solução ótima aniquilaria a liberdade de conformação do legislador, pois permitiria ao juiz substituir a escolha legislativa por outra considerada, em seu juízo, melhor, Alexy sustenta que a solução ótima não implica em única solução, incumbindo ao legislador optar por entre as medidas que satisfazem a proporcionalidade — e, em razão disso, a otimização é descrita por Virgílio Afonso da Silva como uma “zona” de paridade e não um “ponto” específico¹⁶⁷. Em outras palavras, a ideia de otimização indica respostas corretas e não necessariamente uma única resposta e, em relação às primeiras, o legislador tem liberdade para escolher a mais conveniente às suas políticas.

Do desenvolvimento da teoria de Alexy, percebe-se, como anota Vitalino Canas¹⁶⁸, que o primeiro entendimento a respeito do tema, exposto anteriormente, circunscrevia-se à aplicação do princípio da proibição do excesso quando diante de relações triangulares em que se posiciona de um lado um dever de proteção e de outro um dever de respeito. Assim, contentava-se em apurar se a intervenção no direito tinha sido ou não proporcional, de forma que se sustentava, embora não tenha o autor se posicionado expressamente, que a sua posição coincidia com a tese da congruência¹⁶⁹. Em relação a esse entendimento, remanesce válida a crítica de que a proibição da insuficiência seria desnecessária, pois chegaria ao mesmo resultado que a proibição do excesso.

Após a primeira década deste século, todavia, como já se pontuou, percebeu-se uma modificação no pensamento de Alexy¹⁷⁰ ao tratar da estrutura dos direitos à proteção.

¹⁶⁶ Em um modelo que se afasta do combinado e do separado, o primeiro que sopesa princípios formais e materiais, e o segundo que separa o sopesamento dos princípios formais e materiais. O modelo proposto, epistêmico, trabalha com uma ponderação de segunda ordem. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, p. 511-524.

Incorpora o autor, portanto, a confiabilidade epistêmica na fórmula do peso, que é a ponderação de primeira ordem. Sustenta que princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 625.

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (Orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012, p. 936.

¹⁶⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 932.

¹⁶⁹ E isso se infere dos seus exemplos, como o caso Titanic, da regulação da publicidade do tabaco etc.

¹⁷⁰ Mais especificamente com o seguinte artigo: ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Nessa altura, ele trata de ambos os princípios no contexto da proporcionalidade, como duas dimensões dela¹⁷¹. Em se encarando o direito do ponto de vista do dever de respeito, aplicar-se-ia a proibição do excesso; ao contrário, sob prisma do dever de proteção, “a questão mais difícil”¹⁷², o instrumento a ser manejado seria a proibição da insuficiência, a fim de se perquirir se vulnera o direito de proteção nos casos em que a proteção é negada ou garantida de maneira escassa¹⁷³.

Alexy esclarece o raciocínio se valendo do exemplo do aborto, em que se tem, de um lado, direito à proteção (da vida) do nascituro (Pi) e, de outro, direito à liberdade ou à autodeterminação da gestante (Pj). Elenca, de forma exemplificativa, quatro medidas que protegem o nascituro e interferem no direito da mulher em graus diferenciados: M1 permite o aborto nos primeiros três meses no caso de perigo de vida da mãe; M2 permite o aborto nos primeiros três meses em virtude também de razões sociais; M3 permite o aborto nos primeiros três meses se a gestante passar por assessoramento (aconselhamento médico) e com possibilidade de ajuda financeira do Estado em caso de o aborto não se realizar; por fim, M4, que permite o aborto nos primeiros três meses¹⁷⁴.

A partir disso, indica os graus de proteção de Pi (o que chama de Ui) e considera, como Ii, a intensidade de desproteção, ou a intensidade de interferência de não proteção de Ii. De outro lado, Ij trata da intensidade da afetação¹⁷⁵.

Nessa segunda fase de sua construção, o elemento central é o impacto que a omissão da medida de proteção tem para o direito à proteção¹⁷⁶, o que sinaliza como $\neg M$.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129

¹⁷² ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 128.

¹⁷³ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129.

¹⁷⁴ E é considerada medida de proteção por liberar o aborto apenas nos três primeiros meses. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 128.

¹⁷⁵ Dispensa Uj, que trata do grau de liberdade da mãe. Em sua versão, para apreciar a adequação e a necessidade, bastam Ui ou Ii e Ij. Para apreciar a proporcionalidade em sentido estrito, considera-se Ii e Ij. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 133.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129.

Estabelece o que chama de regra de negação em cadeia¹⁷⁷, a partir da qual é possível considerar a intensidade de afetação que sofre um direito de proteção devido a $\neg Mn$, entendida esta como a intensidade de desproteção derivada de adotar, em lugar da medida Mn, uma medida que ofereça um grau de desproteção imediatamente inferior na listagem¹⁷⁸.

A partir de tais observações, chega à conclusão retratada na seguinte tabela¹⁷⁹:

Pi (direito à proteção da vida do nascituro)			Pj (direito à autodeterminação da gestante)
Ii (intensidade de desproteção, ou intensidade de interferência de não proteção de Ii)	Ui (graus de proteção de Pi)	Medidas	Ij (intensidade da afetação em Pj)
$\neg M1:l$	g	M1 (aborto nos primeiros três meses no caso de perigo de vida da mãe)	g
$\neg M2:m$	m	M2 (aborto nos primeiros três meses em virtude também de razões sociais)	m
$\neg M3:m$	m	M3 (aborto nos primeiros três meses se a gestante passar por assessoramento médico e com possibilidade de ajuda financeira do Estado em caso de o aborto não se realizar)	l ou m (Pk) ¹⁸⁰
$\neg M4:g$	l	M4 (permite o aborto nos primeiros três meses)	l

Depreende-se, da tabela, e em outras palavras, que se chega a Ii (a intensidade de desproteção, ou a intensidade de interferência de não proteção de Ii) a partir da regra da negação em cadeia, em que a intensidade de desproteção de Pi em relação a cada uma das alternativas é medida a partir da suposição de que o legislador adota, em lugar da medida correlata, uma medida que confere um grau de proteção imediatamente inferior na lista.

¹⁷⁷ “The chain negation rule is a relative negation, for it does not have a definite opposite”. KLATT, Matthias; MORITZ, Meister. *The constitution structure of proportionality*. Oxford University Press, 2012, p. 97.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129.

¹⁸⁰ PK ou princípio da capacidade financeira. Pode justificar, como princípio substantivo, não escolher o meio idôneo menos lesivo quando acarreta custos mais elevados. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 130.

A partir da análise, conclui que M1 e M4 são desproporcionais, o primeiro por violação da proibição do excesso; o último, por violação da proibição da insuficiência — eis que desproporcional a reduzida intensidade de interferência no direito negativo e a elevada não proteção do direito positivo¹⁸¹.

A conclusão do autor autoriza a seguinte ilação: a proibição insuficiente proíbe que os Estados desçam abaixo do nível em que inicia a desproporcionalidade. No entanto, mesmo acima desse ponto, os direitos continuam a exigir, *prima facie*, que mais proteção lhes seja concedida¹⁸².

Verifica-se, também, a partir do exemplo fornecido, que passa a reconhecer Alexy a existência de corredor entre a interdição do excesso e a da insuficiência, indicando, portanto, que pode haver ofensa à proibição do excesso sem que se viole a proibição do defeito, sendo o contrário também verdadeiro¹⁸³ — o que o afastaria da *kongruenzethese*¹⁸⁴.

Além disso, esclarece que ao legislador caberia a livre escolha entre M2 e M3, se levado em consideração Pk (princípio da capacidade financeira), o que, por sua vez, confirmaria o seu entendimento de que os direitos à proteção ostentam estrutura alternativa ou disjuntiva¹⁸⁵. Conclui, portanto, que o dever de otimização dos direitos fundamentais não se confunde, como pretendem os críticos, com única solução correta¹⁸⁶.

A explanação anterior autoriza reconhecer que Alexy passa a tratar especificamente da *Untermassverbot* ao referir-se aos direitos à proteção em estudo próprio,

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 132.

¹⁸² KLATT, Matthias; MORITZ, Meister. *The constitution structure of proportionality*. Oxford University Press, 2012, p. 104.

¹⁸³ Discorda de Hain, pois os resultados do exame da proibição do excesso e da proibição da deficiência são distintos. Em nota. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 130.

¹⁸⁴ Razão pela qual Vitalino Canas sustenta ser matizada a congruência entre eles. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 931 ss. Em sentido similar, Martin Borowski, que se posiciona de forma contrária à tese da congruência por não considerar as margens de ação do legislador (não sendo em sua ótica inclusive com elas compatível), “enforcando” a liberdade legislativa entre interdição de excesso e proibição de proteção deficiente. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 – versão e-book Kindle, sem paginação.

A despeito, entendendo que para o autor a construção levaria a uma única solução ótima e correta, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 285.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 123.

¹⁸⁶ Segundo Virgílio Afonso da Silva, esta busca nunca foi objetivo de Alexy, mas sim de Dworkin. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (Orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012, p. 931.

enquadrando-a como aspecto da proporcionalidade, tal e qual a *Übermassverbot*¹⁸⁷. Assim, em foco um direito considerado negativo, tem lugar a última. A primeira, ao contrário, ao se examinar um direito positivo (em realidade, ele se refere a um direito à proteção) e uma eventual omissão de proteção¹⁸⁸. No entanto, ao contrário de Hain, sustenta que, em que pese a identidade de estrutura, não há identidade de resultados entre as duas, rejeitando que a aplicação da proporcionalidade implique um único meio ou medida¹⁸⁹.

Essa versão “final” do seu pensamento também não satisfaz os críticos. Explica-se.

De plano, evidencia-se que o pensamento continua alicerçado em um modelo de relações triangulares e não deixa evidente se pode ser empregado para relações bilaterais, como as que envolvem os direitos que cataloga como de prestação em sentido estrito ou sociais. O fato é que todos os seus exemplos indicam de um lado um dever estatal de proteção e, de outro, um dever de respeito.

Quanto à estrutura por ele idealizada, remanesce a crítica corriqueira de que a fórmula do peso é de aplicação dificultosa¹⁹⁰; e a ela se acrescenta que falta à regra da negação em cadeia, introduzida supervenientemente, uma explanação sobre como se articula com a primeira, ao mesmo tempo em que se nota uma ausência de esclarecimento quanto à estrutura da proibição do déficit, conquanto reconheça que possui a mesma estrutura da proporcionalidade como proibição do excesso¹⁹¹.

Questiona-se, também, o fato de a ponderação na proibição do déficit envolver raciocínios comparativos próprios da componente necessidade e a circunstância de que a ótica do julgador varia a depender da parte que o provoca, de sorte que o controle deixa de observar um só parâmetro¹⁹².

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 129.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 130.

¹⁸⁹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 933 – nota 3276.

¹⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 282, em nota.

¹⁹¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 764.

¹⁹² CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 942.

Subsiste a censura de que o seu pensamento vai de encontro à separação de poderes¹⁹³, pois continua a replicar o itinerário do legislador e ponderar bens insuscetíveis de sopesamento, já que de natureza distinta, como a própria competência legislativa^{194 195}. Aliado a isso, questiona-se: acaso permitido ao julgador refazer a ponderação legislativa, como justificar o fato de que a solução diversa porventura por ele encontrada cederia diante da opção legislativa?¹⁹⁶

Sob outro prisma, em se considerando que os direitos fundamentais impõem uma realização ótima, é de se reconhecer que o Estado em realidade está sempre omissivo, eis que sempre possível fazer mais, o que levaria a um estado de inconstitucionalidade permanente¹⁹⁷.

Demais disso, argumenta-se que a sua teoria estabelece um modelo lógico-formal, que peca ao não demonstrar que a argumentação que gera os dados a serem inseridos na fórmula é correta¹⁹⁸. Assim, alterados os dados, altera-se o resultado, sendo, portanto, frágil.

Por fim, registra-se que foi Martin Borowski o primeiro a tratar da proibição da insuficiência no contexto da teoria dos direitos fundamentais como princípios¹⁹⁹. Grande parte do seu pensamento já foi registrada quando se tratou da estrutura escalonada, à qual adere parcialmente. Para o presente tópico, relevante indicar que, à semelhança de Alexy, o por ele considerado princípio se insere na estrutura da proporcionalidade, tendo ideais também de

¹⁹³ Segundo Jorge Pereira da Silva, para a teoria dos princípios, que associa o resultado do exame à realização ótima do direito, o princípio corresponderia a um imperativo de otimização, ou seja, ao dever de maior realização possível do direito, reduzindo drasticamente a liberdade de conformação do legislador que se converte em um poder cuja atividade se reduz à descoberta e implementação de soluções normativas predeterminadas pela Constituição. Para o autor, a concepção reduz a liberdade de conformação do legislador, que se converte em um poder cuja atividade se cinge à descoberta e à implementação de soluções constitucionais pré-determinadas. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 612 ss.

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 271.

¹⁹⁵ Resumo das críticas à ponderação de princípios materiais e formais pode ser consultado em SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (Orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012, p. 915-937.

¹⁹⁶ A este respeito, Virgílio Afonso da Silva anota que o tribunal deve aceitar a decisão do legislador por entender que embora não sejam idênticas uma não é melhor do que a outra. É o que chama de relação de paridade. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (Orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012, p. 932 e SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 250 e 258.

¹⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 258.

¹⁹⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 937.

¹⁹⁹ Na primeira versão de sua obra, de 1997. O pensamento sofreu alterações com a segunda edição, acessada no presente estudo na tradução em espanhol: BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007.

otimização e objetivo de examinar a justificação de uma omissão estatal. Como já visto, rechaça a equivalência entre proibição do excesso e da insuficiência ao sustentar que a última tem por objetivo a eleição de conduta exigida em caráter definitivo e deve ser aplicada a todas as medidas que de *prima facie* favoreçam a realização do direito de proteção²⁰⁰, devendo ser escolhida a medida que mais satisfaça o direito positivo, consideradas as margens de apreciação do legislador²⁰¹.

Impende registrar igualmente que o pensamento de outros autores adeptos da concepção da teoria dos direitos fundamentais como princípios foram indicados (no que tange às variações de entendimentos a respeito da estrutura tríplice) no tópico anterior²⁰².

3.3 O CONTROLE DO MÍNIMO

Em sentido diametralmente oposto ao entendimento de que a proibição de insuficiência se encarrega de maximizar o direito fundamental à prestação em sentido lato, há, como já se viu, o posicionamento que a ela atribui a função de sindicar uma atuação mínima do Estado na consecução dos fins que dele exijam uma atuação positiva.

Essa corrente corresponde ao desenvolvimento inaugural do conceito, retratado no posicionamento do civilista Claus-Wilhelm Canaris.

Ao estabelecer um controle jurisdicional de mínimos, não haveria risco à separação de funções e de assunção, por parte do Poder Judiciário, de competências que são próprias de outros poderes, ou, ainda, de substituição da escolha de outro poder pela escolha judicial.

A indagação que surge de pronto diz respeito à necessidade de se recorrer ao instrumento para controlar algo que decorreria da própria existência dos direitos fundamentais ou derivado da ideia de intangibilidade ou de garantia do conteúdo essencial dos direitos²⁰³. Nessa medida, alguns entendem que é despicienda a construção.

²⁰⁰ Insta indicar que, para ele, todas as medidas que ofereçam uma intensidade mínima de proteção devem ser escrutinadas. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007 – versão e-book kindle, sem paginação.

²⁰¹ Para uma apreciação crítica, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 929 ss. Em especial, para quem não é totalmente nítida a função da proibição do defeito, por operar tanto na avaliação da justificação quando da escolha do meio, sendo que a seleção específica de ação dentre as que satisfaçam a proibição de insuficiência ao que tudo indica é realizada depois, sem esclarecer com base em que critério; ainda, censura a impossibilidade prática de delimitação de universo de alternativas que se sujeitariam ao crivo da proibição do defeito.

²⁰² E aqui se está a referir a Laura Clérico e Carlos Bernal Pulido.

²⁰³ Em sentido contrário, Ingo Sarlet entende não existir correspondência entre o conteúdo essencial e o mínimo. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

Não obstante, é de se notar que a noção de mínimo é por si só controvertida. Inúmeras são as discussões a respeito de seus aspectos e contornos²⁰⁴ — e cumpre indicá-los no que são úteis ao tema, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto.

Há quem compreenda o mínimo como “existencial”, ou seja, relacionado às necessidades inerentes à sobrevivência fisiológica do indivíduo, pelo que é também chamado de “mínimo vital”. A maior parte da doutrina, entretanto, inclui no conceito as condições necessárias à inserção social e cultural do indivíduo, ou seja, aborda-o em um contexto mais amplo²⁰⁵.

No tocante à delimitação dos seus contornos, duas posições não tão definidas podem ser apontadas: a primeira, para quem as dimensões devem ser apuradas em concreto, a depender das necessidades individuais e particulares²⁰⁶; a segunda, que sustenta ser definido,

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143. Para Virgílio Afonso da Silva, deve ser vista com cautela a intenção de se considerar ambas as figuras (mínimo e conteúdo essencial) como sinônimas. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 204. Não obstante, segundo Jorge Pereira da Silva “o conceito de conteúdo essencial torna-se verdadeiramente multifuncional, encontrando o seu espaço próprio de aplicação nas diferentes vertentes dos direitos fundamentais: na dimensão de defesa é uma barreira contra as restrições legais; nos direitos sociais assegura um conteúdo mínimo às prestações destinadas à efectivação daqueles; na dimensão de eficácia nas relações jurídicas entre particulares impõe limites à arbitrariedade e proscreve condutas privadas atentatórias da dignidade humana; enfim na dimensão de protecção define um ‘mínimo de liberdade real garantido pelo Estado em quaisquer circunstâncias, frente a todas as ameaças jusfundamentais de origem não pública’”. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 606.

²⁰⁴ No entanto, algum consenso pode ser verificável a respeito de sua variabilidade no tempo e no espaço (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 21), bem como à sua vinculação ao núcleo material do princípio da dignidade humana (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99-103; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Renovar: 2009, p. 149-153; em sentido contrário: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 26).

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 22-23; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 231.

²⁰⁶ Exemplificativamente, ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 89-90; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121. Para o último, é possível a identificação de um conteúdo do mínimo existencial, a partir de disposições constitucionais jusfundamentais (artigo 7, IV, CF) e de necessidades concretas extraídas de um padrão de vida mais ou menos consolidado em dada sociedade, mas a resposta sobre o que compõe o direito a cada pessoa só será obtida no caso concreto; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 321; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdos, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016, p. 215.

ex ante, a partir de um rol preferencial constitucional²⁰⁷. As controvérsias sobre o mínimo reproduzem em parte as teorias relativas ao núcleo essencial dos direitos²⁰⁸. Alguns²⁰⁹, então, associam o mínimo à natureza de regra, e, em sentido contrário²¹⁰, defensores da teoria relativa se valem da ponderação para apurar as suas fronteiras, que serão mais ou menos elásticas, a depender do caso e do peso dos demais princípios.

Nessa perspectiva, assiste razão a Jorge Pereira da Silva, quando sustenta ser inviável falar-se em coincidência de conceitos (em relação à proibição de insuficiência e ao conteúdo essencial) sem que haja concordância prévia acerca de seu conteúdo²¹¹.

Para o autor, o mínimo de que trata a construção é o mínimo apurado no caso concreto, à luz das condicionantes jurídicas e fáticas, distante do mínimo dos mínimos e da sua concepção de conteúdo essencial (absoluto) e, portanto, dele diferente²¹².

Ao contrário, para Canaris, como já se viu, o mínimo pelo instrumento clarificado seria vinculado à dignidade da pessoa humana e insuscetível de ponderação e harmonização, sendo, portanto, absoluto²¹³, o que corresponderia à proibição do defeito imprópria para Vitalino Canas, que se confundiria com outros institutos²¹⁴.

²⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243.

²⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243; BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130-131; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo fundamental dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 319 ss.

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 23; CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 909.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. 4ª ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 394-405.

²¹¹ E desde já se aponta que para Jorge Pereira da Silva o conteúdo essencial é barreira estática, intransponível, último reduto do direito em face do legislador, enquanto o princípio que proíbe défice é algo em regra cima, pois considera condicionalismos jurídicos e empíricos do caso. SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 607 ss.

²¹² Embora reconheça sobreposição parcial entre conteúdo da proibição do défice e a regra do conteúdo essencial. Assim, o conteúdo essencial representaria uma cláusula de segurança relativamente à atuação ou inação dos poderes públicos e do legislador em especial e não constituiria um desígnio que este é chamado pela Constituição a preencher, ao contrário da proibição da insuficiência, cf. SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 609 ss. Vale indicar que o autor não se afasta da concepção que chama de máxima efetividade dos direitos fundamentais, no entanto entende que o fundamento para a busca de tal desiderato radica em outros institutos.

²¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60 ss.

²¹⁴ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 962.

De qualquer forma, vê-se que, para os defensores da proibição da insuficiência como mínimo (absoluto ou relativo), reconhece-se um corredor entre o exigido pela proibição da insuficiência e o limite da atuação imposta pela proibição do excesso, por onde poderá o legislador se mover em consonância com a sua liberdade de conformação.

A primeira crítica ao posicionamento, que já se adiantou, diz respeito à ausência de precisão do que seriam exigências mínimas²¹⁵, o que pode ser elencado como primeiro óbice ao entendimento — antes, dever-se-ia chegar a um consenso sobre o que se entende por mínimo.

Em se entendendo que o mínimo corresponde a um limite fixo ou o ao “último reduto”, há quem critique o raciocínio ao concluir que se prestaria apenas para identificar as omissões mais grosseiras e albergaria situações extremas²¹⁶. Por outro lado, tido o mínimo como flexível, a ser determinado no caso concreto e após ponderações, alguns enxergam uma congruência com o princípio da proporcionalidade, na vertente proibição ao excesso, pelo que às críticas somar-se-iam as já citadas²¹⁷.

Indicadas as correntes reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, passa-se, então, ao exame do estado atual de desenvolvimento do instrumento em Portugal e no Brasil.

²¹⁵ ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 44.

²¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 336 e 348; ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 45; SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 155.

²¹⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 605; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 781.

4 POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO EM PORTUGAL E NO BRASIL

4.1 POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO EM PORTUGAL

4.1.1 Primeiras menções e desenvolvimento atual

Atribuem-se as primeiras menções ao instrumento em Portugal a Canotilho²¹⁸ e a Vieira de Andrade²¹⁹, que aludiam à *Untermassverbot* em atenção à ideia inicial de Canaris. Jorge Miranda²²⁰, na mesma época, malgrado não mencionar a expressão, sustentava que o Estado não poderia ir aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, ou seja, nem mais e nem menos, o que legitima a ilação de que já se preocupava com a atuação estatal bastante e reconhecia, implicitamente, a proibição da insuficiência.

Nas lições atuais, Canotilho ainda se vale da doutrina de Canaris para indicar que, paralelamente ao controle do excesso, há um controle de exigências mínimas de eficiência, a partir da proibição por defeito²²¹.

Vieira de Andrade, por sua vez, com o mesmo espeque, reporta-se ao princípio ao se debruçar sobre os deveres de proteção, ao indicar que cabe ao Estado assegurar um mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais, reputando-o responsável pelas omissões que não asseguram o respectivo cumprimento²²². Ressalva, no entanto, que o princípio valeria na medida do possível, devendo se ter em conta a liberdade do legislador.

Jorge Miranda, ao seu turno, trata expressamente do instrumento no contexto do princípio da proporcionalidade, ao concluir que os direitos, liberdades e garantias podem ser violados também na insuficiência ou no incumprimento por parte do Estado dos deveres de proteção, o que corresponderia à desproporcionalidade negativa, em contraste com a positiva, em caso de arbítrio e de violação da proibição de excesso²²³.

Recentemente, Jorge Pereira da Silva também sobre a questão se ocupou, ainda na mesma linha dos anteriores, mas com maior desenvolvimento. Em sua visão, a proibição de

²¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267. O autor se utiliza do termo proibição por defeito.

²¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 144.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207.

²²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 273.

²²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 136.

²²³ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 331.

insuficiência é instrumento vinculado aos deveres de proteção do Estado e compreendida em um superprincípio da proporcionalidade, assim como a proibição do excesso. Guarda vinculação, pois, com o reconhecimento de uma dimensão positiva dos direitos fundamentais, a determinar uma atuação do Estado com o escopo de protegê-los, o que encerra um alargamento do clássico princípio da proporcionalidade²²⁴.

Reconhece a existência de um corredor entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, em que há uma expansão da liberdade de conformação do legislador. Ocupar-se-ia a última de uma proteção mínima, que não se confundiria com o conteúdo essencial do direito em causa, absoluto e situado em patamar inferior. Assim, a primeira garantiria mais proteção. Nessa perspectiva, consistiria o princípio em garantir o mínimo de proteção no caso concreto, considerando os condicionamentos jurídicos e empíricos existentes²²⁵.

Em sua versão, contudo, pese a interdição de insuficiência se preocupar com o mínimo, o Estado se vincula a mais do que isso e o controle que dele extrapola é efetuado com o auxílio de outros institutos, tais como o princípio da máxima efetividade e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais²²⁶.

Assim, embora tenha sobre a questão elaborado com mais profundidade, deixa de indicar uma possível estrutura de aplicação, ainda que assevere que o triplo teste da proibição do excesso não seria adequado ao instrumento, que se pauta em análises de eficácia e efetividade — no sentido de capacidade real para atingir resultados²²⁷.

É ilustrativo o rol apresentado, eis que outros autores também aludem ao instrumento²²⁸. No entanto, optou-se por apontar em apartado outros dois posicionamentos de autores portugueses que se diferenciam dos mencionados até o momento, a justificar maior atenção.

²²⁴ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 599 ss.

²²⁵ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 605 ss.

²²⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 616.

²²⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 599.

²²⁸ Como Jorge Silva Sampaio, em 2012, que, em um contexto específico, associou, à proibição de insuficiência, a dignidade da pessoa humana, a garantia do conteúdo essencial dos direitos, bem como, em alguns casos, uma ponderação entre a importância constitucional relativa do bem necessitado de proteção, iminência ou grau de probabilidade do ataque ou da gravidade da ameaça que sobre ele impende e consequências restritivas que a medida da proteção pode vir a ter nas esferas de autonomia privada dos afetados. SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 157.

4.1.1.1 O posicionamento de Jorge Reis Novais

O posicionamento de Jorge Reis Novais guarda pontos de contato com os já indicados, porém deles se afasta significativamente. Em sua ótica, a proibição de insuficiência não pode ter como alvo a imposição de um resultado ótimo e único ao legislador, a ser apontado pelo Judiciário, preocupação, portanto, compartilhada pelos demais autores portugueses citados. De outra parte, reconhece que se o controle judicial se limitar a um mínimo corre-se o risco de ocasionar insuficiência protetiva em casos que demandam de forma incontestada uma proteção suplementar por parte do Estado²²⁹.

Diante dessas premissas, propõe o autor, a partir do exame de casos julgados pelo Tribunal Constitucional sul-africano²³⁰ que considera exitosos, que o princípio seja decomposto pelo princípio da realização do mínimo, conjugado ao da razoabilidade²³¹, ou seja, verificar-se-ia o conteúdo mínimo dos deveres estatais, mas também a situação concreta do destinatário da prestação, tudo por meio de um controle de evidência²³². O foco passa da omissão à apuração de quando um ato é devido²³³.

Impende, então, apontar o que o autor entende por mínimo. A sua concepção nega a definição prévia, geral e abstrata de um núcleo irreduzível absoluto²³⁴, mas atrela-o à dignidade da pessoa humana²³⁵ e à garantia do conteúdo essencial²³⁶, acolhendo, também, “uma dimensão de abertura à evolução das concepções sociais e da ideia de justiça²³⁷”.

²²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 336; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 200-203.

²³⁰ A propósito, ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 160 ss.; COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

²³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 388 ss.

²³² De forma que o controle não deve mimetizar a natureza do controle de proibição do excesso, de caráter intensivo, em respeito à separação e poderes (evitando-se que o juiz dispute com o legislador democraticamente legitimado na busca das melhores soluções políticas e com a pretensão de substituir as concepções pelas suas próprias). NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 207-208.

²³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 388 ss.

²³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 214.

²³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 186 ss.

²³⁶ Ainda que reconheça que dificilmente a garantia tem resultados autônomos ao que seria obtido com a dignidade da pessoa humana (concepção absoluta) e princípio da proporcionalidade (concepção relativa). NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 346; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 213.

²³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 395.

O subprincípio da razoabilidade²³⁸ — pelo autor também incorporado à proibição do excesso — também representa critério para se apurar se a política formulada é suficiente, enquanto subprincípio da proibição do déficit. Compara-se a situação vivenciada pelo particular, ou seja, as consequências da omissão²³⁹, com a projeção de uma atuação diversa por parte do Estado, a fim de sindicarem se a situação concreta do indivíduo é demasiadamente custosa e intolerável²⁴⁰. Dessa forma, uma norma que seria razoável no plano abstrato pode ser considerada gravosa diante da situação concreta a que um cidadão é submetido^{241 242}, tendo como parâmetro as exigências e os padrões de um Estado de Direito²⁴³.

Nessa perspectiva, o princípio da proibição da insuficiência exigiria, para além da observância de um mínimo de concretização, a razoabilidade no que diz respeito às situações concretas dos destinatários dos deveres estatais.

²³⁸ Sobre diferentes concepções de razoabilidade: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 205; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

²³⁹ Para Miguel Nogueira de Brito, Jorge Reis Novais ao tratar tanto do mínimo quanto da razoabilidade no contexto amplo do princípio da proibição do defeito se aproxima da corrente que entende o princípio da proibição do déficit como reverso da proibição do excesso. BRITO, Miguel Nogueira de. O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. In: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1108. No entanto, Jorge Reis Novais esclarece que relevam apenas os efeitos produzidos na esfera do afetado, independentemente dos fins em vista (que não poderão ser determinados), benefícios a alcançar e da relação de proporcionalidade entre uns e outros. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 216.

²⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 187 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 348 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 215 ss.

²⁴¹ E a diferença para a proporcionalidade residiria no fato de que nesta a avaliação é em relação ao fim prosseguido.

²⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 189.

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 217.

Tal modelo de controle foi adotado pelo Tribunal Constitucional sul-africano, especialmente nos casos *Grootboom*²⁴⁴ e *Treatment Action Campaign*²⁴⁵, em que o exame da atuação suficiente do Estado passou a ser realizado a partir da razoabilidade²⁴⁶.

Dessa forma, não pretenderia o Tribunal apontar uma medida “ótima”²⁴⁷, porém, atentando também para realidade financeira, limitar-se-ia a verificar a razoabilidade da opção política, não apenas quanto aos programas em sentido objetivo, mas em atenção à situação concreta dos afetados por ele, sem descuidar da noção de “mínimo”²⁴⁸.

A sua construção se afina a um controle de evidência²⁴⁹, que extrapola, no entanto, o exame meramente vinculado ao mínimo²⁵⁰, pois adiciona à fórmula uma preocupação com a razoabilidade da opção estatal²⁵¹. Ao final, concluindo-se pela inobservância da proibição

²⁴⁴ Em causa o direito de indivíduos (novecentos demandantes, dentre os quais quinhentas e dez crianças) que estavam vivendo em condições precárias, depois de terem sido desalojados de área particular, que reivindicavam do Estado o acesso à moradia adequada. Decidiu-se, na ocasião, que não seria possível assegurar imediatamente o direito à moradia de cada qual, mas estabeleceu-se que as políticas públicas do Estado falhavam por não incluírem medidas emergenciais e focadas em pessoas em situação de *desperate need*. Determinou-se que o Estado reformulasse a política estatal sobre moradia a fim de que contemplasse medidas imediatas para pessoas miseráveis, sem, contudo, indicar quais seriam as providências a serem adotadas. Atribuiu-se a um órgão independente a função de supervisionar a elaboração e implementação do programa. Sobre o julgamento: ALEXANDRINO, José de Melo. *Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a.7, p.147-169, 2010; STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. Direitos fundamentais sociais em cortes constitucionais: o caso Grootboom. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 17, n.1, p. 285-330, 2016. Para Cass R. Susstein, o julgamento releva pois não coloca o Tribunal em um papel gerencial e inaceitável. SUNSTEIN, Cass. R. *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1454&context=law_and_economics. Acesso em: 20 de dezembro de 2019.

²⁴⁵ A Corte determinou que o Estado estabelecesse uma política universal, gratuita e razoável de distribuição de medicamentos para soropositivos, disponibilizados por um laboratório farmacêutico de forma gratuita, entendendo, portanto, não razoável a opção estatal anterior de fornecimento de medicamentos a apenas alguns pacientes em projeto piloto.

²⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 286 ss.

Sobre o teste da razoabilidade nos casos mencionados e as suas diferenças (estrutural e substancial) para o teste da proporcionalidade, GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, Vicky.; TUSHNET, Mark (Eds). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges (Comparative Constitutional Law and Policy)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 235 ss.

²⁴⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 163.

²⁴⁸ Muito embora descarte a ideia de definir o mínimo, conforme aponta NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 288-293. Veja-se, também, ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 164.

²⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 341.

²⁵⁰ Aponta-se, por necessário, que o autor registra não pretender, com a construção, reduzir os direitos fundamentais, designadamente os sociais, a um mínimo, pois sujeito o Estado, relativamente a eles, a outros deveres, princípio e limites. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 185-186 em nota.

²⁵¹ Reconhece, contudo, que por pura lógica não se poderia controlar a eventual desrazoabilidade de uma omissão, porque só há omissão se preexistente dever estatal preciso de realização, mas, nessa altura, a omissão já era

do defeito, operar-se-ia a subjetivação do dever estatal, a possibilitar que fosse exigido judicialmente²⁵².

4.1.1.2 O posicionamento de Vitalino Canas

Mais recentemente, Vitalino Canas articulou um modelo próprio do que denomina proibição do defeito, desvinculado do mínimo²⁵³ e inserido em um metaconceito de proporcionalidade moderna²⁵⁴. Para ele, a proibição do defeito, diferentemente da proibição do excesso, seria aplicável quando a perspectiva dominante fosse a do controle do cumprimento de pelo menos um dever *prima facie* de ação do legislador que colidisse com outros deveres *prima facie* ou com a consecução de fins imediatos legítimos permitidos (ou não proibidos) pela Constituição²⁵⁵.

Para o autor, a proibição do defeito própria²⁵⁶ é instrumento mediador de ponderação e harmonização de posições jurídicas contraditórias, assim como o é a proibição do

inconstitucional independentemente de sua desrazoabilidade. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 349.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 186-187.

²⁵³ O mínimo, para ele, diz respeito a uma concepção imprópria de proibição de defeito.

²⁵⁴ Juntamente com a proibição do excesso, a proporcionalidade equitativa e a proporcionalidade da lei penal e das penas. No entanto, afasta-se do entendimento que vê a proibição do defeito como parte ou elemento da proporcionalidade clássica, por entendê-la como princípio que expressa a ideia geral de proporcionalidade que deve pautar o exercício do poder público, tal como a proibição do excesso. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 382 e 957. É de se ressaltar que, para o autor, radica no sentido *prima facie* da constituição, na concepção de direitos fundamentais e na específica precipitação do Estado de Direito o fundamento multipolar para a proibição do defeito. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 960.

²⁵⁵ Diferentemente, a proibição de excesso seria aplicável quando a perspectiva dominante é a do cumprimento ou controle do cumprimento de um dever *prima facie* de abstenção do legislador colidente com a prossecução de fins imediatos legítimos, permitidos ou não proibidos pela Constituição. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 991.

Para o autor, mesmo que a perspectiva trazida pela parte seja unilateral, o juiz deverá observar a questão bilateralmente, utilizando-se da proibição de defeito, examinando o eventual defeito de cumprimento do dever de ação e o eventual defeito de cumprimento do dever de abstenção (o que pode ser reversamente descrito como uma interferência excessiva nesse direito, pelo que essa componente da proibição do excesso integra a própria proibição do defeito se diante relações triangulares). CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1013 ss.

²⁵⁶ Para ele, a aceção ampla de proibição do defeito diz respeito a toda e qualquer situação em que o legislador está obrigado a uma ação positiva; a restrita, por sua vez, abrange apenas alguns tipos de descumprimento, sendo considerada imprópria ao se relacionar com o conteúdo mínimo ou essencial, pois se confunde com outras categorias dogmáticas, e própria, por sua vez, como instrumento que medeia a harmonização de posições jurídicas. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 961 ss.

excesso, tendo, portanto, como pressupostos, a existência de um dever de ação²⁵⁷ e de uma colisão normativa.

A colisão normativa pode-se dar entre (i) dois deveres constitucionais de ação ou dever de ação *x* dever de abstenção (proibição do defeito paritária, pois possuem o mesmo peso abstrato *prima facie*), ou (ii) entre dever constitucional de ação *x* permissão e persecução de bens, interesses ou valores não cobertos por nenhum dever constitucional²⁵⁸ (proibição do defeito não paritária).

Canas diferencia a proibição do defeito como norma de ação, que rege a atividade do legislador, e como norma de controle, de que se poderá valer o juiz constitucional para examinar uma pretensa omissão. Cingir-se-á, em harmonia com o tema proposto, ao exame do instrumento enquanto norma de controle.

Como norma de controle, o exame que se deve fazer é retrospectivo, de forma a apurar se o comportamento do legislador (omissivo total ou em parte²⁵⁹) é justificado. Para tanto, deve o julgador interpretar a Constituição, a fim de examinar a existência de deveres de agir relevantes; delimitar os argumentos conflitantes e sindicar o resultado da ponderação pelo legislador realizada²⁶⁰.

Ele distingue os tratamentos que devem ser conferidos à omissão total e à omissão parcial. Na omissão total, primeiramente, deve-se atentar para o fato prévio de que uma omissão sem finalidade legítima é uma omissão arbitrária e que uma omissão total viola por si só o conteúdo mínimo²⁶¹. Dessa forma, apenas haverá exame da proibição do defeito quando não se puder verificar um conteúdo mínimo absoluto.

Para ele, no que diz respeito à estrutura do instrumento, relativamente às omissões totais, não seria cabível falar em adequação ou eficiência exigível, mas apenas em proporcionalidade em sentido estrito. Inviável falar-se em adequação porque o ato adequado para cumprir um dever de ação é uma ação, pelo que omissão total seria sempre inadequada. Sob outro prisma, omissão também é inadequada para o atingimento do fim de superação da

²⁵⁷ Com grau tal de determinação que permita a sindicabilidade, o que independe da existência de direitos subjetivos. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 968-969.

²⁵⁸ De que é exemplo, para o autor, o dever de materialização de direitos sociais e a reserva do sustentável.

²⁵⁹ Caracteriza a omissão total uma ausência de normas legislativas que intentem ou logrem cumprir pelo menos minimamente o dever de ação; a omissão parcial pela existência de normas que intentam e logram o cumprimento do dever de ação, embora sem realizá-lo completamente. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1013 ss.

²⁶⁰ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1012.

²⁶¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1017.

colisão entre dois deveres e sempre adequada para o fim do cumprimento do dever colidente. Da mesma forma, quanto à eficiência exigível²⁶², há sempre alternativas capazes de promover mais eficientemente o fim *prima facie*; no entanto, qualquer delas necessariamente promoverá impacto sobre deveres ou bens colidentes²⁶³.

Assim, relevante, para as omissões totais, seria a proporcionalidade em sentido estrito, análoga à da proibição do excesso, o que corresponderia à ponderação da importância dos efeitos jurídicos e materiais resultantes da satisfação ou não dos deveres colidentes e dos bens, interesses ou valores sobre os quais incide permissão. Quando diante de dois deveres constitucionais, a omissão total sempre violará a proibição do defeito, pois representa um nítido desequilíbrio. Em se tratando de uma colisão entre dever constitucional e uma permissão de persecução de outros bens, interesses e valores, em não havendo garantia do conteúdo mínimo e se a última fornecer argumentos superiores, a omissão total pode, em tese, resistir ao teste.

Na omissão parcial, em que há medidas direcionadas ao cumprimento do dever de ação e a controvérsia se resume à suficiência ou não de tais medidas, a finalidade, no caso de deveres de ação colidentes, é sempre o cumprimento do dever contraposto — e violar-se-á a proibição do arbítrio se assim não for²⁶⁴.

O agir mesmo que parcial deverá ser adequado para atingir minimamente o fim da superação da colisão entre dois deveres constitucionais ou o fim legítimo autorizado. A inadequação tem por consequência a sua apreciação como omissão total.

No tocante ao critério da eficiência exigível, na proibição do defeito paritária, cabe ao julgador verificar se há medida alternativa que satisfaça mais eficientemente o dever de ação, satisfazendo em igual medida os deveres colidentes, ou que satisfaça de igual forma os deveres de ação e em maior medida que as atuais o cumprimento dos deveres colidentes²⁶⁵. Na proibição do defeito não paritária, compete ao julgador verificar por meio de comparação se há medida alternativa que satisfaça mais o dever de ação, afetando em igual ou menor medida

²⁶² Não fala em necessidade, mas em eficiência exigível, pois o que está em causa é se o meio é suficiente para atingir fins constitucionalmente devidos. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1019.

²⁶³ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1020.

²⁶⁴ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1022 ss.

²⁶⁵ Razão pela qual incorpora uma componente da proibição do excesso. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1026.

os fins colidentes²⁶⁶. Não cabe ao julgador apontar a medida ótima, de incumbência do legislador. O comportamento deverá ser o de deferência²⁶⁷.

Por fim, respectivamente à proporcionalidade em sentido estrito, contrapesa-se a importância dos efeitos jurídicos e materiais de satisfação de bens, interesses ou valores objetos dos deveres colidentes ou dos não cobertos por deveres com o comportamento do legislador. Na proibição paritária, examina-se se a omissão parcial acarreta um desequilíbrio favorável a algum dos deveres; na não paritária, analisa-se se o peso dos argumentos é inferior ao peso da satisfação dos deveres constitucionais *prima facie*²⁶⁸.

É de se dizer, ainda, que o julgador dever-se-á pautar em regra por um exame de evidência e, excepcionalmente, de defensabilidade, a depender dos bens em jogo.

Vê-se, então, que, apesar de defender que a proibição do defeito é apta ao controle da generalidade dos deveres estatais se minimamente determináveis, o autor traça um modelo diferenciado a depender do tipo de colisão e da existência de uma omissão total ou parcial. O exame idealizado é estruturado e a proibição do defeito tem por objetivo apurar se o comportamento do legislador é justificado, ou seja, se a omissão, que configura o incumprimento de um dever de ação *prima facie*, supera as exigências da proibição do defeito.

4.1.2 A jurisprudência do Tribunal Constitucional português

Insta examinar, então, o posicionamento do Tribunal Constitucional quanto ao tema. Dois julgados portugueses são comumente citados como exemplo de aplicação da proibição da insuficiência²⁶⁹.

O primeiro, Acórdão n.º 75/2010²⁷⁰, debruçou-se sobre a questão da interrupção da gravidez, em especial sobre dispositivos que estabeleciam exclusão de ilicitude no caso de aborto realizado nas primeiras dez semanas de gestação, após consulta destinada a facultar à

²⁶⁶ Não tem aplicação a segunda vertente, pois os bens, interesses ou valores não estão protegidos por um dever constitucional do legislador. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1027.

²⁶⁷ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1025 ss.

²⁶⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1027 ss.

²⁶⁹ Para além deles, aponta-se que o argumento foi utilizado em outras decisões, de forma explícita ou implícita, no corpo do acórdão ou em votos vencidos: Acórdãos 85/1985 (implícito, referente ao aborto), 288/1998 (voto vencido Conselheiro P. Mota Pinto, fiscalização preventiva do referendo do aborto), 254/2002 (implícito na tese vencedora e em votos vencidos), 357/2009 (voto vencido de João Cura Mariano), 187/2010, 269/2010, 270/2010, 222/2011, 400/2011, 401/2011, 416/2011, 02/2013, 225/2018 (implícito, gestação de substituição).

²⁷⁰ Acórdão 75/2010, julgado em 23.02.2010, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro

mulher grávida o acesso a informação²⁷¹ relevante para a formação de decisão “livre, consciente e responsável”.

O Tribunal entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados e, no que importa para a investigação, a decisão seguiu itinerário que se passa a explicar. O Tribunal reconheceu²⁷² que a vida intrauterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de proteção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente; o Estado está obrigado não só a respeitar referido bem, mas a protegê-lo contra agressões de terceiros ou da própria gestante. Também reconheceu que goza o legislador de ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições de sinal contrário: proibição do excesso e proibição de insuficiência, a última a representar uma medida mínima de proteção que deve ser assegurada. Nos casos em que são adequadas diferentes ações de proteção ou promoção, nenhuma delas é, de per si, necessária para o cumprimento desse mandado, eis que a única exigência é que se realize uma delas, pertencendo a escolha ao Estado. Ainda, entendeu-se que as medidas devem assegurar uma proteção eficiente em sua globalidade, tendo o legislador optado por uma tutela progressiva de acordo com o tempo de gestação. A questão posta não está em saber se outras medidas protegeriam em maior grau, mas se o meio escolhido satisfaria o mínimo de proteção, especificamente a opção legislativa por renúncia de uma tutela penal nas primeiras dez semanas, mediante aconselhamento da mulher, que formaria juízo subjetivo a respeito do prosseguimento ou não da gestação. Decidiu-se que a correta compreensão do conflito caminha por reconhecer a especificidade da relação mulher x nascituro nas primeiras semanas e que a escolha legislativa é predominantemente pelas medidas punitivas quando a “dualidade” mãe e feto transparece. Antes, nas primeiras dez semanas — período mais curto do que o de doze semanas generalizadamente vigente, em direito comparado —, é que o Estado, sem se demitir desse dever, prossegue-o por uma via combinatória da sanção penal com instrumentos autorresponsabilizadores. Não haveria obstáculos à admissão dessa solução, mas é necessário examinar as condições que subtraem à punibilidade a decisão, pela grávida, de interrupção voluntária da gravidez, a fim de apurar se respeitam o mínimo de proteção exigido, especialmente quanto ao caráter da consulta prévia, vez que não há no sistema português nenhuma injunção expressa dirigida aos profissionais intervenientes na consulta do sentido de

²⁷¹ A respeito de: a) as condições de efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher; b) as condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade; c) a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão; d) a disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão.

²⁷² Na esteira de julgados anteriores sobre o aborto.

que esta deveria ser orientada pelo objetivo de dissuadir a intenção abortiva. No entanto, a regulamentação se destina a enfatizar a gravidade da decisão a ser tomada e a valorizar o valor da vida, por meio de apoios vários, de onde se extrai que o encorajamento a prosseguir com a gestação é implícito. Entendeu o legislador que apenas uma adesão espontânea da grávida à continuidade da gestação garante a tutela da vida intrauterina, não se reconhecendo, assim, um déficit de proteção, vez que o julgador não dispõe de um instrumento de mensuração exata do grau de proteção exigido do Estado e, diante de imperativos de tutela, o controle deve ser o da evidência, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador.

Da decisão se extrai a adesão irrestrita à teoria de Canaris a respeito da proibição de insuficiência, especificamente quanto à vinculação do instrumento ao mínimo de proteção, à existência de um corredor entre a proibição de insuficiência e a proibição do excesso, a que corresponde a liberdade de conformação do legislador, bem como, por fim, ao papel do Tribunal Constitucional no exame de uma omissão (no caso, parcial), reconhecendo-lhe a legitimidade para um controle de evidência unicamente.

Interessante a observação de que a questão submetida à apreciação era muito similar à examinada pela segunda decisão sobre o aborto na Alemanha, em especial a dispensa de uma tutela penal aos casos de interrupção do início da gestação (sendo, na Alemanha, nas primeiras doze semanas) e previsão de assessoramento à gestante. Na Alemanha, reconheceu-se um déficit de proteção na ausência de um caráter dissuasor do aconselhamento; em Portugal, no entanto, entendeu-se que o mínimo de proteção foi garantido ao estabelecer a lei apoios múltiplos à mulher que a encorajam implicitamente a com a gestação prosseguir.

No mesmo ano, o Tribunal reconheceu, expressamente, pela primeira vez, a inconstitucionalidade por violação da proibição da insuficiência, e fê-lo no Acórdão 166/2010, julgado em 28 de abril de 2010.

Na ocasião, a Corte examinou a constitucionalidade de interpretação de norma do Código de Procedimento e de Processo Tributário que dispensava a Fazenda Nacional de ouvir os credores providos com garantia real previamente à venda do bem por negociação particular, a fim de se manifestar sobre a modalidade de venda e fixação do preço base, tal como determina o Código de Processo Civil. De um lado, estaria o direito à propriedade dos credores; de outro, o interesse público de celeridade na cobrança de tributos.

Entendeu-se que a dispensa da notificação aos credores a possibilitar que sobre a venda se manifestassem configuraria uma proteção ineficiente do direito de propriedade (eis que diante de um dever estatal de proteção do credor à satisfação do crédito, consubstanciado

em deveres de organização e procedimento), violando-se, por conseguinte, a proibição da insuficiência, visto que a proteção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência e inexistente um relevante interesse público apto a justificar a deficiência.

Efetuiu-se, para tanto, exame da (razoabilidade da) ponderação de bens pelo legislador realizada, entre (i) a intensidade do sacrifício imposto ao direito do credor à satisfação do crédito e a necessidade de dispensa, em execução fiscal, da audiência prévia de credores reclamantes com garantia real, para efeitos de escolha da modalidade de venda e de fixação do preço base; e (ii) a intensidade do sacrifício imposto à posição jusfundamental e a necessidade e a vantagem para o interesse público resultante desse mesmo sacrifício.

Sequencialmente, concluiu-se que a dispensa não pode ser considerada uma medida necessária, “de forma que a sua ausência comprometa inelutavelmente os fins pertinentes de interesse colectivo”, e que a ponderação do legislador de que resultaram as normas do Código de Procedimento e de Processo Tributário não conferiu proteção eficiente ao direito dos credores, e fê-lo por razões de interesse público, que foram, contudo, por ele claramente sobreavaliadas²⁷³.

Jorge Reis Novais sustenta que a decisão examinou, em realidade, a proporcionalidade²⁷⁴, notadamente ao perquirir se o interesse da celeridade processual justifica a restrição do direito de propriedade — para ele, o dever em causa seria o de respeito e não o de proteção. Assim, a questão poderia ter sido resolvida sob a ótica da proibição do excesso e do exame se a restrição ao direito à propriedade dos credores que não foram ouvidos previamente tivesse sido justificada à luz do interesse da celeridade. Em sua ótica, o julgamento, da forma como proferido, não reconhece autonomia ao princípio frente ao da proibição do excesso²⁷⁵.

Em sentido diverso, a posição de Vitalino Canas, para quem o Tribunal, ao valer-se do instrumento, centrou a avaliação na averiguação da existência de medida alternativa à vigente que satisfizesse mais eficientemente o dever de ação e em igual medida os outros interesses. Invocou, portanto, um exame quanto à necessidade da medida, mas agregou-lhe componente relativo à ponderação, mencionada expressamente, a indicar que funde ou sobrepõe os dois planos, pese não realizar a operação de contrapeso que lhe seria devida²⁷⁶.

²⁷³ Jorge Miranda registra concordância com a solução do acórdão. MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2010. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 15, Madrid, 2011, p. 593.

²⁷⁴ Argumento inclusive pelos credores invocado.

²⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 318 ss.

²⁷⁶ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 332.

Oportuna a observação de que a comparação entre os dois julgados evidencia que, no primeiro, se reconhece, na esteira do entendimento de Canaris, uma assimetria entre o conteúdo da proibição do excesso e do défice, no sentido de conferir à segunda eficácia mais fraca relativamente à da primeira. No segundo acórdão, ao contrário, as eficácias são equiparadas, na medida em que se argumenta que a adoção de medidas insuficientes é tão censurável quanto impor cargas excessivas aos particulares²⁷⁷.

Por fim, é de se registrar que em 2019 se averiguou, por meio do Acórdão 394/2019, a constitucionalidade do prazo de caducidade previsto no Código Civil²⁷⁸ para propositura de ações de investigação de paternidade. A autora o impugnou ao argumento de que representaria uma restrição desproporcionada. A questão recebeu novo exame da Corte, tanto sob o ponto de vista da proibição de insuficiência quanto da proibição da ingerência excessiva — no acórdão 401/2011, o artigo já havia sido considerado constitucional, em razão de ter-se entendido que o legislador conferiu a proteção mínima constitucionalmente exigida.

Por maioria de votos, o Tribunal seguiu na mesma linha e reconheceu que houve proteção mínima e que o que desborda disso se situa na margem de conformação do legislador, que não está obrigado a soluções que maximizem a proteção. Reconheceu o caráter pluridimensional do problema jurídico constitucional e que, de um lado, há o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade (à identidade e a constituir família, portanto) e, de outro, o valor da estabilidade e da segurança das situações jurídicas, indicando que a decisão política tomada “pressupõe complexas ponderações valorativas sobre o impacto que tal medida pode ter, em cada momento, sobre a relação dos cidadãos entre si e o funcionamento da sociedade em geral”.

Reconhecida a suficiência da proteção, intentou-se examinar a questão também sob a ótica da proibição do excesso. Entendeu-se que a finalidade da medida (no estabelecimento de prazos de caducidade para o exercício do direito de ação) iria ao encontro da necessidade de proteção dos próprios direitos fundamentais do investigado à identidade e à família e que “a previsão de prazos legais preclusivos para a respetiva propositura só implicaria uma restrição ilegítima (...) caso os mesmos fossem totalmente injustificados ou se, pela sua duração, criassem dificuldades excessivas ao exercício daquele”, indicando, ao final, não ter havido restrição de forma desadequada e desproporcional.

²⁷⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 604.

²⁷⁸ Especificamente o prazo previsto no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável *ex vi* do artigo 1873.º do mesmo código, na parte em que prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação de investigação da paternidade, contado da maioridade ou emancipação do investigante.

Com efeito, o prazo seria apto a assegurar a *tutela jurisdicional efetiva*, quer dos direitos fundamentais do investigante a saber quem é o seu pai e a estabelecer com ele o respetivo vínculo jurídico, quer dos direitos fundamentais do investigado a saber quem é o seu filho e a estabelecer com ele a correspondente relação jurídico-familiar. Anotou-se que a solução alternativa, de ausência de prazos, poderia comprometer tais finalidades — e aqui se entende que se faz referência ao direito do investigado, já que não comprometeria o direito do investigante, pelo que a medida pretendida pelo autor seria excessiva, sob essa ótica, em relação ao investigado, suposto pai.

Ademais, pontuou-se inexistir desproporcionalidade entre benefícios assegurados com o prazo de caducidade (relativamente à tempestividade do vínculo, que proporcionaria a observância dos deveres mútuos entre pais e filhos) e os custos sofridos pelo investigante, essencialmente patrimoniais.

Vê-se, pois, que a questão recebeu exame por sucessivas óticas, pese ter sido pela autora arguida uma desproporção inconstitucional na restrição, a postular uma análise em conformidade com a proibição do excesso. Conquanto tenham-se referido à observância do mínimo, a justificar a suficiência da proteção, também se menciona a necessidade de submeter a medida ao teste da proibição do excesso²⁷⁹ e, ao realizá-lo, invocam-se elementos relativos à suficiência²⁸⁰.

²⁷⁹ Como limite máximo à atuação do legislador.

²⁸⁰ Importa registrar o voto vencido da Conselheira Maria Clara Sottomayor, que, valendo-se da doutrina de Jorge Reis Novais, indicou que o exame da proibição de insuficiência exige também o respeito à razoabilidade, não se reduzindo à garantia de um mínimo de proteção. Asseverou: “na medida em que a norma questionada no presente processo estabelece, para o exercício do direito de ação destinada a fazer valer um direito pessoalíssimo, um prazo de caducidade cujo decurso determina a extinção do direito fundamental, porque o seu titular não tem outra forma de o exercer que não seja o direito de ação, cabe ao Tribunal Constitucional um dever de proteção estatal suplementar para lá do controlo mínimo que o Acórdão que fez vencimento aplica”. No entanto, vê-se que, apesar de indicar o escólio do mencionado autor, indicou que “o parâmetro de controlo é analisado através do princípio da proibição do défice ou da proibição da insuficiência, que exige a consideração, pelo juiz constitucional, dos direitos fundamentais dos particulares de ambos os lados do conflito, na medida em que o cumprimento do dever de proteção do direito do investigante vai provocar uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais do investigado e da sua família mesmo sem previsão legal”, o que sugere uma ponderação.

4.2 POSIÇÃO ATUAL SOBRE O ASSUNTO NA DOCTRINA BRASILEIRA

No Brasil, a proibição de insuficiência aparece quase sempre vinculada à proporcionalidade, como uma faceta²⁸¹ ou dimensão desta²⁸². A doutrina trata de uma evolução no sentido da proporcionalidade que acompanhou a própria evolução de Estado²⁸³. Assim, o instrumento não mais se destinaria a sancionar apenas o excesso de atuação estatal, mas também a omissão ou o agir insuficiente nos casos em que a Constituição o comanda a agir — fala-se, inclusive, em uma proporcionalidade positiva em contraste com uma negativa²⁸⁴, reconhecendo que a desproporção pode ser para mais e para menos²⁸⁵.

Dessa forma, atribui-se-lhe igual fundamento, ou seja, teria alicerce no Estado de Direito ou, para outros, com influência norte-americana, no devido processo legal substantivo²⁸⁶.

Assim, o comportamento estatal seria escrutinado de duas formas: pela proibição do excesso e pela proibição da insuficiência, que traçariam patamares que seriam vinculativos ao Estado — entre eles, haveria o corredor, em que se move o legislador²⁸⁷.

Não se tem, ao contrário de outros países, estudos que se dediquem exclusivamente ao seu conteúdo ou à sua estrutura. Geralmente, o instrumento é invocado ao se tratar da proporcionalidade, em breves linhas. Em regra, faz-se menção à construção de Canaris sobre o assunto²⁸⁸ e à segunda decisão sobre interrupção da gravidez do Tribunal

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, 97, p. 171-202, mar/2005; FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁸² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 483.

²⁸³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 165.

²⁸⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 400; FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Para o último autor, há uma premissa de difícil equalização: tanta liberdade quanto possível, tanto Estado quanto necessário.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 399.

²⁸⁷ Contra o instrumento: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

²⁸⁸ Acerca da influência da tradução da doutrina de Canaris: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado – notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 63-88, 2017, p. 74.

Constitucional Alemão, invocando, na sequência, alguns julgados do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ainda, nota-se uma proeminência de estudos acerca da utilização do instituto para tutela dos deveres de proteção na área criminal, o que leva a doutrina a tratar de um “garantismo positivo”²⁸⁹, ou seja, uma preocupação em proteger os bens jurídicos de forma suficiente, em contraponto ao “garantismo negativo” clássico, que encerra uma proteção contra os excessos do Estado.

Os estudos que vão além indicam uma aplicação por meio de teste triplo, similar ao da proibição do excesso.

Assim, Ingo Sarlet²⁹⁰, valendo-se da teoria de Christian Calliess, estrutura o teste relativo à proibição da insuficiência da seguinte forma: (i) adequação – averigua se a medida adotada ou prevista é apta para proteger de modo eficaz o bem; (ii) necessidade – examina se há uma concepção de proteção mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade; (iii) proporcionalidade em sentido estrito – investiga se o impacto das ameaças e dos riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção deve ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

No segmento da proporcionalidade em sentido estrito, verificar-se-ia a confluência entre as proibições de excesso e de insuficiência, ao realizar uma ponderação que “leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais)”, associando, pois, os dois instrumentos nessa etapa final para o fim de executar uma “concordância prática multipolar orientada pela otimização recíproca de todos os bens jurídicos envolvidos na relação multipolar de direito constitucional, com vistas à maximização de sua eficácia”²⁹¹.

Acaba, ao final, por buscar uma otimização dos direitos e dos interesses colidentes, afastando-se da ideia inicial de um controle de mínimos. No entanto, reportando-se

²⁸⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92; STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, 97, p. 171-202, mar/2005.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, 2004.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, 2004, p. 65.

ao autor alemão, reconhece a existência de uma espécie de corredor a delimitar a liberdade de ação do legislador e dos demais órgãos estatais, “resultando em complexa operação à luz das circunstâncias de cada caso.”

Na visão de Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, as etapas seriam as seguintes: apurar se a omissão ou a atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo; apurar se existe outro meio menos prejudicial àquele direito que favorece, em igual intensidade, o citado objetivo; e, por fim, apurar se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou a promoção do direito em discussão²⁹². Tal estrutura já foi invocada pelo ministro Luís Roberto Barroso, ao examinar um caso submetido à apreciação do STF.

Por fim, quase todos alertam para o risco de uma utilização desregrada e excessiva do instrumento proporcionar verdadeiro arbítrio judicial²⁹³, eis que se destinaria a legitimar pré-compreensões do magistrado²⁹⁴, ampliando, de forma sub-reptícia, a sua margem de atuação. Daí, a razão de defender Luciano Feldens que o instrumento se presta não para o juiz escolher a melhor opção, mas sim para afastar a decisão política com ele incompatível²⁹⁵.

Depreende-se, do exame da doutrina brasileira, que prevalece o entendimento de que a proibição de insuficiência é enquadrada como face da proporcionalidade, tal e qual a proibição do excesso, havendo uma tentativa de esboçar um teste tríplice à semelhança da última.

No entanto, não se pode, a partir do exame dos posicionamentos, indicar, de forma categórica, se há adesão a uma concepção de controle de mínimos ou de patamar mais ambicioso, eis que os autores não se posicionam de forma expressa a esse respeito. E, os que o fazem, como Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de falar em mínimo, também indicam filiar-se a uma concepção otimizada dos direitos fundamentais, incluindo, na estrutura do instrumento, elementos compatíveis com essa visão. Ver-se-á, na sequência, que a jurisprudência não destoa.

Por derradeiro, pontua-se, novamente, que a doutrina é bastante crítica em relação à utilização da proibição da insuficiência pelo Supremo Tribunal Federal, classificando-

²⁹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 483.

²⁹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 204; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 484.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, 2004, p. 74.

²⁹⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 170.

a de panfletária²⁹⁶, meramente teórica²⁹⁷, incoerente²⁹⁸, atalho para canalizar temperamentos prudenciais dos ministros²⁹⁹, muleta teórica³⁰⁰ e incapaz de contribuir para o estabelecimento de parâmetros aptos a identificar uma situação de omissão do Estado³⁰¹. Resta apurar, então, no próximo capítulo, se de fato o desenvolvimento jurisprudencial até 2019 se reveste de tais características.

²⁹⁶ Carta do baralho; *joker*, em inglês.

²⁹⁷ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018 p. 77

²⁹⁸ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018 p. 75.

²⁹⁹ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 76.

³⁰⁰ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma “proibição de insuficiência” como controle de proporcionalidade das omissões? In: GORZONI, Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de; VOJVODIC, Adriana (Orgs). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros: 2012, p. 333.

³⁰¹ ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 40 – em relação aos julgados de 2006 a 2012.

5 A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

5.1 ESCLARECIMENTOS SOBRE A SELEÇÃO DAS DECISÕES

Antes de adentrar na pesquisa propriamente dita, necessário esclarecer como os julgados que a respaldam foram identificados e selecionados.

Primeiramente, buscas foram efetuadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na seção “jurisprudência – pesquisa”³⁰², em todas as bases decisórias, utilizando-se das expressões ‘proibição de insuficiência’, ‘proibição de proteção insuficiente’, ‘proibição de deficiência’, ‘proibição de defeito’, ‘proibição de proteção deficiente’, ‘proibição do déficit’, ‘Untermassverbot’ e ‘proibição da concretização deficitária’. Na sequência, pesquisas foram solicitadas para a Coordenadoria de Análise de Jurisprudência³⁰³ do Tribunal, com as mesmas locuções.

Exame dos resultados indicou disparidade, o que levou a subscritora a efetuar buscas e a requerer pesquisas outras vezes (especificamente em quatro oportunidades no período compreendido entre abril de 2018 e janeiro de 2020³⁰⁴), sempre comparando os resultados alcançados e adicionando à compilação as novas decisões localizadas. O recorte cronológico é, portanto, claro: a pesquisa abrange as decisões proferidas até 31 de dezembro de 2019.

Apurou-se que os números obtidos a partir da busca eram imprecisos, eis que, por vezes, uma decisão contemplava duas ou mais expressões indicadas, de forma que era computada mais de uma vez, sequer apresentava a locução ou essa era apenas localizada em argumento do recorrente (não apreciado), em transcrição de decisões outras, ou citada de forma isolada, sem contribuir para o julgamento. Dessa forma, a exclusão de tais julgados constituiu etapa necessária.

³⁰² Por meio do sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

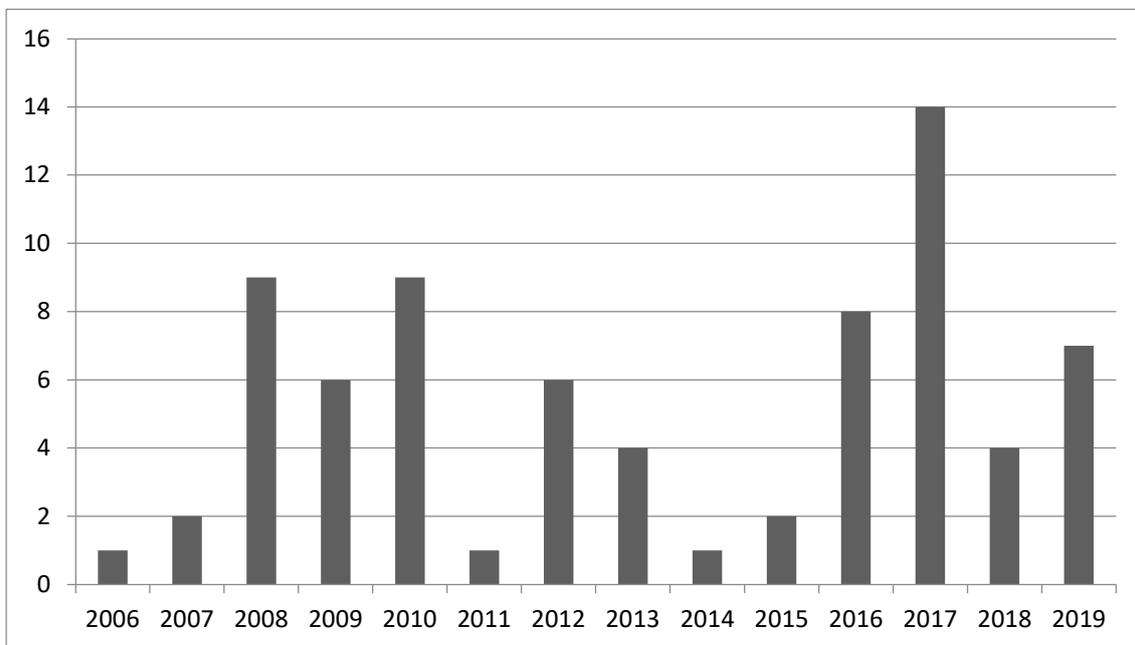
³⁰³ Por meio do seguinte sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>

³⁰⁴ Pesquisa n.º 40084, solicitada em 17/04/2018; pesquisa n.º 41012, solicitada em 16/01/2019; pesquisa n.º 41666, solicitada em 22/08/2019; por fim, pesquisa 42032, solicitada em 07/01/2020.

Adicionalmente, decisões foram catalogadas a partir de leitura dos informativos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que contemplam os recentes julgados da Corte³⁰⁵, e de pesquisas acadêmicas outras³⁰⁶.

Vê-se, pois, em razão do mecanismo de busca do Tribunal, a dificuldade em elencar todas as decisões do STF que se valeram do argumento para enfrentar o tema em apreciação e oferecer um número exato a subsidiar a pesquisa. Os mecanismos oficiais de busca disponíveis (sítio eletrônico e pesquisa por meio da Coordenadoria) se mostraram imprecisos, em razão das disparidades dos resultados.

No entanto, apesar de tais adversidades, acredita-se que se localizaram, ainda que “artesanalmente”, os principais julgados que tiveram o argumento por associado à decisão, que perfazem o número de setenta e quatro, pelo período assim distribuídos:



Elucidado o trilhar metodológico que culminou nas decisões elencadas neste capítulo, deve-se apontar para mais uma dificuldade vinculada a uma característica dos próprios

³⁰⁵ Ainda não publicados, o que fez com que fossem examinadas as sessões de julgamento transmitidas por meio da conta oficial do STF no YouTube (<https://www.youtube.com/user/STF>) e solicitadas por e-mail, aos gabinetes dos ministros, as transcrições de votos (embora, frise-se, não se tenha sempre obtido resposta) – e aqui se faz menção às ações ADI 5874; ADO 26/MI 4733; ADI 3446; ADC 43 e 44.

³⁰⁶ Mormente de Matricardi Rodrigues, que também apontou semelhantes dificuldades. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma “proibição de insuficiência” como controle de proporcionalidade das omissões? In: GORZONI, Paula et al. (Orgs). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros: 2012, p. 317-333.

juízos da Corte, a falta de deliberação, o que faz com que quase não existam “argumentos do tribunal”, mas sim um “emaranhado de opiniões individuais que não fazem esforço para convergir”³⁰⁷.

O que se tem, não raras vezes, são votos isolados e distintos sob o aspecto da fundamentação, ainda que com semelhante conclusão, mas todos publicados na integralidade do acórdão. Da mesma forma, votos divergentes não debatidos, apenas lançados e computados. Assim, em algumas ocasiões, a proibição de insuficiência é apenas explorada por um dos votantes, que, mesmo se alinhando à corrente que prevalece, apresenta voto escrito e submetido à publicação. Tal circunstância prejudica a elaboração de uma conclusão a respeito do entendimento da Corte quanto ao princípio, já que não é discutido pelos pares, somente citado, ocasionalmente de forma isolada.

E não é exagero afirmar que não houve sequer um julgamento em que a proibição de insuficiência foi efetivamente debatida enquanto instrumento, quer quanto à existência ou à autonomia, quer a respeito de seu significado, seu alcance ou sua composição — as discordâncias são lançadas apenas quanto à conclusão e não em relação ao instrumento em si, embora todos os ministros tenham em alguma altura dele se utilizado.

É por esse motivo que se escolheu indicar e examinar, em relação à cada decisão, exclusivamente os votos dos ministros que se valeram do instrumento, na tentativa de apurar à qual corrente se filiam e jogar luz sobre as questões controvertidas mencionadas nos capítulos anteriores. O exame buscou seguir uma ordem cronológica, mas, por vezes, deixou-se tal intenção de lado com a finalidade de evidenciar algum traço semelhante dos acórdãos, a merecer um exame agrupado.

Feitas as prévias considerações, passa-se ao exame dos casos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A primeira decisão foi pinçada diante da importância que assume para a investigação. Embora não tenha havido expressa menção ao tema de pesquisa³⁰⁸, fez-se a escolha de trazê-la à apreciação com a finalidade de elucidar o entendimento pretérito do Supremo Tribunal Federal a respeito das omissões legislativas e o papel do Tribunal, a fim de contrastá-lo com as decisões prolatadas a partir de então.

³⁰⁷ Fazendo com que o STF recebesse, de Conrado Hübner Mendes, o apelido “Tribunal descolado”. MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. 2010. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

A respeito do tema, também SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, n. 11, p. 557-584, 2013.

³⁰⁸ Motivo pelo qual não foi computada na estatística.

5.2 A DECISÃO SOBRE O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO de 1996: o embrião³⁰⁹

Como já se adiantou, nesse julgamento não houve expressa menção ao tema de pesquisa, no entanto, reconheceu-se, ainda que em uma decisão não definitiva, um dever estatal (no caso, de concretização de um direito tido por social) e, por outro lado, a ocorrência de omissão parcial em virtude da atuação deficitária do legislador.

Questionou-se, com a ação, o valor do salário mínimo reajustado por lei³¹⁰, ao argumento de que teria havido ofensa ao estabelecido pelo 7º, IV, da Constituição Federal³¹¹.

O artigo prevê, como direito social, a garantia do salário mínimo capaz de atender a necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Insurgiu-se, ainda, contra o índice adotado para reajuste, que seria inadequado³¹², pois inferior à inflação registrada ao longo do período de um ano. Tal índice, inclusive, segundo se alegou, não prestaria para tal finalidade³¹³.

Cumprir trazer à baila os apontamentos do relator, ministro Celso de Mello, que, ao que consta, pela primeira vez se valeu do argumento da insuficiência legislativa para reconhecer, em seu voto, a omissão parcial — malgrado, já se alertou, não ter se utilizado da figura “proibição da insuficiência”.

Entendeu o ministro, em síntese, que a situação exposta configuraria uma omissão parcial do Estado na efetivação do artigo 7º, IV, da Constituição, que estabelece uma “imposição legiferante” relacionada à uma prestação positiva destinada a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família (refere-se, em seu voto, a “necessidades primárias de subsistência”) e preservar, mediante ajustes periódicos, o valor da remuneração. Associou ao dever de legislar um direito público subjetivo do trabalhador à prestação (legislativa)³¹⁴.

³⁰⁹ ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128.

³¹⁰ Medida Provisória 1415/1996 (posteriormente convertida na lei 9.971/2000), que fixou o salário mínimo em R\$112,00 (cento e doze reais).

³¹¹ E ao artigo 201, §2º, cuja redação à época assegurava o reajuste dos benefícios previdenciários, a fim de preservar-lhes o valor real.

³¹² A medida conferiu 12% (doze por cento) de reajuste, valendo-se do índice IGP-DI-FGV.

³¹³ Eis que seria apta a aferir preponderantemente o poder de compra de empresas que adquirem insumos e matérias-primas, avaliando preços do atacado, como petróleo e autopeças.

³¹⁴ Criticamente, aponta-se que o julgador vinculou as noções de dever de legislar a direito subjetivo do particular, o que exigiria maiores considerações. Há um dissenso na doutrina a respeito do reconhecimento de pretensões subjetivas a partir dos deveres de ação do Estado decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Por

Concluiu que o valor estabelecido pela norma não realizou os propósitos constitucionais, em razão de entender o *quantum* fixado absolutamente insuficiente para atendimento das necessidades do trabalhador. Pontuou que exame de índices diversos revelou, a partir de uma análise comparativa, que a opção efetuada pelo Estado não foi satisfatória. Constatou, por outro lado, que o índice se mostrou claramente inadequado, eis que não preservou o valor real da remuneração³¹⁵. Em suma, asseverou que o valor era aviltante e humilhante, por corresponder a uma remuneração de R\$3,73 (três reais e setenta e três centavos) por dia do mês.

Da fundamentação, extrai-se que reconheceu, por um lado, a insuficiência do valor estabelecido para o atendimento às necessidades de subsistência do trabalhador (insuficiente concretização do conteúdo material do direito); e, por outro prisma, a inadequação do índice de que se valeu o Estado para fixar o novo montante, quer pela impropriedade do medidor, que se prestaria a aferir dados diversos, quer pela não conservação do valor real diante da inflação.

Não obstante o reconhecimento da omissão parcial, declarou o relator que os poderes do Judiciário no controle de constitucionalidade da omissão seriam limitados, pois não poderia, em hipótese alguma, “substituir o órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada — ou editada de maneira insatisfatória — pelo Poder Público”, circunscrevendo-se o provimento, portanto, à cientificação da mora ao Poder Legislativo.

A decisão, embora de natureza liminar³¹⁶, releva em razão de vários aspectos.

O primeiro se prende à natureza do direito e do dever estatal em discussão, haja vista o reconhecimento do déficit de uma atuação estatal de promoção de um direito pela própria Constituição considerado social, o que é sempre polêmico, diante do seu impacto no orçamento³¹⁷ e da ampla margem que compete ao legislador para deliberar sobre a questão —

todos, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 55 ss e p. 95 ss.

³¹⁵ Tanto do salário quanto dos benefícios que têm por base o salário e que não refletiriam o impacto da inflação.

³¹⁶ Reconheceu-se a perda do objeto posteriormente, em razão da substituição da medida provisória impugnada por outra, sem que houvesse o necessário aditamento da inicial para abarcá-la. ADI 1458, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 25/10/2001, publicado em DJ 31/10/2001 PP-00022.

³¹⁷ Embora todos os direitos reclamem custos. A esse respeito, ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28500>. Acesso em: 22 de agosto de 2019; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29.

embora não se tenha feito menção, no voto, à reserva do financeiramente possível ou a questões financeiras e orçamentárias.

Digno de registro também é o exame pelo relator efetuado que o levou a concluir pela inadequação do índice utilizado para cumprimento do fim constitucional referente à fixação do salário mínimo e à conservação do seu valor real frente à inflação, a indicar uma análise de *adequação* da medida.

Não foge aos olhos que também efetivou exame comparativo com índices outros, o que, aparentemente, assemelha-se à análise própria da *necessidade* ou da *efetividade*, haja vista apontar medidores que melhor efetivariam o direito em questão.

Assim, parece representar a decisão um embrião do reconhecimento da proibição da insuficiência como instrumental teórico para controle da omissão do legislador, motivo pelo qual não poderia ser desprezada.

Ao final, nota-se a postura de absoluta autocontenção adotada pela Corte na época, ao consignar que de maneira alguma poderia atuar de forma substitutiva, em observância fiel ao artigo 103, §2º, da Constituição³¹⁸. Insta averiguar, na sequência, se o entendimento sobrevive ao transcurso do tempo.

5.3 A UTILIZAÇÃO EXPRESSA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PELO STF

5.3.1 RE 418.376: o ingresso formal do argumento³¹⁹

Foi em 2006 que a proibição da insuficiência ingressou no repertório da Corte.

A questão de fundo dizia respeito à aplicação ou não de uma hipótese prevista pela legislação na época³²⁰, que estabelecia o benefício da extinção da punibilidade ao arguido no caso de seu casamento com a vítima de crime contra o costume³²¹, à situação em exame em que (i) houve o reconhecimento da prática do crime de estupro; (ii) a vítima contava, na data do crime, com apenas nove anos de idade e o autor do delito era seu tutor legal; (iii) posteriormente, vieram a conviver, mas não casaram.

³¹⁸ Que dispõe: declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

³¹⁹ RE 418376, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648.

³²⁰ Artigo 107, VII, do Código Penal.

³²¹ Conforme denominação à época.

Circunscrevia-se a controvérsia, portanto, em examinar se a convivência configuraria união estável (equiparada ao casamento, por força do artigo 226, §3º, da Constituição³²²) e se a causa excludente poderia ser aplicada ao fundamento de que a analogia em favor do arguido é admitida pelo Direito Penal.

O ministro Gilmar Mendes³²³ recorreu pela primeira vez ao instrumento, ao se posicionar pela inviabilidade de aplicação da causa extintiva da punibilidade em favor do acusado, eis que, em sua ótica, a situação não se equipararia à união estável, pois faltava à vítima capacidade para consentir³²⁴. Para ele, entendimento contrário caracterizaria típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, em um plano mais geral, e do Judiciário, especificamente.

Quanto à proibição da insuficiência, consignou que adquire importância no contexto dos deveres de proteção e que guarda vinculação com a impossibilidade de o Estado renunciar ao direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Elencou-a como faceta da proporcionalidade, em um contexto de “garantismo positivo”, exercendo função semelhante à exercida pela proibição do excesso em sede de “garantismo negativo”.

Para o ministro, conferir à situação tratada nos autos (repugnante, constatou³²⁵) o status de união estável, equiparada ao casamento, para a finalidade de extinção da punibilidade, não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade na dimensão mencionada — vez que todos os Poderes estão obrigados e vinculados à proteção da dignidade das pessoas.

Dessa forma, valeu-se do instrumento no contexto dos deveres de proteção (notadamente quanto à família e à criança, vítima) e, especificamente, para posicionar-se pela necessidade de punição criminal (e, portanto, de utilização do direito penal) para tutelar a situação específica dos autos.

O argumento foi empregado como reforço argumentativo à posição que assumiu, no sentido de não aplicar a causa de extinção da punibilidade à situação e, em sua ótica,

³²² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³²³ Por fim, pontua-se que o ministro Ayres Britto aderiu à fundamentação do ministro Gilmar Ferreira Mendes em todos os seus termos, ou seja, anuindo à forma como manejado o instrumento. O recurso foi desprovido pela maioria dos votantes. O ministro Gilmar Mendes não era o Relator da ação.

³²⁴ A união estável foi por ele assim conceituada: “relação de convivência e afetividade que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantêm com intuito de constituírem família”.

³²⁵ Em vista da idade da criança e do fato de o crime ter sido perpetrado pelo seu tutor, marido de sua tia, que teria inclusive a gravidade.

entendimento contrário protegeria de forma deficitária os direitos mencionados (relativos à família e, em especial, à criança)³²⁶.

Conclui-se, em vista do exposto, que a proibição de insuficiência foi utilizada como ferramenta de interpretação³²⁷, o que é reforçado pelo argumento do ministro no sentido de que também o Judiciário deve proteger a dignidade das pessoas.

A par de enquadrá-la como faceta da proporcionalidade e de relacioná-la aos deveres de proteção (indicando a necessidade da criminalização para proteger os bens/direitos mencionados), deixou o decisor de explicitar o seu conteúdo e quiçá estrutura e, ainda, de indicar qualquer omissão legislativa a justificar o controle de constitucionalidade. Daí a constatação de que o recurso foi utilizado desnecessariamente, como mera chancela às razões efetivamente vinculadas ao caso em exame³²⁸.

Assim é que a proibição de insuficiência surge na jurisprudência com perspectiva idêntica à da primeira doutrina brasileira a tratar do tema, isto é, associada a um garantismo positivo a justificar a atuação estatal voltada à criminalização de condutas para proteção suficiente de direitos e bens.

5.3.2 ADI 3.112: a primeira elaboração teórica³²⁹

No ano seguinte, invocou-se novamente o considerado princípio no julgamento de ação que questionava a constitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto do Desarmamento³³⁰, tanto em relação a aspectos formais quanto materiais, estes relacionados a

³²⁶ Em sentido diverso, Matricardi anota que a proibição da insuficiência foi utilizada “para abstratamente percorrer a ponderação que o legislador deveria fazer caso tivesse pensado na hipótese dos autos quando da criação do dispositivo penal”, repensando “o momento de criação para concluir que, no limite, o legislador não estaria autorizado a criar excludente de punibilidade que comportasse também a hipótese de união estável entre autor e vítima de estupro”. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *“A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”*. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 41-42.

³²⁷ A propósito, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, também a interpretação e a aplicação da lei conforme os direitos fundamentais lhes garantem proteção, razão pela qual não podem desprotegê-los ou conferir proteção insuficiente. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-72.

³²⁸ Com a mesma conclusão, ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 26; RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *“A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”*. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 42.

³²⁹ ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

³³⁰ Lei 10.826/2003

um possível excesso do Estado. O julgamento, especificamente o voto do ministro Gilmar Mendes, foi citado a título de precedente em decisões posteriores que utilizam o argumento, como a que “criminalizou” a homofobia, que será examinada oportunamente.

A menção à proibição de insuficiência adveio novamente do ministro Gilmar Mendes, que o fez de forma mais elaborada e a partir de uma construção teórica de um modelo de controle de constitucionalidade de leis penais, que “quer fazer integrar à metodologia decisória do tribunal a partir de então”³³¹.

Em pauta, não estava nenhuma omissão do Estado, mas uma lei que criminalizou diversas condutas relativas, em especial, à posse e ao porte de armas de fogo e munições. A proibição de insuficiência despontou como um dos elementos de um controle judicial de leis em matéria penal, de que se ocupou o ministro em seu voto.

Pois bem. Após delimitar a controvérsia, afirmou o ministro que o exame do feito invocaria uma reflexão sobre o controle de constitucionalidade das leis penais, designadamente quanto ao papel da Corte, às margens de atuação do legislador e aos respectivos limites e acerca das normas que configuram parâmetro de controle (os mandamentos de criminalização³³² e o princípio da proporcionalidade).

Para ele, a Constituição estabeleceu em alguns artigos verdadeiros mandamentos de criminalização, ou seja, ordens dirigidas ao legislador para criminalizar determinadas condutas com a finalidade de proteção a direitos, que traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, de natureza objetiva.

A partir daí, concluiu que o Estado não está obrigado a apenas observar direitos em face de investidas do Poder Público, mas também a garantir direitos contra agressões da parte de terceiros — tendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão consolidado esse entendimento.

Assim é que:

os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também postulados de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas proibições de excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

³³¹ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 43.

³³² O ministro se vale da expressão “mandatos” de criminalização.

O ministro equipara a proibição de insuficiência ao imperativo de tutela (dever de proteção), aproximando-se, portanto, inicialmente, de uma tese de congruência, embora tenha Canaris, por ele referido, expressamente se posicionado contrariamente, no sentido de que não se confundem, como já visto. No decorrer da exposição, todavia, da congruência se afasta.

Classificou, com base na doutrina e na jurisprudência alemãs, os deveres de proteção em dever de proibição (de vedar determinada conduta), dever de segurança (de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros) e dever de evitar riscos (de adotar medidas de proteção e prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico).

Para ele, as normas constitucionais que estabelecem mandamentos de criminalização explicitam deveres de proteção, apesar de reconhecer igualmente a existência de ordens implícitas³³³ e a possibilidade, de acordo com a sua margem de apreciação, de o legislador se valer de tipos penais para cumprimento de deveres de proteção a ele dirigidos³³⁴.

Prosseguiu afirmando que os mandamentos limitam a liberdade de conformação do legislador ao impor um sistema de proteção apoiado em normas de natureza penal. No entanto, asseverou que ainda assim a Constituição lhe confere margens de ação (refere à doutrina de Alexy, já examinada) para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente de bens jurídicos.

Concluiu, na sequência:

(...) na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.

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

O exame estruturado citado é de autoria de Carlos Bernal Pulido, que, como já se viu, se filia à concepção dos direitos fundamentais como princípios e tem a proibição de

³³³ Contra: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1046.

³³⁴ Assevera: “levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal adequado”. Aqui, o autor se afasta da tese de congruência entre dever de proteção e proibição do déficit.

insuficiência como um instrumento para indicar se a medida pelo legislador adotada é a melhor, ou a medida “ótima”.

A adesão à concepção tanto de Canaris quanto de Pulido revela uma incoerência, haja vista que o único ponto de contato entre eles é o reconhecimento do instrumento como parte da proporcionalidade. Dessa forma, não se sabe se o ministro adota uma versão de controle de mínimos ou da solução ótima.

Logo em seguida, no entanto, menciona que a proibição de excesso representa limite máximo à atuação estatal, enquanto a proibição de proteção insuficiente atua como limite mínimo, o que o aproxima, novamente, da ótica de Canaris.

Ao referir-se ao controle judicial do comportamento estatal (e exemplificar com a segunda decisão sobre o aborto do *BverfGE*), defendeu a possibilidade do controle ao argumento de que, embora tenha o legislador uma margem discricionária de atuação, a Constituição lhe impõe limites, o que autoriza que o Tribunal avalie “se o legislador considerou suficientemente fatos e prognoses e utilizou-se de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”.

Asseverou que a tarefa do Tribunal é a de, a partir do princípio da proporcionalidade, fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, e que “quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade”.

Após, expõe, em um longo articulado, um modelo de controle da legislação penal dividido em três níveis de intensidade, conforme tipologia das decisões alemãs traçada pelo Tribunal Constitucional daquele país³³⁵.

Sequencialmente à exposição, que indica serem as premissas para um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, Mendes passou ao exame do tema em apreciação, especificamente o controle da compatibilidade constitucional da previsão de inafiançabilidade dos crimes de porte e disparo de arma de fogo e da proibição da concessão de liberdade provisória a alguns dos delitos em lei consagrados.

³³⁵ Cf. *BVerfGE* 50,290. Distingue o controle de evidência do controle de sustentabilidade e intensivo, nos seguintes termos: o controle de evidência reconhece ao legislador ampla margem de liberdade de conformação e só serão inconstitucionais as medidas se visivelmente inidôneas para o fim de proteção do bem jurídico; o controle de sustentabilidade ou justificabilidade verifica se decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento de promulgação da lei, ou seja, apura se legislador levantou e considerou diligentemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, isto é, se valeu-se da margem de ação de forma sustentável. Por fim, o controle material intensivo é mais rígido, pois adentra na própria ponderação efetuada pelo legislador, sendo destinado às intervenções que afetem os bens jurídicos mais importantes, como vida e liberdade e, em tais casos, o tribunal pode desconsiderar as avaliações e valorações do legislativo ao verificar que as medidas são desproporcionais.

Em resumo, reconheceu, quanto à inafiançabilidade, não existir inconstitucionalidade. E, no tocante ao artigo da lei³³⁶ que expressamente proíbe a liberdade provisória a alguns dos tipos penais, entendeu que a norma estabeleceu uma espécie de prisão preventiva obrigatória, sem levar em consideração as circunstâncias concretas do fato, o que ele considerou inconstitucional, por violar os princípios da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF) e da necessidade de motivação das decisões (artigo 5º, LXI). Anotou, por fim, que a medida é desproporcional, por ofensa à proibição do excesso, em razão de comparação com crime mais grave (o homicídio), que possibilita a liberdade provisória.

Pois bem. Apesar de ter-se preocupado em traçar as bases gerais para um modelo de controle de constitucionalidade das leis penais e ter-se debruçado mais detidamente sobre a proibição da insuficiência, ao partir para o exame do caso concreto, dela prescindiu. Não estava em pauta qualquer omissão do Estado³³⁷, pelo que desnecessária a invocação do instrumento ao caso. Veja-se que considera um dos artigos inconstitucional, mas em razão do excesso de atuação e não do déficit.

Nessa perspectiva, também nesse julgamento, o instrumento não foi utilizado para a resolução da questão central.

No entanto, extraem-se, do voto do ministro, algumas notas a respeito do tema. Para ele, a proibição da insuficiência é considerada como princípio e dimensão da proporcionalidade, tal e qual a proibição do excesso, e guarda relação com os deveres de proteção, extraídos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Constitui, então, instrumento para aferição da atuação estatal na proteção de tais direitos.

Como já se apontou, conferiu à figura estrutura tríplice, à semelhança da proibição do excesso. Não obstante, peca o ministro ao associar os entendimentos de Canaris e de Pulido, eis que conflitantes: ou a proibição da insuficiência se ocupa da garantia do mínimo ou sua função é mais ambiciosa, como já se viu.

³³⁶ Artigo 21.

³³⁷ Digna de nota é a constatação de Matricardi Rodrigues: o Estatuto do Desarmamento propiciou intenso debate público e contou com participação popular direta, em virtude do referendo votado em 23.10.2005 que marcou a agenda política de seu ano. Um indicador disso é o número de ADIs que o estatuto provocou, todas aqui julgadas em conjunto (...) Gilmar Mendes escolheu transformar em *leading case* um julgamento que, se não era o ideal para aplicação do modelo que propunha, certamente oferecia uma visibilidade ímpar, um centro de atenção entre o Estado e sociedade civil que o colocou entre os maiores julgados do STF naquele ano. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 44-45.

A construção teórica pelo ministro elaborada foi utilizada em outras decisões, com algumas alterações e adaptações a depender do direito em julgamento, conforme se verá oportunamente.

5.3.3 ADI 1.800: a utilização do argumento por parte de ministro diverso³³⁸

Ainda em 2007, outro ministro se valeu da proibição de insuficiência ao apreciar nova questão submetida à apreciação da Corte.

No caso, a parte invocou a proibição do excesso: questionou a Associação dos Notários e Registradores do Brasil a constitucionalidade de dispositivos legais³³⁹ que estabelecem a gratuidade de registro de nascimento e certidão de óbito, da primeira certidão respectiva, e, em relação aos reconhecidamente pobres, de todas as certidões relacionadas, à vista do disposto no artigo 5º, LXXVI, da Constituição, que prevê que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito (unicamente). Teria havido, então, uma ampliação pelo legislador das hipóteses em Constituição previstas, a atingir a garantia da autora à remuneração, o que consubstanciaria, na ótica dela, interferência estatal ilegítima nos serviços exercidos em caráter privado.

Ao apreciar a questão, o ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o caso reclamaria uma “ponderação” entre os valores constitucionais postos em confronto, de modo a se verificar se a proibição legal estaria ou não “orientada pelo bem comum em harmonia com o interesse geral”.

Em sua ótica, o princípio da proporcionalidade corresponde a uma moeda de duas faces, abrangendo proibição do excesso e da insuficiência.

Entendeu que os dispositivos legais impugnados não “incidem” na proibição do excesso, porquanto os notários exercem outras atividades lucrativas e a isenção de emolumentos não romperia o equilíbrio econômico-financeiro das serventias a inviabilizar a continuidade.

De outro lado, a medida amoldar-se-ia à outra faceta do princípio, que exige que Estado preste proteção aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos

³³⁸ ADI 1800, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-01 PP-00113 RTJ VOL-00206-01 PP-00103

³³⁹ Da Lei 9.534/1997.

seus direitos de cidadania (invocou o artigo 5º, LXXVII, que prevê a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania).

Concluiu que “conjugadas” no dispositivo em exame a proibição do excesso e da insuficiência, revestir-se-ia de proporcionalidade a limitação imposta aos serviços notariais e de registro.

Pois bem. À primeira vista, vê-se que o ministro aludiu à necessidade de uma ponderação, porém deixou de efetuar-la. No entanto, a afirmação o aproximou da corrente que associa a proibição do déficit à ponderação, indicada alhures.

Ainda, em sua ótica, o exame da proporcionalidade da lei ocorreria em relação às “duas faces” da proporcionalidade, não importando, portanto, o tipo de dever estatal envolvido ou se diante de uma ação ou omissão reputada inconstitucional, isto é, não haveria aplicação de uma ou outra dimensão, mas das duas, de forma conjugada³⁴⁰, o que também poderia indicar adesão à tese de convergência entre os instrumentos.

A controvérsia submetida a julgamento dizia respeito, em realidade, à previsão legal de gratuidade mais ampla do que a pela Constituição conferida. Assim, importava examinar se ao legislador era viável ampliar o rol do 5º, LXXVI, da Constituição, que estabelece serem gratuitos para os reconhecidamente pobres o registro civil de nascimento e a certidão de óbito, o que poderia estar autorizado, por exemplo, pelo artigo 5º, LXXVII, que prevê a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Em outras palavras, o que deveria ter sido sancionado era eventual excesso.

Não obstante, optou o ministro por examinar a sua suficiência ao que tudo indica em relação ao inciso por último referido, que consagra a gratuidade, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania, entendendo a previsão legal adequada (e suficiente) para disciplinar a questão. No entanto, não se estava a impugnar uma pretensa omissão (parcial) do legislador — e, veja-se, se a sua conclusão fosse pela insuficiência da proteção, ela em nada contribuiria para resolução da controvérsia submetida a exame.

Afora isso, não houve qualquer preocupação em esclarecer o conteúdo do argumento, utilizado por ele pela primeira vez, tampouco em se associar, ou não, ao entendimento pretérito acerca do instrumento de autoria do ministro Gilmar Mendes. Em

³⁴⁰ A esse respeito, conclui Matricardi Rodrigues: “parece-me que somente se poderia pensar numa tal conjugação das proibições de insuficiência e excesso *in concreto* se as posições jurídicas envolvidas formassem entre si aquela mencionada relação ‘multipolar’ de direitos fundamentais (particular agredido ^ Estado ^ particular agressor) – ou seja, quando a proibição de insuficiência tem por objeto um direito à proteção estatal (do agredido) e a proibição de excesso, um direito de defesa (do agressor) contra o Estado.” RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?”. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 51.

adição, tem-se que também deixou de apontar a omissão estatal (inexistente, aliás) ou o dever envolvido. E, como se viu, fugiu o julgador do exame pleiteado pelo autor, que era justamente do excesso da atuação estatal (ou, possivelmente, ele o efetuou sob a denominação de proibição de insuficiência³⁴¹ ou, ainda, considerou os institutos convergentes).

Nos anos posteriores, a alusão ao instrumento continuou a partir, em regra, do ministro Gilmar Mendes, que assumiu a Presidência da Corte e, nessa condição, a responsabilidade por examinar algumas ações específicas.

5.3.4 ADI 3.510: o primeiro caso com potencial para a utilização da proibição da insuficiência³⁴²

Impugnou-se, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, o artigo 5º da Lei 11.105/2005, que trata da pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento³⁴³.

Extrai-se, dos votos, que a maioria dos ministros iniciou a exposição com o objetivo de apurar se a permissão para as pesquisas violou o direito à vida e à dignidade da pessoa humana³⁴⁴. Vê-se, pois, que na primeira “etapa” de quase todas as exposições, o que se debateu foi a existência de uma restrição aos direitos mencionados e a sua constitucionalidade.

³⁴¹ Ao perquirir a finalidade da lei e apurar se foi adequada, necessária e proporcional – embora apenas tenha feito menção à ponderação.

³⁴² ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043. A expressão constou da ementa do julgado, nos seguintes termos: (...) “VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana (...)”.

³⁴³ Fato interessante é de que no bojo desta ADIN ocorreu a primeira audiência pública no âmbito do STF, oportunidade em que diversos participantes expuseram as suas visões a respeito do tema.

³⁴⁴ A corrente que prevaleceu foi no sentido de que não haveria que se falar em violação, eis que o embrião produzido pela fertilização *in vitro* e não implantado no útero materno não é suscetível de progressão reprodutiva (não é uma vida a caminho de outra vida) e não existe dever legal de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos fecundados. Reconheceu-se, também, que a questão em nada se aproximava do aborto. A maior parte dos julgadores concluiu pela desnecessidade de fixar um marco para início da vida, sendo que a questão posta pôde ser resolvida com base na conclusão acima. Em sentido contrário, fixando marcos, Min Ayres Britto (nascimento com vida), Min. Menezes Direito (fecundação) e Min. Ricardo Lewandowski (para efeitos legais, vida começa na concepção).

Após, ainda que sequenciais os votos, notou-se que o exame se ocupou das minúcias da lei, com a finalidade de perquirir se a disciplina conferida às pesquisas³⁴⁵ foi ou não suficiente. A Corte, por maioria, decidiu pela constitucionalidade da lei³⁴⁶.

O argumento da proibição de insuficiência foi utilizado expressamente pelo ministro Gilmar Mendes, vencido no debate.

Para ele, a questão principal dizia respeito a averiguar se a lei regulou as pesquisas com a prudência que o tema exige, o que envolveria uma análise de acordo com a proporcionalidade. De início, indicou que a regulamentação de um tema tão sério em um único artigo (artigo 5º) conferiria a impressão de que a lei é deficiente, por violação à proibição da insuficiência, vertente do princípio da proporcionalidade.

Partiu, na sequência, para a diferenciação entre proibição do excesso e proibição de insuficiência, indicando que a primeira ocupar-se-ia da aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção; enquanto a segunda seria manejada diante de imperativos de tutela, com estrutura diferenciada. Repetiu parcialmente (suprimindo as disposições referentes à matéria penal) a construção por ele idealizada na ADI 3.112. Invocou a estrutura tríplice de Carlos Bernal Pulido. Tais elementos já foram cuidadosamente examinados.

Em alusão à segunda decisão sobre o aborto do Tribunal Constitucional Alemão, preconizou ser necessária, no caso, uma proteção adequada e eficiente e, além disso, baseada em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.

Após, em exame do tema, avaliou legislações estrangeiras e constatou a ausência de previsão, no Brasil, de um órgão central de fiscalização de pesquisas com embriões e da cláusula de subsidiariedade, a conferir permissão às sobreditas pesquisas apenas quando outros meios não se mostrarem adequados aos fins — elementos presentes nas leis estrangeiras de

³⁴⁵ O regime pela lei traçado assim se apresenta: autoriza-se o uso de células-tronco embrionárias produzidas *in vitro*, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, mediante as seguintes condições: não aproveitamento do embrião para fim reprodutivo por livre e espontânea vontade do casal; inviabilidade reprodutiva do embrião; estar congelado há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelado nessa data, venha a completar três anos; o consentimento do casal-doador. Além disso, a lei estabelece a obrigatoriedade de encaminhamento de todos os projetos de pesquisas com células-tronco aos comitês de ética e pesquisa respectivos, que funcionam nas universidades federais; e veda, tipificando como crime, a comercialização do material biológico. Por fim, proíbe-se a prática de engenharia genética em organismo vivo ou com célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante e a clonagem humana.

³⁴⁶ Eis o resultado do julgamento: o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, ministro Gilmar Mendes.

referência, que considerou mais rigorosas e responsáveis, o que o levou a reconhecer uma deficiência na legislação brasileira.

Mendes propôs uma decisão de perfil aditivo³⁴⁷ (a superar, aduziu, o vetusto dogma do legislador negativo), mediante interpretação conforme a Constituição, de forma a condicionar as pesquisas à aprovação de um órgão central de fiscalização vinculado ao Ministério da Saúde e atender, por conseguinte, os princípios da proporcionalidade e da “responsabilidade”³⁴⁸.

E isso em razão de, em sua ótica, diante da omissão parcial, não constituir a declaração de nulidade a decisão acertada, em virtude do dano causado pela simples retirada do artigo do ordenamento jurídico, o que demandaria, da Corte, uma solução não ortodoxa³⁴⁹.

Não obstante, afasta-se dos critérios propostos, ao tratar, ao que tudo indica, do segmento necessidade do teste, mormente ao defender a cláusula de subsidiariedade, oportunidade em que asseverou que “a 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”.

A passagem indica que examinou o caso sob a perspectiva da proibição do excesso. Como já se viu, não se desconhece que alguns doutrinadores continuam a tratar do segmento da necessidade no âmbito da proibição de proteção deficiente de forma semelhante à interdição do excesso. Todavia, o ministro já havia indicado a estrutura do princípio em alusão à proposta de Pulido, que insere, quanto à necessidade, o exame de medidas que favorecem ainda mais a realização do direito fundamental, distinto, portanto³⁵⁰.

³⁴⁷ Para Carlos Blanco de Moraes, sentenças com efeitos aditivos são decisões positivas de inconstitucionalidade “de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 259 ss.

³⁴⁸ Assim deduziu: o art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à previa aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

³⁴⁹ Concluiu: a experiência das Cortes Constitucionais europeias destacando-se, nesse sentido, a Corte *Costituzionale* italiana, bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

³⁵⁰ Para Marcela Rosa Abrahão, o ministro submete a questão à proibição do excesso. ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 32.

A sua proposta é também suscetível a críticas, ao tentar inserir, sob o pretexto de interpretar a regra e de violação à proibição da insuficiência, requisitos outros que não os pelo legislador estabelecidos, na tentativa não de fixar a interpretação compatível com a Constituição³⁵¹, mas de efetivamente corrigir a lei, por meio de uma decisão aditiva, de forma a incluir no texto a criação de um órgão central de fiscalização e da cláusula de subsidiariedade.

Por fim, citam-se dois outros votos que se valeram de alguma forma do raciocínio inerente à deficiência da lei, porém do lado oposto, posicionando-se pela constitucionalidade da lei, corrente que prevaleceu.

O primeiro, da ministra Cármen Lúcia, que chegou a cogitar um déficit de proteção, em razão do disposto no artigo 225, §1º, II, da Constituição, que outorga ao Poder Público o dever de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético, à vista do previsto na lei impugnada, que se limitou a estabelecer que instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e à aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

No entanto, apontou a existência de projeto de lei que estabelece maior rigor legislativo na matéria, o que supriria, em sua ótica, a insuficiência. Chama a atenção que um simples projeto (cujo deslinde não é certo, ou seja, poderá não ser aprovado) tenha sido considerado como suficiente para contornar o suposto déficit legislativo.

O ministro Celso de Mello, por sua vez, negou que o artigo 5º da lei configurasse “uma possível ofensa ao dever de proteção estatal” (e, aqui, aparentemente, trata o dever de proteção como sinônimo da proibição de insuficiência, aproximando-se de uma versão da tese da congruência).

Para ele, não haveria que se falar em proteção insuficiente, que catalogou como uma das dimensões da proporcionalidade, pois a existência de tensão entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade tornaria viável a utilização da ponderação, a fim de superar o antagonismo e indicar o interesse preponderante no caso, resguardado o conteúdo essencial dos direitos.

³⁵¹ Para Canotilho: “a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição”, sendo um meio de o tribunal neutralizar “violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 958 e 959. No caso, não se pretendeu escolher uma alternativa interpretativa, conforme esclarecido no texto.

Nessa linha, indicou uma ponderação entre o direito à vida *x* o direito à plenitude de pesquisa científica³⁵² e, em última análise, o direito à saúde (eis que a pesquisa permitiria a cura de inúmeras patologias irreversíveis).

Não elaborou o raciocínio, mas, a julgar pela conclusão do seu voto, no sentido da constitucionalidade do artigo que disciplina as pesquisas, prevaleceram, sob sua ótica, os direitos à pesquisa científica e à saúde, por conseguinte. Associou, portanto, a proibição de insuficiência à ponderação, corrente indicada na primeira parte da pesquisa.

Contudo, repara-se que em realidade o exame que efetuou diz respeito à possibilidade ou não de se permitir a pesquisa com células-tronco, do ponto de vista do direito à vida (potencial) do nascituro, ou seja, examina a questão sob a ótica da proibição do excesso — dela afastar-se-ia se sindicasse a suficiência da lei para proteção ou promoção da saúde, por exemplo³⁵³, o que não foi realizado.

Esse julgamento teve especial importância porque, ao contrário dos três proferidos em anos anteriores, apresentou potencial para efetiva utilização do instrumento e sindicou a suficiência da disciplina legal, isto é, superada a questão da constitucionalidade da autorização por ela conferida³⁵⁴, ou seja, da restrição em direitos, seria possível examinar se a disciplina legal tinha sido suficiente, à vista do direito à saúde, por exemplo.

Contudo, a proibição da insuficiência foi pouco e reticentemente explorada pelos votantes mencionados, que dela trataram de forma contraditória e pouco técnica, o que inclusive suscita dúvidas se estavam mesmo a tratar da figura.

5.3.5 As decisões do ministro Gilmar Mendes na presidência da Corte: a aplicação da proibição da insuficiência a deveres outros

O instrumento foi mencionado em 14 (quatorze) decisões da Presidência, nos anos de 2008 a 2010, período em que o ministro Gilmar Mendes figurou como presidente do Supremo Tribunal Federal. Nelas, valeu-se de similar construção para refutar, em regra, a

³⁵² Ao que tudo indica, extraído dos artigos 199, §4º, artigo 218 e artigo 225, §1º, II, CF.

³⁵³ Não se ignora, contudo, entendimento de Vitalino Canas e outros, para quem a proibição do defeito é aplicável quando a perspectiva dominante é a do cumprimento – ou controle do cumprimento – de pelo menos um dever *prima facie* de ação do legislador colidente com outros deveres *prima facie* ou com a prossecução de fins imediatos legítimos, permitidos (ou não proibidos) pela Constituição. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 991.

³⁵⁴ Ou ainda que realizada ao mesmo tempo, como defende Vitalino Canas, pois a sua concepção de proibição de insuficiência contempla uma componente da proibição do excesso, conforme já explorado.

suspensão de segurança, de liminar ou de tutela antecipada³⁵⁵. Em discussão, direitos à educação (consistente em preenchimento do quadro de professores³⁵⁶ e transporte escolar³⁵⁷), à saúde (consistente em fornecimento de medicamentos³⁵⁸ por parte do Estado, implementação de vagas em UTI³⁵⁹, prestação de serviço odontológico³⁶⁰, diagnóstico acerca do impacto da exposição a urânio³⁶¹), à segurança pública e relativos à dignidade de presos (determinações para realocar presos mantidos em delegacia em situação irregular³⁶²) e direitos de adolescentes privados de liberdade (implantação de unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas³⁶³). Competia ao ministro examinar a decisão judicial proferida pelas instâncias inferiores e a presença dos requisitos para as suspensões pleiteadas. Tratou, todavia, da própria providência reclamada do Estado (Poder Executivo), em um contexto de deveres de prestação. Tais providências já tinham sido apreciadas e determinadas pelo juízo *a quo*, mas o ministro sobre elas se ateve, acrescentando, ao fundamento decisório, o argumento da proibição de insuficiência³⁶⁴. Desnecessariamente, diga-se.

As decisões observam um padrão de estrutura, com alterações pontuais de forma a se adaptar ao direito em causa. No trecho modelo, reconhecem que os direitos fundamentais impõem postulados de intervenção e de proteção, devendo observância tanto à proibição de excesso quanto à proibição de insuficiência (Canaris). E, na dimensão objetiva, assume importância a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que dependem de providências estatais que criem e conformem órgãos e procedimentos indispensáveis à efetivação.

³⁵⁵ Matricardi Rodrigues sintetiza a questão: as omissões executivas são avaliadas pelo Judiciário e, quando constatadas, condenam o Estado (administração federal, estadual, municipal) à prestação (material) devida – e, nos casos em exame, pela urgência dos direitos envolvidos, os pedidos são realizados na forma de medidas de caráter cautelar. É esse mesmo Estado (Poder Executivo) que pede ao STF a suspensão de tais medidas, contrárias a seu interesse político-orçamentário. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “*A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*”. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 65.

³⁵⁶ SL 263, julgada em 14.10.2008 e STA 241, julgada em 10.10.2008.

³⁵⁷ STA 318, julgada em 20.04.2009.

³⁵⁸ SS 3741, julgada em 28.01.2009; SS 3690, julgada em 20.04.2009 (relativa a insumos de suplementação alimentar); STA 277, julgado em 01.12.2008; STA 245, julgado em 22.10.2008; SS3751, julgada em 20.04.2009; STA 198, julgada em 22.12.2008.

³⁵⁹ SL 228, julgado em 14.10.2008.

³⁶⁰ STA 238, julgada em 21.10.2008.

³⁶¹ STA408, julgada em 10.03.2010 – além de fornecimento de água (direito do consumidor).

³⁶² STA 419, julgada em 06.04.2010.

³⁶³ SL 235, julgada em 08.07.2008.

³⁶⁴ RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “*A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*”. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018, p. 65.

A partir daí, passa geralmente a tratar da reserva do possível em cotejo com o mínimo existencial e a dissertar sobre a possibilidade de o Judiciário controlar os atos (e omissões) estatais, afastando o argumento de ofensa à separação de Poderes.

Sentencia que, diferentemente dos direitos da liberdade, os direitos sociais exigem, para formatação, juízos de ponderação³⁶⁵ e que “a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão”.

No caso de direitos de proteção à criança e ao adolescente, a própria Constituição prevê que detêm “absoluta prioridade” e o mesmo tratamento atribui ao direito à educação, cuja prioridade é reconhecida nos artigos 212 e 227. Concernente ao direito à saúde, aponta que a Constituição o consagra como direito subjetivo garantido mediante políticas sociais e econômicas de prevenção e repressão a doenças e, na maior parte dos casos, o Judiciário intervém para assegurar o cumprimento de uma política pública (na presença de lei, portanto³⁶⁶), e, ausente disciplina legal, haverá a necessidade de uma ponderação de bens.

Reconhece que ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial, ao que tudo indica aderindo, nesse trecho, a um controle de mínimos, embora não indique o que entende por mínimo ou analise se a prestação pormenorizada na categoria se insere.

O ministro não suspendeu nenhuma das obrigações de fazer impugnadas, apenas, em alguns casos, a multa estabelecida para descumprimento, reconhecendo, portanto, a legitimidade do controle. Por vezes, estabeleceu que a prestação é “necessária, adequada e proporcional” (nessa ordem), mas não esmiuçou o raciocínio que o levou essa conclusão.

Por fim, como reconhece Marcela Rosa Abrahão, um argumento comum a todos as decisões é a pretensão de uma unificação jurisprudencial, eis que o ministro aludiu recorrentemente a uma pretensa tradição do tribunal na matéria, no sentido de que ao Estado se impõe a obrigação constitucional de criar condições que possibilitem a efetiva proteção de

³⁶⁵ Entende-se, contudo, diferentemente, que a ponderação não tem relação específica com a natureza do direito, mas sim com a forma como disciplinado (se na forma de regra ou princípio).

³⁶⁶ O que configuraria uma intervenção restritiva, ou seja, uma afetação negativa de um direito fundamental que não altera o seu conteúdo, apesar de afetar usuário específico. Sobre a distinção, conferir NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 194 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 184.

direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, devendo ser coibida a proteção insuficiente dos direitos³⁶⁷.

Tem-se, portanto, que o instrumento constou apenas como reforço argumentativo, visto que apenas citado pelas decisões, sem que tenha recebido aprofundamento ou aplicação concreta, embora feita menção ao mínimo existencial e à doutrina de Canaris, o que pode indicar uma adesão a tal corrente, conquanto indique, também sem a devida aplicação, uma suposta estrutura tríplice.

A conclusão mais significativa, para fins da presente pesquisa, contudo, diz respeito ao reconhecimento da possibilidade de aplicação do instituto a deveres estatais que não o de proteção³⁶⁸, como os envolvidos nos julgamentos.

3.3.6 ADPF 101: proibição da insuficiência ou do excesso? ³⁶⁹

Discutiui-se, nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, a legitimidade da vedação imposta por atos normativos à importação de pneus usados de qualquer espécie (inservíveis e reformáveis), diante dos direitos à livre iniciativa e ao livre comércio (artigo 170) e, em contrapartida, à saúde (artigo 196) e ao meio ambiente (artigo 225)³⁷⁰ — que configuraria uma afetação negativa do conteúdo dos primeiros direitos, portanto.

A relatora, ministra Cármen Lúcia, a julgar parcialmente procedente a arguição, no que tocava ao tema, indicou ser ao Poder Público vedada a ação insuficiente ou imprevidente em “decisões que tenham o precípuo objetivo de dotar de proteção os direitos fundamentais, sob pena de essa inoperância ou ausência de ações afrontar o núcleo central desses direitos”, aproximando-se, ao que tudo indica, da corrente que associa a proibição de insuficiência à

³⁶⁷ ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 34.

³⁶⁸ Registra-se que em sede de Agravo Regimental de algumas suspensões de tutela antecipada, de segurança e de liminar, o ministro Gilmar Mendes também ofereceu voto similar às decisões monocráticas por ele proferidas. Como em sede recursal a apreciação é colegiada, os demais ministros se limitaram a acompanhar as suas razões. Não se esmiuçará as decisões todas, eis que o argumento é repetido. Limita-se, então, a mencioná-las: STA/Agr 175; SS/Agr 3345; SS/Agr 2944; SS/Agr 3355; SL/AgR 47; SS 3724; STA/Agr 278, julgadas em 17 de março de 2010. Todas se referem a fornecimento de medicamentos por parte do Estado.

³⁶⁹ ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

³⁷⁰ Enorme passivo ambiental é gerado pelo acúmulo de pneus usados, visto que não há destinação adequada dos resíduos do descarte dos materiais, de difícil eliminação e conhecida toxicidade, com graves riscos ao meio ambiente; em relação à saúde pública, a importação de pneus está relacionada à formação de vetores de diversas doenças e a inadequada eliminação libera gases tóxicos e cancerígenos, nocivos aos seres humanos.

garantia do conteúdo essencial. Reconheceu, entretanto, que da insuficiência o Poder Público se afastou ao adotar as medidas que proibiam as importações dos pneus e preservavam o meio ambiente e a saúde. O seu voto, contudo, explicitou uma ponderação dos direitos em conflito, a prevalecerem, no caso concreto, os direitos à saúde e ao meio ambiente³⁷¹.

O segundo membro a se valer do instrumento, ministro Gilmar Mendes, sobre a questão elaborou, resumidamente: (i) o contexto da discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, que são, em um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva; (ii) *in casu*, de um lado se tem a invocação de típicos direitos fundamentais de defesa, que impõem uma abstenção estatal e, de outro, direitos a demandar prestações positivas; (iii) tais direitos não são absolutos; (iv) assume relevância a dimensão objetiva dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, em contraponto a um limite constitucional expresso ao exercício do direito à livre iniciativa; (v) segundo o aspecto objetivo, está o Estado obrigado a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo de determinados direitos e a garanti-los contra agressão propiciada por terceiros (Estado passa de adversário a guardião dos direitos); (vi) a forma como o dever será satisfeito se insere no âmbito de liberdade de conformação, respeitados os limites constitucionais, ainda que nem sempre se reconheça um direito subjetivo.

A construção seguiu o desenvolvimento padrão dos votos do referido ministro e acabou por citar a proibição de proteção insuficiente como contraface da proibição do excesso, mencionando Canaris e a tipologia dos deveres de proteção, novamente.

Apresentado esse panorama, indicou que é a partir da consideração conjunta dos deveres de proibição, de segurança jurídica e de evitar-se riscos (explícitos nos artigos 196 e 225), além do dever de proteção à saúde e ao meio ambiente, que se deveria pautar o exame³⁷². Na sequência, concluiu que os atos normativos discutidos limitavam a importação, mas não proibiam a comercialização dos pneus no mercado nacional, de forma que não inviabilizam a atividade comercial das empresas, mas apenas restringiam a iniciativa de importação em razão da proteção à saúde e ao meio ambiente.

Percebe-se, pois, que a questão se cingia a um exame de uma restrição estatal (proibição de importação de pneus usados) no conteúdo de direito à liberdade (livre iniciativa

³⁷¹ Digno de nota é o posicionamento do ministro Eros Grau que, pese acompanhar a relatora, deixou claro que não aplica qualquer mecanismo de ponderação, por entender guardar relação com subjetivismo e discricionariedade.

³⁷² Esclareceu o ministro que “de qualquer forma, entendo que a edição das Resoluções do CONAMA tem respaldo legal e constitucional. O artigo 225, caput, parágrafo primeiro e inciso V, da Constituição, densifica um dever geral de proteção, fundado em possíveis deveres de proibição (*Verbotspflicht*), de segurança jurídica (*Sicherheitspflicht*) e de evitar riscos (*Risikopflicht*)”.

e livre comércio) com o objetivo de proteção ao meio ambiente e à saúde, e a apuração da proporcionalidade da medida. Não estava em discussão se a medida protegia de forma suficiente os direitos por último citados ou se tinha o Estado se omitido de alguma forma.

Assim, o argumento, novamente, em nada contribuiu para a apreciação e para o deslinde do feito. Bastava, à apreciação do caso, o exame da proibição do excesso.

Do que foi até agora exposto, evidencia-se que as primeiras notas em relação à proibição de insuficiência partiram sobretudo do ministro Gilmar Mendes e associam-na à ideia geral da proporcionalidade, juntamente com a proibição do excesso. Ao que tudo indica, atribuiu-se-lhe uma estrutura tríplice, porém ainda não suficientemente esclarecida, pois, além de menção às doutrinas de Canaris e Pulido, opostas, não recebeu aplicação em concreto. Como visto, ora foi utilizada como chancela à posição tomada, sem aprofundamento, ora associada com a proibição do excesso, afora ter sido indicada em um modelo de controle de constitucionalidade abstrato.

Constata-se, adicionalmente, que a invocação do instrumento não se limitou a um contexto de deveres de proteção, haja vista a menção em julgamentos a respeito de deveres estatais outros (mormente de promoção). Identificou-se, até o momento, entre as decisões submetidas à apreciação da Corte, uma única com potencial para discussão quanto à suficiência da lei, mormente a relativa às células-tronco. No entanto, ainda que o argumento tenha sido colocado em pauta, não houve aprofundamento ou coerência.

Em 2011 e 2012, as questões debatidas giraram em torno da constitucionalidade da lei que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/2006) e do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), especificamente no que se refere à criminalização de tipos penais de perigo abstrato.

5.3.7 HC 106.212³⁷³, ADC 19³⁷⁴ e ADI 4.424³⁷⁵: a proibição da insuficiência na proteção da mulher vítima de violência doméstica³⁷⁶

As três ações citadas tiveram por objetivo discutir questões referentes à Lei 11.340/2006³⁷⁷, que estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A proibição de insuficiência foi utilizada como critério decisório por alguns ministros. Optou-se por examiná-las de forma conjunta em razão da repetição de alguns argumentos.

Discorreu-se, nos julgamentos, sobre o princípio da igualdade e a sua aplicação para o fim de superar a situação desigual em que se encontraria a mulher no âmbito doméstico, culturalmente vulnerável em razão de uma sociedade patriarcal e machista, a reclamar a adoção de ações afirmativas voltadas a neutralizar a situação de desequilíbrio — sendo a Lei Maria da Penha uma delas, ao reconhecer uma forma específica de violência e a desigualdade de gênero.

O HC 106.212 questionou especificamente artigo³⁷⁸ da lei que outorgou tratamento diferenciado e mais gravoso aos acusados de crimes de tal natureza, eis que afastava os benefícios de outro diploma³⁷⁹ que disciplinava o julgamento de crimes de menor potencial ofensivo. O argumento do impetrante, portanto, cingia-se à alegação de inconstitucionalidade do gravame imposto na lei especial, ou seja, vinculava-se à proibição do excesso.

³⁷³ HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu a ordem de habeas corpus.

³⁷⁴ ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória.

³⁷⁵ ADI 4424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do ministro Cezar Peluso (presidente).

³⁷⁶ Insta indicar que as Reclamações 15524, 17025, 17580 e 20637 apenas reproduziram aspectos dos julgamentos das ações principais apontadas, motivo pelos quais não foram computadas nas estatísticas.

³⁷⁷ A promulgação da lei atendeu a uma recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que indicou que a tentativa de homicídio cometida contra a sra. Maria da Penha mereceria exame na perspectiva da discriminação de gênero por parte do Estado Brasileiro, que deveria proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva, a fim de responsabilizar o autor do crime e reparar a vítima, devendo adotar medidas também para eliminar a tolerância quanto à violência doméstica contra mulheres. Maria da Penha é uma professora universitária de classe média que virou símbolo da violência doméstica contra mulheres por ter sido vítima de duas tentativas de homicídio de autoria de seu marido, também professor universitário, a primeira com um tiro, que a deixou paraplégica, a segunda por afogamento e eletrocussão.

³⁷⁸ Artigo 41: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

³⁷⁹ No caso, a Lei 9.099/95, que trata dos juizados criminais e estabelece normas para persecução e julgamento de crimes tidos como “de menor potencial ofensivo” e prevê alguns benefícios ao infrator, de que são exemplos a transação penal e a suspensão condicional do processo, a última não limitada aos crimes de menor potencial ofensivo.

Decidiu-se, na ocasião, pela constitucionalidade do dispositivo citado, diante do artigo 226, §8º, da Constituição Federal, que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. O ministro relator, Marco Aurélio de Mello, valeu-se do princípio da igualdade para justificar o tratamento diferenciado. Os demais ministros o acompanharam e enfatizaram o contexto cultural e social brasileiro e a necessidade de se superar a violência entre paredes cometida contra a mulher.

De acordo com a ministra Cármen Lúcia, a lei concretizou o primado da igualdade e dotou de instrumentos eficazes as medidas que a Constituição estabeleceu, indicando que, antes dela, as medidas eram ineficazes, aludindo, portanto, à necessidade da nova lei e à insuficiência da atuação estatal em momento anterior a ela.

Novamente o ministro Gilmar Mendes foi o responsável por trazer o instrumento à discussão e fê-lo repisando que corresponde à outra faceta da proporcionalidade, a indicar a necessidade de medidas que, de fato, protejam as pessoas que se encontram em uma situação de hipossuficiência — no caso, a mulher em contexto de violência doméstica. Pontuou que a lei consubstancia um experimento do legislador na tentativa de superar um quadro deficiente no plano cultural.

Vê-se que o debate se pautou pela igualdade e pelo exame de necessidade da medida e resultou na conclusão de que inexistia medida outra a proteger o bem da mesma forma ou de forma suficiente e que afete menos intensamente o direito do infrator. Não estava em discussão a suficiência de proteção conferida à mulher, mas a restrição da liberdade do acusado de delito de violência doméstica, que não teria direito aos benefícios ordinários em lei previstos. No entanto, os julgadores também trataram da suficiência da lei, sem deixar claro se foi a proibição de insuficiência ou de excesso que guiou o exame por eles efetuado — ao que tudo indica, recorrem à proibição de insuficiência como se fosse exatamente o outro lado da moeda em relação à proibição do excesso.

Nesse caso, o argumento partiu do ministro Gilmar Mendes, que caminhou em sentido contrário à construção por ele endossada no sentido de que existe um corredor entre as duas proibições (posicionamento de Canaris), aproximando-se de uma tese de congruência entre proibição de excesso e da insuficiência (que se conectariam no segmento necessidade, o que é defendido por Hain, como já se frisou)³⁸⁰.

³⁸⁰ A confirmar a conclusão de Jorge Reis Novais, que indica perceber na jurisprudência brasileira uma mescla da teoria da convergência com a teoria dos direitos fundamentais como princípios, no sentido de que no segundo elemento do princípio da proporcionalidade em sentido lato residiria tanto uma proibição de excesso quanto uma

Ocasionalmente, algum ministro recorre à proibição de insuficiência para justificar a não adoção do entendimento contrário, isto é, vale-se do raciocínio inverso, reconhecendo que a eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo representaria uma concretização deficitária do dever de proteção extraído da Constituição, o que reforça, da mesma forma, a conclusão de que seriam verso e reverso da mesma moeda.

A ADC 19, por sua vez, foi ajuizada para o fim de instar o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a compatibilidade de artigos³⁸¹ da lei com a Constituição, pondo fim às divergências dos tribunais inferiores quanto ao tratamento diferenciado conferido aos crimes de violência doméstica que tem a mulher como vítima.

O ministro Marco Aurélio, relator, votou pela procedência da ação, no que foi acompanhado pelos demais votantes.

Para ele, o legislador se utilizou de meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo artigo 226, §8º, da Carta Federal³⁸², não se revelando “desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação”, eis que “a mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado” e “não há dúvidas sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva”.

Depreende-se, desse excerto, que aparentemente concluiu, embora sem esclarecer, que o meio pelo legislador escolhido e que intervém na liberdade do suposto autor de crimes de violência doméstica contra a mulher é adequado e necessário, invocando a proibição do excesso, conjugada à igualdade³⁸³, constatando que o tratamento diferenciado e mais rigoroso é justificado em razão da maior violência a que a mulher é submetida.

Especificamente quanto ao instrumento, argumentou que a norma é “corolário da incidência da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais”, que dispõe competir ao Estado a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Constituição e concluiu que “mitiga a realidade de discriminação social e cultural

proibição de insuficiência, de forma que, em domínio da tutela penal, o Estado nem poderia criminalizar de mais nem de menos, teria que encontrar uma medida dita adequada, necessária e proporcional. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 316.

³⁸¹ Artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006.

³⁸² Que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³⁸³ Assim, aparentemente, à partida reconheceu a legitimidade da diferenciação de tratamento, à luz da igualdade; após, em exame da proibição do excesso, concluiu que não representa uma interferência excessiva no direito à liberdade do autor, em razão da finalidade da medida. Foge ao escopo do presente estudo examinar as diferenças e aproximações entre a igualdade e proibição do excesso. Sobre a relação entre elas, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1091 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 90 ss.

que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino” e que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos”.

O raciocínio autoriza a ilação de que a Lei Maria da Penha representa, no entendimento do relator, a única medida apta a cumprir o dever de proteção estabelecido pelo artigo 226, §8º, da Constituição, eis que a correlaciona ao meio imprescindível a concretizá-lo, de tal sorte que se pode presumir não existirem em seu conceito outros meios aptos a tanto — ainda que não em debate a suficiência da lei. Opera, ao que tudo indica, um exame da necessidade, de forma que em seu entender não há meios menos gravosos que protejam de forma semelhante o bem jurídico. No entanto, novamente, o que se tem é um exame quanto à adequação ou à necessidade da medida, embora dê destaque, ao mesmo tempo, à suficiência (e, ao que tudo indica, à única medida apta a salvaguardar os direitos das mulheres).

Para a ministra Rosa Weber, a lei seria o resultado de uma ação afirmativa voltada à neutralização de uma situação de desequilíbrio em prejuízo da mulher, que exigiu do legislador uma atuação positiva, a impor uma igualdade substantiva e não apenas formal. Sustentou que o Estado apenas atua de forma satisfatória na criação de mecanismos para coibir a violência contra a mulher quando eles são “adequados e eficazes à concretização do fim”³⁸⁴, vinculando, portanto, a suficiência da proteção à escolha de meios adequados e eficazes, conclusão por ela reforçada ao dispor que “o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição”. Em reforço, sinaliza que lei anterior se mostrou inadequada ou insuficiente para lidar com violência praticada no âmbito familiar, a acarretar a inserção, pelo legislador, do artigo 41 da Lei 11.340/2006.

Tal raciocínio indica que a submissão dos infratores em um contexto de violência doméstica contra a mulher às medidas comuns não protegeria de forma suficiente o bem jurídico. Aparentemente, a ministra se vale da proibição da insuficiência ao referir-se à efetividade. No entanto, como visto, a declaração de constitucionalidade buscava aniquilar as

³⁸⁴ E não se pode deixar de notar a convergência com a expressão utilizada na segunda decisão do aborto pelo Tribunal Constitucional alemão.

dúvidas referentes à constitucionalidade do dispositivo em relação à intervenção na esfera dos acusados de tais crimes. A suficiência da lei não estava em debate³⁸⁵.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, lançou mão do instrumento expressamente, ao indicar que deveres de proteção são extraídos da Constituição e que “como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhos na Lei” e “a impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (Untermassverbot)”. Isso leva a crer que também entendeu que eventual proteção abaixo da conferida pelo legislador não atenderia a proibição de insuficiência, representando, a lei, a exata medida da proteção necessária. Afora isso, pontua-se que vinculou a suficiência à criminalização penal, ainda que, antes da lei em discussão, os autores de tais delitos também respondessem penalmente, mas de forma distinta e menos gravosa.

Para além disso, indicou que a lei consubstancia verdadeira discriminação positiva que busca corrigir um problema social, que deve necessariamente se basear em parâmetros razoáveis. Acrescentou que a decisão do legislador deve ser privilegiada.

É de se ressaltar que, estranhamente, o ministro Gilmar Mendes não se valeu da construção, pese indicar que a Constituição, no artigo 228, §6º, impõe ao legislador um dever de ação, entretanto indicou que não havia que se falar em excesso. Nesse caso, especificamente, examinou a situação com base na proibição do excesso, em sentido contrário ao que havia feito no caso pretérito, semelhante, e malgrado tenha se concentrado, anteriormente, em formular um modelo de controle de leis penais, de que faz parte da proibição da insuficiência.

Por último, a ADI 4.424 se dirigiu especificamente à necessidade de representação por parte da mulher para apuração dos crimes de lesão corporal leve e culposa cometidos em âmbito doméstico. Em síntese, o procurador-geral da República pretendeu fosse atribuída interpretação conforme a Constituição a artigos da referida lei³⁸⁶ de forma a declarar que o crime em questão deveria ser processado mediante ação penal pública incondicionada.

Esclarece-se. Em regra, os crimes de lesão corporal leve e culposa são processados mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima³⁸⁷, por força

³⁸⁵ Diferentemente seria se estivesse em debate a legislação anterior à lei, que a princípio não tutelaria adequadamente os direitos da mulher vítima de tais crimes.

³⁸⁶ Artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006.

³⁸⁷ Por força do artigo 88 da Lei 9.099/95.

da lei 9.099/95. No entanto, o artigo 41 da Lei 11.340/06 prevê que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplicaria a primeira lei³⁸⁸.

O princípio que interdita a proibição insuficiente foi apontado pelo autor como argumento em favor da interpretação que nega o cabimento da representação para persecução de tais delitos no âmbito da violência doméstica contra a mulher. Em pauta estava, portanto, a interpretação que deveria ser atribuída ao texto para que fosse considerado constitucional do ponto de vista da suficiência de proteção conferida à mulher³⁸⁹ — e o artigo permitia duas interpretações, eis que não deixava claro se a lei geral não era aplicada na integralidade aos crimes cometidos em âmbito doméstico contra a mulher (excluindo, portanto, a representação) ou apenas no que dizia respeito ao rito e aos benefícios conferidos ao infrator, por exemplo³⁹⁰.

O ministro Marco Aurélio de Mello, relator, sustentou não se coadunar com a razoabilidade e a proporcionalidade deixar a atuação estatal a critério da mulher vítima, cuja espontaneidade da manifestação de vontade é cerceada por fatores diversos da convivência no lar, inclusive a violência e o medo de represálias. Entendimento diverso, segundo ele, esvaziaria a proteção, contrariando especialmente o artigo 226, §8º, da Constituição.

O ministro, portanto, entendeu que exigir representação não conferiria proteção satisfatória à mulher. No entanto, não mencionou expressamente a proibição da insuficiência e, apesar de se valer da proporcionalidade como argumento, não contextualizou qualquer avaliação à luz do caso concreto.

Depreende-se do voto da ministra Rosa Weber, por sua vez, que a representação, em seu entendimento, prejudicaria a eficácia dos mecanismos destinados a proteger de forma suficiente a mulher e “a interpretação do art. 41 da Lei 11.340/2006 que assim conclui resulta em falta para com a obrigação do Estado de atuar positivamente na realização do seu objetivo”.

Para ela, o dever do Estado de proteção seria concretizado por meio da política pública pelo legislador implementada; o legislador, no entanto, somente poderia se valer das

³⁸⁸ A questão discutida pode ser assim sintetizada: o artigo 41, ao vedar a aplicação da lei 9.099/95 aos crimes cometidos contra a mulher em âmbito doméstico, veta a concessão de benefícios típicos de infrações de menor potencial ofensivo (eis que a lei trata dos juizados especiais criminais, competentes para julgamento de tais delitos) ou, mais do que isso, também afasta a aplicação do artigo 88 do mencionado diploma, que prevê a necessidade de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa em geral, submetendo, a persecução, portanto, à ação penal pública incondicionada?

³⁸⁹ A propósito, repete-se que, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, também a interpretação e a aplicação da lei conforme os direitos fundamentais lhes garantem proteção, razão pela qual não podem desprotegê-los ou conferir proteção insuficiente. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-72.

³⁹⁰ Em sentido contrário, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 403.

opções que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, ou seja, aquelas que sejam eficazes. Constatou que a insuficiência na prestação estatal protetiva configuraria uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.

Concluiu, por fim, que o requisito da representação da ofendida impunha exigências maiores às mulheres vítimas do que às demais vítimas de contextos em que não há subordinação afetiva em relação ao agressor. Assim, em vista disso, a exigência de representação, para esses crimes, não seria proporcional — e aqui se subentende que a ministra não entendeu a representação como meio idôneo para a finalidade de proteção da mulher em um contexto de agressão doméstica (ao se encarar o exame por ela efetuado como próprio da proibição da suficiência, em uma versão que lhe confere um teste escalonado).

Em relação aos julgadores que se valeram expressamente do instrumento, o ministro Luiz Fux manifestou entendimento no sentido de que a representação é um obstáculo à efetivação do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, “porquanto a proteção resta incompleta e deficiente”. Entendimento contrário incidiria em violação da proibição de insuficiência³⁹¹. Não aprofundou o raciocínio, apenas veiculou a conclusão.

O ministro Gilmar Mendes, ao seu turno, expressou dúvida em relação à melhor forma de proteção da mulher, exigindo-se dela representação ou não, ao afirmar que não estava seguro “de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente, como em relação à alternativa, é de fato a adequada, para dizer então que há uma inconstitucionalidade”.

No entanto, ao contrário do ministro Luiz Fux, Mendes concluiu que a fórmula consagrada pelo legislador foi a ação penal condicionada à representação e que não teria dados para cancelá-la, acompanhando, portanto, a maioria dos votantes.

Evidencia-se, de seu pensamento, que entendeu ter o legislador condicionado a ação penal para os crimes em questão à representação da vítima (ao contrário, como visto, da

³⁹¹ Chama a atenção a forma como contextualizou o instrumento: os deveres de proteção dos direitos fundamentais são reconhecidos a partir de uma abordagem pós-positivista da Constituição; o direito penal é guardião dos bens mais caros ao ordenamento, sendo que sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e, ao revés, a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos “valores agasalhados na Lei Maior” - a se inferir a necessidade de se valer do direito penal para tutelar os valores mais caros à sociedade.

A partir do escólio de Ingo Sarlet, aponta que há uma crise de segurança dos direitos, no sentido de déficit de proteção de direitos fundamentais relacionados à segurança. E, concernente ao caso em julgamento, conclui que a impunidade dos agressores (ao que tudo indica por ele relacionada à sujeição da persecução à representação) afronta o princípio da proteção deficiente, eis que “deixa ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias”.

Ao entender que o legislador optou por não sujeitar a persecução de tais crimes à representação, apontou caber ao Judiciário uma postura de autocontenção, a fim de prestigiar a escolha política, salvo em casos teratológicos.

interpretação conferida por outros ministros), no entanto, optou por acompanhar a maioria, dispensando a representação, mas o fez reconhecidamente de forma insegura, em razão de não possuir dados para ratificar a opção legislativa — pese não ter apresentado dados também a sustentar o seu posicionamento. Reconheceu a dúvida e optou por alternativa por ele tida como diversa à do legislador, alegando não dispor dos dados para cancelá-la, a demonstrar uma presunção aparentemente contrária à opção legislativa. Não adotou, pois, uma postura de deferência, apesar de reconhecer a dúvida.

Impende ainda citar mais dois votos, que não tratam expressamente do instrumento, mas que contribuem para a investigação.

A ministra Cármen Lúcia se posicionou pela desnecessidade de representação, ao argumento de que a interpretação a ser fixada deveria conferir maior proteção à mulher e dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir a violência doméstica — ao que se vê, aliou-se, nesse julgamento, a uma concepção de proibição de insuficiência mais ambiciosa, apesar de tê-la preteritamente associado ao conteúdo essencial, na ação que debatia a vedação de importação de pneus.

O na época ministro Joaquim Barbosa, ao seu turno, adotou entendimento de que a Constituição estabeleceu regimes especiais para grupos vulneráveis, incumbindo ao legislador editar as respectivas normas protetivas. No entanto, asseverou que, quando legislador edita ato que se revela ineficaz e insuficiente, é dever da Corte reverter as políticas na busca para conferir-lhe proteção. Reconheceu, pois, implicitamente, a insuficiência de proteção conferida pelo legislador e a aptidão do Tribunal para, mais do que declará-las, alterar a política.

A interpretação pela Corte conferida, por maioria, vencido o ministro Cezar Peluso, foi no sentido de não condicionar a persecução criminal dos crimes de lesão corporal leve e culposa nesses casos à representação, em razão de, em seu entendimento, assim proteger (ou melhor proteger) a mulher. Em conta, portanto, um dever de proteção estatal voltado especificamente à integridade física da mulher, em razão da necessidade de ser-lhe dispensado tratamento diferenciado, a fim de superar a situação de violência doméstica de que é constantemente vítima.

O instrumento foi utilizado, portanto como vetor de interpretação do artigo 41 da Lei 11.343/2006 — e, nesse caso, havia dúvidas quanto à interpretação do artigo, pelo que a interpretação conforme a Constituição se mostrou adequada.

O julgamento é importante, pois a proibição da insuficiência foi argumento do autor, pelo que os debates deveriam dele se ocupar, primordialmente. No entanto, não houve

discussão por parte dos ministros acerca do tema, ainda que alguns a tenham citado como instrumento para apurar que interpretação seria consentânea com a Constituição.

Por fim, ao contrário das duas ações anteriores que tinham por objeto a mesma lei, nesse julgamento estava sim em causa a suficiência da lei, ou melhor, a interpretação do dispositivo que deveria prevalecer para proteção da mulher de forma satisfatória.

5.3.8 HC102.087³⁹², HC 96.759³⁹³, HC104.410³⁹⁴ e HC 106.163³⁹⁵: o exame escalonado e conjugado do excesso e da insuficiência em matéria criminal

Discutiu a Corte, também, a constitucionalidade da criminalização da conduta de portar arma de fogo sem munição por meio de tipos penais de perigo abstrato³⁹⁶. A discussão foi travada em várias ações que serão em conjunto examinadas.

³⁹² HC 102087, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001. A expressão “proibição de insuficiência” constou da ementa do julgado, mas sem receber a devida aplicação ao caso concreto: “(...)Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.)(...)”.

A Corte decidiu pela denegação da ordem, vencido o Ministro Celso de Mello.

³⁹³ HC 96759, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012 EMENT VOL-02655-01 PP-00001.

A Corte decidiu pela denegação da ordem, vencido o Ministro Celso de Mello.

³⁹⁴ HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

A expressão “proibição da insuficiência” constou da ementa do julgado, mas sem receber a devida aplicação ao caso concreto, conforme antepenúltima nota.

A decisão foi denegatória da ordem, por unanimidade.

³⁹⁵ Julgado em conjunto com o HC 104.410, de forma que o julgamento foi a ele remetido.

³⁹⁶ Tipos penais de perigo abstrato descrevem “ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão

O ministro Gilmar Mendes reproduziu, no início da exposição, o raciocínio por ele apresentado quando do julgamento da ADI 3.112, em 2007. Especificamente quanto ao caso concreto, defendeu que o princípio da lesividade conectar-se-ia com o princípio da proporcionalidade, como limite à atividade legislativa e judicial.

Asseverou que a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional, eis que é, por vezes, a melhor alternativa ou medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos. Partiu da premissa de que cabe ao legislador, dentro de suas margens de avaliação e decisão, definir as medidas adequadas e necessárias para a proteção ao bem jurídico, que, no entanto, terão sua inconstitucionalidade declarada se transbordarem os limites da proporcionalidade.

Respectivamente ao controle escalonado, aludindo às lições de Teresa Aguado Correa³⁹⁷, que combina elementos do controle de excesso e da insuficiência, estabeleceu, no tocante à adequação, não ser idônea a tipificação de condutas sem a possibilidade de produzir sequer potencialmente perigo concreto ao bem jurídico. Em relação à necessidade, entendeu inexistir proporcionalidade quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal e menos gravosas aos direitos individuais em jogo. Por fim, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, indicou que quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada.

À vista dessas premissas, concluiu ser constitucional a respectiva tipificação, eis que, para ele, a dinâmica tem demonstrado que a apreensão ou a cominação de sanção pecuniária e a majoração de penas de crimes diversos em razão da utilização da arma não bastam para coibir o uso e o porte de arma de fogo e para reduzir índices de violência. Entendeu justificada a medida pelo legislador escolhida, que se antecipa aos possíveis e aos reprováveis resultados lesivos.

No bojo do julgamento do HC 96.759, adicionou que as medidas anteriormente adotadas não foram eficazes ao fim proposto e que a política pelo legislador escolhida, de vedação ao uso, ao porte e à venda de arma tem como imperativo a utilização do direito penal, pois outras medidas não se revelaram aptas a tanto.

não venha a ocorrer” (definição extraída do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 683.523, examinado oportunamente.

³⁹⁷ CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 341 e ss.

Do seu voto se extrai que o exame que empreendeu é se a medida pelo legislador escolhida (criminalização, especificamente por intermédio de tipos penais de perigo abstrato) para proteger bens jurídicos relacionados à vida, à integridade física etc., poderia ser considerada desproporcional (excessiva) em relação ao direito à liberdade do cidadão. Ao sindicá-la a indispensabilidade da tipificação, contudo, indicou que outras medidas não seriam suficientes à proteção³⁹⁸.

No entanto, o seu raciocínio se revestiu de análise pelo prisma contrário, ou seja, da proteção, a questionar se ela seria suficiente. No entanto, não se estava em discussão se a política era insuficiente para a proteção referida, mas sim se era excessiva — aliás, o legislador foi rigoroso no tratamento dessas condutas, ao escolher criminalizá-las, isto é, ao se utilizar do direito penal, que é reservado para as condutas ofensivas aos bens jurídicos mais relevantes, e, além disso, tipificá-las na forma de crimes de perigo abstrato, isto é, que presumem o perigo ao bem jurídico.

Dessa forma, a aplicação da proibição do excesso prestar-se-ia, por si só, à resolução do caso. Entretanto, sobretudo na análise trifásica por ele efetuada, o ministro combinou elementos tanto da proibição de insuficiência quanto da proibição do excesso³⁹⁹, o que ficou claro quando tratou da medida mais eficaz e da melhor alternativa, aproximando-se, inclusive, da concepção mais audaciosa da proibição de insuficiência, que a tem como instrumento para a busca da melhor medida.

Deixou claro, contudo, que o exame era de eventual excesso, ao concluir que “a penalização da conduta não é desproporcional, pois (...) a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são bastantes para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência”, haja vista referir-se expressamente à necessidade da tipificação de crimes de perigo abstrato.

Dos julgamentos examinados até o momento, percebe-se que a análise da constitucionalidade de determinada lei interventiva quase sempre engloba, por parte dos ministros, um juízo superficial quanto à sua suficiência, ou melhor, uma afirmação de que a lei discutida é suficiente para a proteção de tal direito — e isso ficou claro nas ações que discutiam

³⁹⁸ A confirmar a conclusão de Jorge Reis Novais, que indica perceber na jurisprudência brasileira uma mescla da teoria da convergência com a teoria dos direitos fundamentais como princípios, no sentido de que no segundo elemento do princípio da proporcionalidade em sentido lato residiria tanto uma proibição de excesso quanto uma proibição de insuficiência, de forma que, em domínio da tutela penal, o Estado nem poderia criminalizar de mais nem de menos, teria que encontrar uma medida dita adequada, necessária e proporcional. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 316.

³⁹⁹ Como se houvesse um exame de proporcionalidade próprio para os tipos penais em questão.

a vedação à importação de pneus usados, a lei de violência doméstica e o Estatuto do Desarmamento. Menciona-se, também, que não haveria outra medida apta a proteger o direito de forma semelhante, o que não leva a qualquer conclusão acerca da suficiência da lei.

Daí se constatar que a suficiência da lei é quase presumida no exame pela Corte realizado, que se ocupa unicamente em examinar se há medidas que protejam de igual forma e que afetem menos o direito contrário. No exame da proibição de insuficiência, diferentemente, a suficiência da lei é a questão primordial e crucial e de forma alguma pode ser apenas apontada, sem maiores considerações.

E nem se diga que a adaptação do segmento necessidade no exame da insuficiência, para que alcance a análise quanto à existência de medidas mais satisfatórias e igualmente ou menos interventivas, resolve a problemática. Ainda assim, o foco não residiria na suficiência da lei em relação à Constituição, mas na apuração de medidas que melhor protegeriam tal direito que ainda podem ser insuficientes do ponto de vista constitucional.

5.3.9 RE 567.985⁴⁰⁰, RE 580.963⁴⁰¹ e RCL 4.374⁴⁰²: um exame da razoabilidade?⁴⁰³

⁴⁰⁰ RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013.

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do §3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015.

⁴⁰¹ RE 580963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013)

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015.

⁴⁰² Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.

No mérito, por maioria, julgou improcedente a reclamação, vencido o Ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente.

⁴⁰³ Além dessas, a Reclamação 18.636 também examinou a questão e consignou a proibição de insuficiência em sua ementa: “(...) Critério objetivo que, consagrado no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, revelou-se insuficiente e inadequado ao amparo efetivo das pessoas necessitadas, pois excluía do alcance tutelar do benefício constitucional pessoas em situação de comprovada miserabilidade. (...) Injustificada recusa do INSS em conceder ao reclamante, que é portador de grave doença neurológica de natureza degenerativa, incapacitante e crônica, o pretendido benefício assistencial. Inadmissibilidade dessa recusa administrativa, pois, caso acolhida, transgrediria, frontalmente, o postulado constitucional que, dirigido ao Estado, veda a proteção insuficiente de direitos fundamentais (como o direito à assistência social). A proibição da proteção insuficiente como uma das expressões derivadas do princípio da proporcionalidade.” (Rcl 18636, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 10/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13/11/2015 PUBLIC 16/11/2015).

Em questão, nesses julgamentos, estava realmente a suficiência da lei e a existência ou não de uma omissão parcial. Contextualiza-se: a Constituição prevê, em seu artigo 203, V, um salário mínimo como benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Vê-se que a Constituição remete ao legislador a definição de critérios indicativos de ausência de meios para a subsistência do idoso ou deficiente a permitir o recebimento do benefício.

A lei⁴⁰⁴, por sua vez, estabeleceu que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.” Traçou, portanto, critério objetivo. Em sendo a renda mensal familiar do idoso ou deficiente abaixo de um quarto do salário-mínimo, assegurada está a percepção do benefício.

Cabe ressaltar que o artigo já teve a sua constitucionalidade examinada e confirmada em 1998, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232.

Pois bem. No julgamento dos recursos extraordinários citados, de feição subjetiva, concluiu-se pela ocorrência de mudanças fáticas e políticas e pela “inconstitucionalização” do referido artigo, *incidenter tantum*.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, valeu-se do princípio que denominou “proibição da concretização deficitária”, ao afirmar que a concretização legislativa da norma constitucional não foi suficiente, à vista principalmente da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial⁴⁰⁵. Asseverou que o valor na época⁴⁰⁶ se encontrava abaixo da linha da pobreza estipulada pelo Banco Mundial e que o critério escolhido pelo legislador (renda) não deu concretude à Constituição, pois teria olvidado outros fatos relevantes para o parâmetro “miserabilidade”⁴⁰⁷. Afirmou, contraditoriamente, que o artigo por si só não seria inconstitucional, mas gerou uma situação concreta de inconstitucionalidade, eis que miserável o postulante, já que sua família era composta por um casal de idosos e um filho com deficiência e havia, nos autos, perícia socioeconômica atestando a “miserabilidade”.

Partiu o julgador da premissa de que os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva que tem como efeito a imposição de deveres ao Poder Público de

⁴⁰⁴ Lei 8.742/1993, em seu artigo 20, §3º.

⁴⁰⁵ Define como grupo de prestações essenciais básicas que devem ser fornecidas ao ser humano para que ele possa simplesmente sobreviver, variável no tempo e no espaço, que constitui direito subjetivo.

⁴⁰⁶ Especificamente R\$133,00 (cento e trinta e três reais) por pessoa.

⁴⁰⁷ A renda *per capita* deveria ser de R\$ 116,00 para recebimento do benefício.

efetividade e que, no caso, o legislador não se teria incumbido satisfatoriamente deles. A regra permaneceria hígida em abstrato, mas reconheceu uma inconstitucionalidade em concreto, visto que miserável o postulante e, segundo ele, merecedor do benefício. Houve, ao seu ver, falha no dever de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Concluiu que se estava diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes (idosos e deficientes) estava aquém da exigência constitucional, sob a ótica do que denomina princípio da “proibição da concretização deficitária”, que radicaria no dever imputável ao Estado de promover ações aptas a efetivamente proteger os direitos fundamentais.

Por fim, consignou que, como regra geral, deveria prevalecer o critério fixado pelo legislador. Não obstante, à luz do caso concreto, o juiz pode constatar que a aplicação da lei conduz à inconstitucionalidade se evidenciada situação de miserabilidade, o que o autorizaria a superar a norma⁴⁰⁸.

O ministro Marco Aurélio foi, contudo, vencido.

O voto prevalente foi o prolatado pelo ministro Gilmar Mendes, que assinalou existir um quadro de insuficiência legislativa, baseando-se na comum asserção de que o direito previsto na Constituição possui também uma dimensão objetiva, que vincula os poderes e impõe um dever constitucional de legislar, a ser cumprido de forma adequada. O não cumprimento desse dever gera um estado de proteção insuficiente do direito fundamental.

Reconheceu a omissão parcial da lei.

Argumentou que em casos de omissão o tribunal já vinha adotando típicas sentenças de perfil aditivo e reconhecendo a fungibilidade entre as ações⁴⁰⁹. Entendeu, então, que era de se proferir decisão similar à do caso alemão Hartz IV⁴¹⁰, de forma a declarar a inconstitucionalidade da lei, todavia mantendo-a válida até o final do ano seguinte, tempo suficiente para que os outros poderes refizessem os cálculos e estabelecessem novos critérios.

Asseverou que a economia brasileira sofreu mudanças e novas legislações trouxeram critérios econômicos mais generosos em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais. Constatou que o critério previsto na lei estava totalmente defasado e era

⁴⁰⁸ O ministro fala em “derrotabilidade” da regra diante do caso concreto.

⁴⁰⁹ Assim, se o julgamento da ADI 1.232 fosse naquele dia, outra teria sido a solução.

⁴¹⁰ Sobre a decisão, MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 39. No julgado referência, embora reconhecida pelo Tribunal Constitucional Alemão a discricionariedade legislativa para a determinação da fronteira do chamado mínimo existencial, entendeu-se que a norma necessitaria de revisões e atualizações constantes, de forma a corresponder ao estágio de desenvolvimento da comunidade, sendo ônus do legislador demonstrar como os procedimentos e cálculos foram realizados.

inadequado para aferir a miserabilidade das famílias, pelo que considera ter passado pelo que chama de inconstitucionalização (inconstitucionalidade superveniente), em razão de mudanças fáticas e jurídicas.

Propôs, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade do artigo, sem pronúncia da nulidade, de forma a manter a sua vigência até 31 de dezembro de 2014⁴¹¹.

Algumas observações merecem registro.

A primeira delas diz respeito à natureza da questão submetida à apreciação, que invocou claramente o exame da suficiência da lei — e, veja-se, apenas dois ministros fizeram menção à proibição de insuficiência. Não se pode deixar de observar que, para Jorge Pereira da Silva, o princípio da proibição de defeito não se confunde com o princípio do caráter dinâmico da proteção; este, derivado do dever de proteção, guarda relação com o caráter *rebus sic stantibus* da conformidade constitucional de cada lei e impõe a atualização e a evolução das medidas legislativas, a implicar no dever de correção e melhoramento de leis⁴¹². Para esse autor, então, possivelmente o caso deveria ser examinado sob tal ótica.

Quanto ao voto do ministro Marco Aurélio, verifica-se que foi contraditório, ao ora reconhecer a omissão parcial da lei, ora declarar que a lei era constitucional, mas que a situação em concreto autorizaria o recebimento do benefício (a família do requerente do benefício era constituída por um casal de idosos e um filho deficiente). Não obstante, assemelha-se, quanto à forma, e sem ingressar no mérito da avaliação, à construção de Jorge Reis Novais, apontada anteriormente, que elenca, como elemento da proibição do défice, a razoabilidade, ao concluir que a situação em si seria inconstitucional (em razão da especificidade do núcleo familiar), mas não a concretização do legislador⁴¹³.

Já o ministro Gilmar Mendes, rememora-se, invocou o princípio ao tratar do não cumprimento ou cumprimento insuficiente de deveres de proteção e da decisão do Tribunal Constitucional Alemão que invocou o mínimo existencial, embora não tenha feito menção expressa ao mínimo ao apreciar o caso.

⁴¹¹ Embora tenha sido o voto vencedor, não se obteve quórum para modulação dos efeitos, como obriga o artigo 27 da Lei 9.868/1999. Dessa forma, proclamou-se a inconstitucionalidade do artigo referido, sem pronúncia de nulidade e sem fixação de prazo para o Poder Legislativo. Apenas se comunicou o Senado Federal da decisão, nos termos do artigo 52, X, da CF.

⁴¹² SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 576-577.

⁴¹³ Vale pontuar também que o ministro faz menção à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial (restrito, vinculado à sobrevivência) como direito público subjetivo e elementos a serem efetivamente protegidos.

Argumentou que o critério legal se tornou inadequado, diante do transcurso do tempo e de novos parâmetros estabelecidos em outras leis — e reconheceu uma “inconstitucionalidade superveniente”, embora não tenha havido mudança no artigo da Constituição⁴¹⁴.

Por fim, em respeito à liberdade conformativa do legislador, estabeleceu prazo para a atualização da lei. Embora tenha a maioria dos ministros aderido à sua conclusão, não se obteve quórum para modulação dos efeitos e, dessa forma, proclamou-se a inconstitucionalidade do artigo referido, sem pronúncia de nulidade e sem fixação de prazo para o Poder Legislativo, com comunicação ao Senado Federal da decisão, nos termos do artigo 52, X, da CF.

Não obstante, em 2015, o legislador alterou a lei⁴¹⁵, que atualmente prevê: “para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento”, abraçando, aparentemente, o entendimento esposado pelo ministro Marco Aurélio, vencido no debate.

5.3.10 Julgados que tratam da formatação e da aplicação da estrutura escalonada de controle

Optou-se por agrupar, dentro deste item, o exame crítico das decisões da Corte que, além de conferir à proibição de insuficiência um modelo de teste escalonado à semelhança do da proibição do excesso, tentaram aplicá-lo ao caso submetido a julgamento.

Em 2013, o STF examinou⁴¹⁶ a recepção, sob a nova ordem constitucional, de artigo da Lei de Contravenções Penais⁴¹⁷ que tipificava, como contravenção, a conduta de “ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”, atribuindo-lhe pena de prisão simples e multa⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Segundo J.J. Gomes Canotilho, há inconstitucionalidade superveniente quando uma nova norma constitucional (de uma nova constituição ou de uma lei de revisão constitucional) estabelece uma disciplina normativa assente em regras ou princípios contrários a leis anteriores, o que não é o caso. A norma constitucional é a mesma, a questão é que a lei não recebeu a atualização devida. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1013.

⁴¹⁵ Acrescentando o parágrafo 11 no artigo 20.

⁴¹⁶ RE 583523, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.

⁴¹⁷ Artigo 25.

⁴¹⁸ Prisão simples, de dois meses a um ano, e multa.

Em análise, portanto, um tipo penal de perigo abstrato, isto é, que confere presunção absoluta de periculosidade à conduta⁴¹⁹.

O ministro Gilmar Mendes iniciou o seu voto com repetição da exposição referente ao controle de constitucionalidade em matéria penal, já examinada anteriormente.

Em relação ao caso submetido à apreciação, estabeleceu que a atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve ser objeto de rígida fiscalização, especialmente em relação à adequação ao princípio da proporcionalidade.

Constatou que a questão inadequada não diz respeito ao perigo abstrato em si, mas à especificação, por parte do legislador, de condições discriminatórias ao agente da infração penal, e concluiu que a previsão de o sujeito ativo ser “conhecido como vadio ou mendigo” e pessoa já condenada por furto e roubo ou sujeita à liberdade vigiada afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia — sendo, em razão disso, inconstitucional, ou, como anterior à Constituição, por ela não recepcionada.

Embora já tivesse reconhecido a não correspondência da regra com a Constituição, decidiu examiná-la também sob o prisma da proporcionalidade, valendo-se, novamente, da construção de Carlos Bernal Pulido referente à proibição da insuficiência⁴²⁰, embora a questão envolvesse uma restrição a direito à liberdade — e conquanto tenha utilizado, meses antes, fórmula diversa ao tratar da constitucionalidade dos crimes relativos a porte de arma de fogo e munições, também de perigo abstrato, oportunidade em que invocou, para sindicá-los especificamente tais delitos, construção que combinava elementos do controle do excesso e da insuficiência, de Teresa Aguado Correia, diversa da utilizada nesse julgamento.

Constatou que a norma não era adequada por não proteger o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que restringia a tipificação às pessoas citadas, sendo, portanto, permitido à pessoa não catalogada no artigo a posse de instrumentos usualmente empregados para a prática de furto⁴²¹.

⁴¹⁹Conforme definição extraída do voto do ministro Gilmar Mendes, “descreve ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venha a ocorrer”.

⁴²⁰ O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

⁴²¹ “Sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, a norma impugnada não se mostra adequada porque não protege o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que o bem jurídico que o legislador pretendia defender – o patrimônio e a incolumidade pública –, está restrito, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, bem como reincidente em crime de furto ou roubo ou sujeito à liberdade vigiada). A *contrario sensu*, conclui-se, pelo texto da lei, que é permitido a uma pessoa, que não se enquadre nas condições específicas do tipo, possuir tranquilamente “gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto”

Tal assertiva permite concluir que, para ele, a norma seria adequada (pois protegeria de forma ótima o direito fundamental — no voto não indicado, mas, ao que tudo indica, referente à segurança pública ou à propriedade) se destinada à tipificação da posse dos instrumentos por parte de qualquer pessoa, não só dos indicados no artigo.

E, ainda que já tenha afastado a constitucionalidade da previsão por conta da inaptidão, continuou a examinar os demais passos.

Em relação à necessidade, estabeleceu que a medida não era necessária em razão de a lei, ao limitar a aplicação a determinados agentes, indicar que a tipificação poderia ser suprida por medidas alternativas que favorecessem ainda mais a realização do direito fundamental — “caso a contravenção penal fosse realmente imprescindível e necessária para proteção do bem jurídico que a lei pretendia resguardar, o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador”.

Ora, valeu-se novamente do argumento de que o tipo, se necessário fosse, deveria abranger todas as pessoas a praticar a conduta proibida, não só os mencionados, ou seja, o reconhecimento da dispensabilidade radica no mesmo fundamento que atestou a inidoneidade da regra. E, ao não incluir a generalidade das pessoas, aponta para a existência de medida alternativa que proteja melhor o bem jurídico.

Depreende-se do raciocínio que, *a contrario sensu*, a medida seria necessária se incluídos todos como sujeito ativo do crime, eis que só assim proteger-se-ia o bem jurídico de maneira ótima.

Em sua ótica, portanto, o artigo não seria inconstitucional por ter afetado excessivamente a esfera da liberdade das pessoas por ele consagradas, ou em razão da desigualdade de tratamento, mas por não ter intervindo na esfera de todas as pessoas, ou seja, por ter ficado aquém do ideal. Nesse diapasão, para ele, todos que portassem gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, que não provassem destinação legítima, deveriam ser punidos, eis que só assim proteger-se-ia o bem jurídico (patrimônio) de forma ótima.

Passou, na sequência, embora já reconhecida a inconstitucionalidade, para o exame do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, ao indicar que a contravenção “viola o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo — a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) — demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”. Não forneceu mais informações ou elementos que esclarecessem o seu raciocínio. No entanto,

aparentemente também vinculou a seletividade na escolha dos sujeitos ativos à ausência de proporcionalidade em sentido estrito, por não realizar (de maneira ótima, acredita-se) o direito à proteção.

Pois bem. Entende-se equivocado todo o itinerário por ele percorrido. Primeiro, pela desnecessidade. A incompatibilidade do dispositivo com a Constituição já tinha sido concluída em razão da isonomia e da dignidade da pessoa humana⁴²². Não obstante, resolveu também se debruçar sobre um exame de proporcionalidade, de todo dispensável e equivocado.

Ainda que dispensável prosseguir na apuração, o ministro escolheu realizá-la sob o prisma da proibição da insuficiência, entendendo que o legislador ficou aquém do devido na proteção do direito fundamental e deixou de lado exame acerca da legitimidade da ingerência na esfera das pessoas indicadas no tipo penal (de proibição do excesso, portanto).

Não bastasse, utilizou a estrutura escalonada vinculada à uma visão ambiciosa da proibição da insuficiência, atribuída a Pulido, embora a sua construção padrão, como já pontuado, também se refira a Canaris e à proteção mínima. Além disso, descartou a fórmula utilizada anteriormente para sindicatizar crimes de perigo abstrato (previstos no Estatuto do Desarmamento), que combinava elementos do controle de excesso e da insuficiência, deixando de contribuir para a uniformidade da jurisprudência.

Para além do exposto, de plano reputou a norma inconstitucional em razão da inidoneidade do meio, mas prosseguiu o exame, considerando a norma incompatível com a Constituição em relação a todos os segmentos, pelo mesmo motivo — ao selecionar determinados sujeitos ativos, a proteção ficaria aquém da ótima.

Causa estranheza que o raciocínio por ele desenvolvido tenha-se inclinado a estabelecer (como medida ótima) uma punição (na seara do direito penal, por meio de tipos de perigo abstrato!) para todos os cidadãos que portassem, sem provar destinação legítima, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto — resta saber se este tipo penal resistiria ao exame da proibição do excesso.

Por fim, o voto foi acompanhado por todos os ministros votantes, o que indica que estavam todos os onze julgadores de acordo com tal raciocínio.

Curiosamente, um ano depois⁴²³, o ministro Gilmar Mendes novamente invocou, com pequena, mas significativa alteração, a estrutura tríplex de Carlos Bernal Pulido, para examinar recurso de arguido que se insurgia quanto à aplicação da pena para o crime de tráfico

⁴²² Como foge ao escopo da investigação, não se examinará a legitimidade do argumento.

⁴²³ RHC 121222, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 11/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 13/06/2014 PUBLIC 16/06/2014.

de droga (no caso, grande quantidade de cocaína⁴²⁴) e pleiteava a imposição de regime aberto de cumprimento de reprimenda e a sua substituição por pena restritiva de direitos.

O pleito não foi acolhido, em razão do reconhecimento da gravidade concreta da conduta e de circunstâncias judiciais negativas que impediam a fixação de menor reprimenda. No entanto, o ministro Gilmar Mendes também se reportou ao julgamento do HC 104.410⁴²⁵, já examinado, ao reiterar a necessidade de exame da proporcionalidade, reproduzindo a construção padrão. Contudo, ao tratar da proibição de insuficiência, alterou a estrutura trifásica do princípio por ele atribuída a Pulido, ao assim dispor:

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

Ao tratar do primeiro segmento, substituiu, sem qualquer esclarecimento, a proteção “ótima” por uma proteção de “maneira suficiente ao atingimento da finalidade”.

Ora, há diferença entre “proteção suficiente” e “proteção ótima”, e o autor mencionado trata expressamente da proteção ótima, filiando-se, como se viu, à teoria dos direitos fundamentais como princípios e à concepção de proibição de proteção insuficiente a ela relacionada. A alteração, portanto, além de não guardar correspondência com a doutrina citada, é relevante, justamente por afastar-se dessa concepção, ainda que, no segmento necessidade, continue a perquirir a existência de medidas mais realizadoras do direito.

Especificamente quanto ao caso em exame, estabeleceu que a fixação da pena observou o disposto em lei e que “tanto a fixação do regime aberto quanto a substituição da pena privativa de direitos por restritivas de direitos representariam proteção judicial insuficiente” — atribuiu, portanto, ao princípio, a função de limite à atividade interpretativa e de aplicação das normas penais por parte do julgador.

Não obstante, o impetrante se insurgia contra o excesso de punição e o julgamento, portanto, deveria observar essa nota. Ao que se vê, entendeu-se que a medida era necessária à proteção de direitos fundamentais (segurança e saúde pública, por exemplo), a justificar a penalidade gravosa.

⁴²⁴ Mais de duzentos quilos.

⁴²⁵ Que declarou a constitucionalidade do crime de porte ilegal de arma de fogo.

Novamente, operou-se uma confluência entre proibição do excesso e da insuficiência, no segmento da necessidade, embora o ministro, ao citar a doutrina de Canaris e Pulido, com a qual anuiu, teoricamente tenha-se afastado de qualquer tese da congruência.

Dois anos depois, nova tentativa de aplicação da estrutura escalonada também foi efetuada por ministro diverso, designadamente o ministro Luís Roberto Barroso⁴²⁶.

O caso dizia respeito à constitucionalidade de dispositivos legais e administrativos⁴²⁷ que estabeleciam prazo de licença significativamente menor para a servidora pública que adota uma criança em relação ao prazo previsto na Constituição para a chamada “licença gestante”.

A requerente invocou, em seu pedido, artigo da Constituição⁴²⁸ que prevê o prazo de cento e vinte dias para a “licença gestante” e regra também constitucional que veda o tratamento discriminatório entre filhos naturais e adotivos⁴²⁹.

O pedido foi negado em primeira e segunda instâncias, ao fundamento de que as situações fáticas seriam diversas e de que apenas a mãe biológica necessitaria de repouso após o parto e a gestação, pois passa por transformações físicas e psicológicas, além de amamentar o filho por seis meses (período autorizado por lei).

⁴²⁶ RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

A expressão “proibição de insuficiência constou da ementa do julgado: “(...) 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente (...)”.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 782 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação, fixando a seguinte tese: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

⁴²⁷ Questionam-se, no feito, o artigo 210 da Lei 8.112/90, o artigo 1º da Lei 11.770/2008, o artigo 2º do Decreto 6690/2008 e o artigo 3º da Resolução 30/2008, que tratam, todos, do prazo de licença para a servidora pública que adota uma criança (no caso, em se tratando de maior de um ano de idade, estabelecem os dispositivos citados trinta dias de licença e quinze dias de prorrogação).

⁴²⁸ Artigo 7º, XVIII, da CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

⁴²⁹ Artigo 227, §6º, CF: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Importante mencionar que o STF já havia decidido, anteriormente, que a Constituição se limitava a garantir a licença à gestante (RE 197.807)⁴³⁰ e não à adotante. Não obstante, posteriormente, adveio legislação que confere à adotante, no âmbito de uma relação de emprego privada, o mesmo prazo de licença que a mãe biológica⁴³¹.

A controvérsia foi assim resumida pelo ministro relator Luís Roberto Barroso: *“i) se é legítimo que a lei estabeleça prazos de licença maternidade diversos para a servidora gestante e para a servidora que venha a adotar uma criança; e ii) se é legítimo diferenciar o prazo de licença maternidade em função da idade da criança adotada.”*

Em outras palavras, examinou o Tribunal se a adotante servidora pública e o filho por ela adotado receberam o devido tratamento legal à luz da Constituição, pois a eles outorgado, por lei, menor tempo de licença.

O voto que prevaleceu, do ministro relator, partiu da evolução do entendimento acerca da família, da maternidade e da adoção para concluir que houve uma mutação, ou seja, uma alteração do significado do texto constitucional no que diz respeito à licença gestante, que deve necessariamente abranger a adotante e que pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães viola o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente⁴³².

No que diz respeito ao instrumento, entendeu que ele é empregado para a definição da extensão das obrigações positivas que podem ser do Estado exigidas na promoção dos direitos constitucionais e que se sujeita aos mesmos subprincípios do teste da vedação do excesso. Asseverou, invocando uma estrutura diversa das reproduzidas em julgamentos anteriores pelo ministro Gilmar Mendes:

Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada a e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo;(ii) se é necessária, ou se havia medida mais

⁴³⁰ Contextualiza-se: após a Constituição, legislação foi promulgada estabelecendo prazo de licença adotante às servidoras públicas. Na falta de uma previsão para as empregadas privadas, buscou-se a equiparação com fulcro direto no artigo 7º, XVIII. O tribunal entendeu, contudo, que a Constituição apenas garantia a licença à gestante, não podendo equiparar as situações.

⁴²⁹ Em 2009 foi editada a Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), que suprimiu os parágrafos do artigo. 392-A da CLT e, por consequência, igualou, no âmbito do Direito do Trabalho, os prazos da licença gestante e da licença adotante, independentemente da idade da criança adotada.

⁴³² Concluiu que “não há nada na realidade das adoções, muito menos na realidade das adoções tardias, que indique que crianças mais velhas precisam de menos cuidado ou de menos atenção do que bebês” e que “se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães”.

eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados⁴³³

Concluiu que a estipulação de uma licença menor para as servidoras em caso de adoção e proporcional à idade das crianças deixa de promover a tutela adequada do infante e não promove qualquer interesse constitucional legítimo, não atendendo, portanto, ao subprincípio da adequação.

O exame, portanto, cingiu-se ao primeiro segmento. E, curiosamente, não identificou o julgador qualquer interesse contrário. No entanto, é certo que o prazo da licença adotante impacta o empregador que é, no caso em apreciação, o Estado⁴³⁴.

Verifica-se, ainda, que confere à proibição da suficiência, vertente da proporcionalidade, a seu ver, estrutura escalonada, semelhante à do excesso, mas atribuindo, ao segmento necessidade, a análise de medida “mais eficiente”, o que difere, portanto, da outra dimensão.

O voto foi acompanhado na integralidade pela maioria dos ministros, pese nenhum deles ter feito menção à vedação da proteção deficiente, apenas à igualdade. Cabe indicar que a divergência, circunscrita ao voto do ministro Marco Aurélio de Mello, rechaçou a inconstitucionalidade, ao argumento de que não pode o Tribunal fazer as vezes de legislador e concluir pela deficiência da normatividade, eis que a Constituição trata apenas da licença à gestante. Entendeu que as situações jurídicas (adotante e gestante) são diversas. Em outras palavras, em sua concepção, a distinção compreender-se-ia no âmbito de liberdade de conformação do legislador, eis que a Constituição não impõe a igualdade de tratamento.

Pois bem. Para a finalidade da presente pesquisa, a decisão adiciona mais elementos à investigação, uma vez que continua a associar a proibição de insuficiência à proporcionalidade (e, no caso, ao que tudo indica, à proporcionalidade da discriminação⁴³⁵), o

⁴³³ O ministro atribuiu a estrutura a Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto. No entanto, tais autores, quanto à necessidade, não se reportam à medida mais eficiente, mas sim à igual intensidade de favorecimento ao objetivo. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 483.

⁴³⁴ A controvérsia envolvia servidor público.

⁴³⁵ Entende-se que o exame deveria se pautar, em realidade, pela igualdade, ou seja, a constitucionalidade da diferenciação de tratamento operada pelo legislador. A respeito da diferença entre o exame da igualdade e da proibição do excesso (que pode ser transportado para a presente análise, pois associa o ministro a proibição de insuficiência à face da proporcionalidade), assinala Vitalino Canas: a aplicação da igualdade não pressupõe a existência de um conflito ou colisão de bens, interesses ou valores. Pressuposto exclusivo é uma diferenciação que foi estabelecida. Crucial na dogmática do princípio da igualdade é a distinção entre razão justificativa da diferenciação e fim da norma que contém a diferenciação. Ainda, “o que é típico da metódica da igualdade não é a realização de uma operação comparativa para ver se há medidas menos diferenciadoras com igual eficiência na satisfação do fim, mas sim analisar se a diferenciação em si tem justificção razoável e (no caso da versão forte) se essa justificção tem o peso exigível”. Além disso, os princípios não envolvem as mesmas ponderações (sobre

que reforça tal posicionamento, e a um modelo de controle escalonado um pouco diverso dos citados anteriores, o que indica inexistir uniformidade na Corte quanto a esse aspecto. Evidencia, também, equívocos na aplicação da estrutura ao caso submetido a julgamento, pois se satisfaz com a afirmação de que inexistente interesse contraposto.

Não obstante, mais uma vez se percebe que não foi a proibição de insuficiência que ocupou papel relevante para o julgamento, mas o exame da igualdade a sindicarem a legitimidade do tratamento diverso conferido à gestante e à adotante. A proibição da proteção deficiente, por sua vez, desponta como argumento adicional (e desnecessário), no sentido de que a adotante e o filho por ela adotado não poderiam ser protegidos de forma inferior à gestante e ao filho biológico.

Prosseguindo na temática da identificação da proibição da insuficiência com estrutura escalonada de teste semelhante à proibição do excesso, não se pode deixar de examinar outra decisão, proferida em 2017, em que o ministro Luís Roberto Barroso indicou formatação diversa do instrumento, mas o aplicou de forma semelhante ao julgado anterior, não identificando qualquer direito contraposto⁴³⁶.

Questionou o autor a diferença de tratamento sucessório conferido ao cônjuge e ao companheiro pelo Código Civil⁴³⁷, ao argumento de que seria incompatível com o dever

a mesma coisa ou com a mesma estrutura), eis que para a aplicação do princípio da igualdade pesa-se o que representa a diferenciação para cada um dos membros do par comparativo e contrapesa-se a espécie, intensidade e extensão da diferenciação com as razões de diferenciação. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1092 ss, p. 1110 ss.

⁴³⁶ RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

A expressão constou da ementa do julgado: “(...)Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso (...).”

É de se indicar que semelhante questão foi apreciada em relação à união estável homoafetiva: RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017.

A expressão também constou da ementa, de forma semelhante à do julgado acima.

⁴³⁷ No caso dos autos, o falecido possuía três irmãos, pelo que, com fundamento no artigo 1790 do CC, herdaria a companheira um terço dos bens; caso fosse com ele casada, receberia a totalidade, por força do artigo 1829 do CC. A situação seria a mesma se, em vez de irmãos, o falecido houvesse deixado apenas parentes colaterais, como primos.

Em síntese, eis as diferenças entre os regimes: a participação hereditária do companheiro era restrita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, excluindo da sucessão bens adquiridos gratuitamente e

estatal de proteção à família⁴³⁸ e com o princípio da igualdade. A distinção de regimes foi defendida pela parte contrária, ao sustentar que a Constituição reconhece a união estável, mas não a equipara ao casamento, e que tal diferenciação inserir-se-ia no âmbito da autonomia privada dos contraentes, que optaram deliberadamente por não contrair casamento.

O ministro relator Luís Roberto Barroso iniciou o seu voto tratando da evolução história do tratamento conferido à família e às uniões informais. Registrou que a legislação imediatamente anterior ao novo Código Civil era mais benéfica ao companheiro e constatou, ao contrastar os diferentes regimes, uma desproteção não razoável ao companheiro por parte da legislação atual.

Concluiu que o texto constitucional não estabeleceu nenhuma hierarquia entre as famílias e impediria a discriminação entre indivíduos unicamente com base no tipo de entidade familiar que formam.

No entanto, reconheceu que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, ao prever que a lei deve facilitar a conversão estável em casamento, autorizou implicitamente a possibilidade de o legislador traçar contornos distintos para as duas entidades familiares, eis que distintas. Não obstante, entendeu que só seria legítima a diferenciação de regimes se não houvesse hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, “desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos”. E assinalou que a Constituição assim dispôs com o objetivo de conferir uma maior segurança jurídica para as relações sociais.

onerosamente em período anterior ao da união; se existisse o direito do companheiro à sucessão, seu quinhão seria, em regra, muito inferior ao que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido; no entanto, a lei privilegiava o companheiro em detrimento de cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial, em caso de bens adquiridos onerosamente e havendo descendentes comuns, já que o companheiro teria uma quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum, mas o cônjuge supérstite não teria direito a participar da sucessão.

Confira-se:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

⁴³⁸ Art. 226, §3º, da CF: para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Considerou, por conseguinte, inconstitucional o artigo que trata do regime do companheiro⁴³⁹, ao argumento de que se o legislador entendeu que o regime previsto ao cônjuge é aquele que melhor lhe permite viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro não poderia estabelecer regime de menor proteção ao companheiro.

Sustentou que o dispositivo mencionado violou o princípio da dignidade da pessoa humana e que não faria sentido desproteger o companheiro e favorecer os parentes com a distribuição dos bens apenas em razão de a parte não ter optado pelo casamento.

Quanto ao tema em si, asseverou que a previsão também ofende a proporcionalidade como proteção deficiente, sua dimensão “positiva”, em que o Estado ofende a Constituição ao não proteger ou proteger de forma insuficiente bens jurídicos relevantes. Para ele, o artigo em questão conferiria uma proteção deficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável, pois, a depender das circunstâncias, privaria o companheiro sobrevivente dos recursos necessários para seguir com uma vida digna, o que não seria justificado pela tutela de nenhum interesse constitucional contraposto.

Em nota, esclareceu, citando o escólio de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴⁴⁰, que a violação é apurada por meio dos três subprincípios da proporcionalidade:

(a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Veja-se que a estrutura já havia sido citada pelo ministro quando do julgamento referente à licença adotante, mas, naquela altura, consignou, relativamente à necessidade, que se deveria indagar se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, o que não correspondia com o pensamento dos autores, conforme já anotado em nota. Dessa vez, diferentemente, reportou-se o julgador com precisão à estrutura de autoria dos doutrinadores, que não se alinharam à corrente que vê a proibição de insuficiência como instrumento para sindicarem a melhor atuação do Estado⁴⁴¹.

⁴³⁹ Artigo 1790 do Código Civil.

⁴⁴⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 480 ss.

⁴⁴¹ E, aqui, é de se reportar aparente contradição: invoca-se uma estrutura que não associa a proibição de insuficiência a um controle da melhor solução, mas se sabe que o ministro em questão é defensor de um controle jurisdicional amplo e que foge à evidência, concentrado na busca da medida ótima.

Entendeu, por fim, que o tratamento distinto também violaria o princípio da proibição do retrocesso⁴⁴², implícito, extraído do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que vedaria que, diante de uma mesma situação de fato, fossem implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atingissem o seu núcleo essencial — eis que a legislação anterior ao Código Civil era mais benéfica ao companheiro.

Votou, portanto, pela extensão da norma relativa ao cônjuge para o companheiro, sem prejuízo de, desde que se mantivesse a equiparação de regimes sucessórios entre o casamento e a união estável como regra geral, o Poder Legislativo criasse regime sucessório diverso, ao qual os companheiros poderiam optar, em vida, mediante acordo escrito⁴⁴³.

O voto teve a concordância da maioria dos ministros⁴⁴⁴, não obstante ter sido o princípio em questão apenas mencionado pelo ministro Luiz Fux ao se reportar ao entendimento do ministro relator. Os ministros Edson Fachin⁴⁴⁵, Teori Zavascki, Rosa Weber, que acostaram aos autos votos escritos, fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade no princípio da igualdade e no que chamaram de discriminação não razoável⁴⁴⁶.

A divergência inaugurada pelo ministro Dias Toffoli foi no sentido de que a opção legislativa não foi injustificada ou desarrazoada; pelo contrário, o legislador teria conferido diferente tratamento eis que institutos diversos, sendo que a união estável seria marcada pela informalidade, em que se deve respeitar a autonomia da vontade. O ministro Marco Aurélio seguiu na mesma linha, no entanto asseverou que “talvez não tenham sido a escolha mais adequada que o legislador poderia ter tomado (e com certeza não são critérios perfeitos), mas também não podem ser considerados, por este único motivo, inconstitucionais”.

⁴⁴² Contra o manejo do princípio em contexto de ordenamento jurídico que consagra direitos sociais fundamentais, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 398 ss.

⁴⁴³ Votou-se pela modulação dos efeitos da aplicação do entendimento citado: “assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública”.

⁴⁴⁴ Os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio de Mello e Ricardo Lewandowski decidiram de forma contrária à maioria, acostando aos autos os dois primeiros declarações de voto.

⁴⁴⁵ Sobressai do voto do ministro Fachin o entendimento de que a diferença entre os institutos é de mera formalidade, sendo iguais as relações no que tange à afetividade – pelo que as regras sucessórias não poderiam ser diversas, pois em igual situação.

⁴⁴⁶ Sobre (a relação ou diferença entre) proporcionalidade e igualdade, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1091 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 90 ss. A propósito, reporta-se às considerações da nota 435.

Pois bem. O cerne da questão dizia respeito à igualdade, ou seja, se a diferença de tratamento justificar-se-ia. A proibição do déficit foi invocada, portanto, de forma desnecessária, associada genericamente à dignidade da pessoa humana⁴⁴⁷.

O ministro Luís Roberto Barroso conferiu ao instrumento uma estrutura tripartida, semelhante à da proibição do excesso. Veja-se que, mais uma vez, indicou que a desproteção não foi justificada pela tutela de nenhum interesse contraposto, reputando, portanto, inadequado o tratamento pelo legislador conferido. Entretanto, em jogo estavam interesses e direitos outros que não o do companheiro, mormente os da parte contrária, parentes e filhos, que, na situação posta, insurgiam-se contra a pretensão do companheiro. Assim, o interesse contraposto era evidente.

Em suma, a verdadeira questão dizia respeito à análise da diferença de tratamento à luz do princípio da igualdade⁴⁴⁸. A proibição de insuficiência, portanto, mais uma vez, pouco contribuiu para o deslinde do feito.

5.3.11 HC 123.971: uma decisão casuística⁴⁴⁹

Parte da ementa indica a controvérsia submetida à apreciação:

(...) 2.O art. 225 do Código Penal, na sua redação original, previa que em crimes como o dos presentes autos somente se procedia mediante queixa, salvo se a vítima fosse pobre ou tivesse ocorrido abuso do pátrio-poder. O dispositivo vigeu por décadas sem que fosse pronunciada a sua inconstitucionalidade ou não recepção. 3. A Lei nº 12.015, de 07.08.2009, modificou o tratamento da matéria, passando a prever ação pública incondicionada no caso de violência sexual contra menor. 4. Na situação concreta aqui versada, o Poder Judiciário considerou, por decisão transitada em julgado, descabido o oferecimento de queixa-crime pelo pai da vítima, entendendo tratar-se de crime de ação penal pública. Se o STF vier a considerar, no presente

⁴⁴⁷ Acerca da invocação genérica da dignidade da pessoa humana, como reforço argumentativo, que levaria ao enfraquecimento do seu papel e força, NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. v. 1: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016, p. 88 ss.

⁴⁴⁸ O tratamento pela lei outorgado na maioria das vezes conferiria ao companheiro um quinhão inferior ao que seria de direito se casado fosse com o falecido, entretanto, em algumas situações, a situação seria inversa e herdaria o companheiro mais - especificamente, como já visto, em relação à situação do cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial, em caso de bens adquiridos onerosamente e havendo descendentes comuns, já que o companheiro teria uma quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum (art. 1.790, I), mas o cônjuge supérstite não teria direito a participar da sucessão. A depender do caso, então, o quinhão seria maior ou menor do que o conferido se casados fossem. A premissa de que o companheiro foi pela lei “desprotegido”, portanto, não é coerente. A proteção foi diferente, o que não se confunde com deficiente. Restava examinar, portanto, se a diferença de tratamento tinha amparo constitucional.

⁴⁴⁹ HC 123971, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 14-06-2016 PUBLIC 15-06-2016.

O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros Teori Zavascki (Relator), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente).

A expressão constou da ementa, conforme transcrito no corpo do item 5.3.10.

habeas corpus, que não é admissível a ação penal pública, a consequência seria a total desproteção da menor e a impunidade do crime. 5. À vista da excepcionalidade do caso concreto, o art. 227 da CF/88 paralisa a incidência do art. 225 do Código Penal, na redação originária, e legitima a propositura da ação penal pública. Aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente.

O paciente foi condenado, em ação iniciada pelo Ministério Público, pela prática de crime de natureza sexual (ato libidinoso) contra uma criança de apenas seis anos. Os fatos foram cometidos antes de modificação legislativa⁴⁵⁰ que instituiu a obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada para os crimes contra a dignidade sexual. Tal alteração impactou negativamente na situação dos acusados, pois foram suprimidos institutos com intenso conteúdo penal relativos à ação privada (como decadência, renúncia, perdão, causas de extinção de punibilidade), e, portanto, segundo o impetrante, não deveria retroagir, a teor da regra do artigo 5º, XL, da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, buscava-se a declaração de ilegitimidade do Ministério Público para promover a ação e a extinção da punibilidade do paciente.

Prevalecia o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de que a ação penal para persecução de crimes como o examinado antes da alteração legal era de natureza privada. No entanto, extrai-se, do caso, que a vítima, por meio de seu representante legal, chegou a oferecer queixa-crime na época, mas que foi pelo juiz rejeitada por ilegitimidade, ao argumento de que o legitimado seria o Ministério Público.

Esclarece-se. Havia divergência na jurisprudência quanto à natureza da ação penal para a persecução de tais crimes. O juiz que primeiro se deparou com o caso entendeu cabível a denúncia, rejeitando a queixa. No entanto, o STF se posicionou, em diversos outros casos, pela legitimidade da queixa em momento anterior à alteração legislativa, após o que a denúncia seria o instrumento adequado. A alteração operada pela lei, ainda que processual, foi prejudicial ao acusado, pois teve reflexos em institutos que seriam a ele benéficos, pelo que não poderia retroagir. O caso em discussão chegou ao STF a partir de uma provocação do condenado, que pretendia a extinção de sua punibilidade com base na ilegitimidade do Ministério Público, consoante jurisprudência da Corte.

O ministro Luís Roberto Barroso propôs uma solução específica para o caso em julgamento, isto é, sem alteração da jurisprudência do STF a respeito da legitimidade da ação penal privada para fatos anteriores à lei 12.019/2009.

⁴⁵⁰ Operada pela Lei 12.019/2009.

Preconizou que o Estado brasileiro, especificamente o Poder Judiciário, entendeu a queixa inadmissível na época, o que culminou na apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Julgasse o STF que a queixa era o instrumento apto, não a denúncia, estaria o Estado a desproteger a criança vítima do crime contra a sua dignidade sexual. E alterar o posicionamento, de forma a reconhecer a legitimidade da denúncia⁴⁵¹, produziria resultados sistêmicos indesejáveis, eis que vigorou por décadas sem que fosse pronunciada a sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 — o que possibilitaria que todas as condenações baseadas em ações penais privadas fossem objeto de revisão criminal.

Assim, em uma solução *sui generis*, defendeu a incidência direta do próprio artigo 227 da Constituição da República⁴⁵² ao caso, a fim de impedir a total desproteção da criança, aliada “à vedação da proteção deficiente, que é específica manifestação do princípio da proporcionalidade em matéria penal”, o que paralisaria a incidência da lei na redação originária.

O posicionamento foi encampado pela maioria dos ministros⁴⁵³ e, especificamente quanto à proibição de insuficiência, consignou o ministro Gilmar Mendes que seria o caso de aplicar “essa ideia”, uma das facetas da proporcionalidade, especificamente em relação ao caso em concreto.

Nessa perspectiva, a interdição da insuficiência foi aplicada em um contexto de erro judiciário, que inadmitiu a iniciativa da vítima na persecução criminal. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que privilegiar o suposto autor do crime nesse caso, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público, desprotegeria a vítima, que outrora tinha buscado o Estado de forma acertada. Preocupou-se o STF, portanto, mais com a situação concreta da vítima e menos com a legalidade formal.

No que tange ao princípio da proibição do *défice*, mais uma vez foi utilizado sem rigor e, aqui, para legitimar um entendimento que destoou do oficial, atribuindo-lhe a função de “proteção” da vítima em matéria criminal a fim de evitar uma considerada injustiça operada por erro do próprio Judiciário.

⁴⁵¹ E sustentar uma não recepção do artigo 225 da sua redação anterior.

⁴⁵² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁵³ Com exceção dos ministros Teori Zavascki (relator), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (presidente), vencidos. O ministro Marco Aurélio, na oportunidade, consignou que, ao adotar um critério diferenciado para o caso concreto, partir-se-ia para o campo da exceção em termos da normatividade e atuaria o STF como se legislador fosse.

Veja-se, nesse sentido, que o ministro Luís Roberto Barroso expressamente indicou que o instrumento é a manifestação da proporcionalidade em âmbito penal, o que, apesar de corroborar a conclusão quanto à tendência, no Brasil, de estudar o instrumento em associação com a matéria criminal (como se corolário fosse de um garantismo positivo, na esteira de outros votos), é uma afirmação arriscada, pois olvida a proibição do excesso e o seu vasto campo de aplicação na seara penal, para syndicar ingerências do Estado no âmbito da liberdade dos indivíduos, e a aplicação da proibição do déficit para controle do agir estatal em âmbitos diversos, reconhecida pelo próprio ministro em decisões outras, na investigação citadas⁴⁵⁴.

5.3.12 RE 627.189: o respeito à liberdade de conformação do legislador⁴⁵⁵

A Corte se debruçou sobre a possibilidade de impor à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em razão de eventuais efeitos nocivos à saúde da população⁴⁵⁶.

Como o nível praticado estava em conformidade com a legislação promulgada no decorrer da tramitação do processo, também se concentrou o Tribunal em verificar se a lei⁴⁵⁷ observou o princípio da precaução e o direito fundamental a um meio ambiente saudável e equilibrado e considerou relevantes interesses jurídicos como a necessidade de uma adequada distribuição de energia elétrica ao consumidor e a preservação da saúde daqueles que residem em locais próximos às linhas de transmissão.

⁴⁵⁴ Como por exemplo o julgamento referente à licença adotante, de que foi relator.

⁴⁵⁵ RE 627189, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 479 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para o fim de se julgarem improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência, firmando a seguinte tese: “No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso.

⁴⁵⁶ Em vista da suposta correlação dos campos eletromagnéticos com doenças cardiovasculares, câncer, diabetes e outras. O acórdão recorrido acolheu o pedido do autor, ao fundamento de inexistir certeza científica acerca da existência de efeitos nocivos na exposição contínua de indivíduos à radiação eletromagnética de baixa frequência, motivo pelo qual deveria ser aplicado o princípio da precaução.

O dever de ação estatal emergiria do disposto no artigo 225, §1º, V, da CF, que estabelece ao poder público o dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

⁴⁵⁷ Lei 11.934/2009.

A normativa seguiu o estipulado pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante, em respeito às recomendações da Organização Mundial de Saúde. O autor, contudo, entendia que, por força do princípio da precaução,⁴⁵⁸ deveria ser aplicado outro patamar, como o vigente na Suíça, que melhor protegeria os direitos em causa.

O princípio da proibição da insuficiência foi mencionado pelo ministro relator Dias Toffoli como face do princípio da proporcionalidade, tal e qual a proibição do excesso, e que deveria ser entendido e aplicado “tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões”.

Entendeu o relator que a opção do Estado brasileiro não seria inconstitucional, eis que respeitava parâmetros internacionais e que “não foram violados os limites da legalidade, tendo sido observadas as normas de organização e de procedimento na proteção dos direitos fundamentais referidos”, e “tampouco se vislumbra violação dos pressupostos da motivação e da proporcionalidade”, de forma que haveria de se respeitar a decisão política.

Ao que interessa à temática, merecem destaque os seguintes pontos: embora o princípio tenha sido citado, como componente da proporcionalidade, não houve aprofundamento do exame; a decisão se contentou com a observância, pelas normativas, de padrões reconhecidos internacionalmente e privilegiou a opção política, prestigiando a liberdade de conformação do legislador.

O ministro Luís Roberto Barroso, que acompanhou o voto do relator, buscou identificar todos os princípios que entendia incidentes no caso (precaução, saúde, desenvolvimento regional e nacional), a fim de efetuar um juízo de ponderação, com o intuito de encontrar uma solução que restringisse apenas na medida indispensável o campo de abrangência de cada um dos princípios em conflitos. Entendeu, ao final, que a lei adotou a solução ótima.

Exame do voto do ministro Luís Roberto Barroso, que não cita expressamente a proibição da insuficiência, indica que ele comunga da teoria dos direitos fundamentais como princípios e do entendimento de que incumbe ao julgador ponderar os princípios envolvidos, de forma a encontrar uma solução ótima e, após, verificar se essa solução coincide com a adotada pelo legislador. Dessa forma, não há diferença entre o exame efetuado pelo Legislativo

⁴⁵⁸ Assim definiu o relator, ministro Dias Toffoli: O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

e pelo Judiciário, e a proibição da insuficiência tem pouco a acrescentar ao julgamento, pois tudo se resolve com a ponderação, como já explanado anteriormente.

Verifica-se, no entanto, que o ministro não apontou, sequer minimamente, como operou tal ponderação. Mencionou, apenas, que a conclusão respeitava o “núcleo duro” do princípio da precaução e protegia ao mesmo tempo a essência dos interesses econômicos e sociais da população regional ao assegurar a expansão do fornecimento de energia elétrica. Tratar-se-ia, pois, de um “caminho conciliatório” que atenderia de forma adequada os interesses conflitantes.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, também acompanhou o relator e concluiu⁴⁵⁹, de forma lacônica, que a legislação atenderia o “teste da ponderação, sob princípios da proporcionalidade, da necessidade, da adequação, de modo a equacionar a lide e permitir a harmonização entre os princípios aparentemente de conflito, precaução em matéria ambiental e legalidade”, o que também remeteria a uma ideia de harmonização, ainda que também não a tenha explicitado.

Importante indicar que o ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o relator, mas não se valeu do instrumento, mencionou que a Corte realizou exame e revisão dos fatos supostos ou pressupostos em que o legislador se baseou e, ao que tudo indica, concluiu que o controle realizado foi o de representatividade.

A solução pela Corte adotada, por maioria, privilegiou a opção legislativa, ainda que tenha a parte autora pleiteado a adesão à uma visão que melhor protegeria o direito à saúde, o que poderia indicar que a Corte tenha dela se afastado e optado por um controle de mínimos. No entanto, o próprio Luís Roberto Barroso⁴⁶⁰ tentou replicar a ponderação efetuada pelo legislador, embora sem elucidar o caminho percorrido, para concluir que a lei exprimiria a solução ótima, indicando convergência entre ponderação legislativa e jurisdicional, o que o afastaria tanto de um controle de evidência quanto de uma versão de proibição de proteção mínima.

Embora em discussão a suficiência da atuação estatal diante de um dever de proteção principalmente relacionado ao direito fundamental à saúde, justamente o contexto propício para utilização da proibição do déficit, o instrumento foi apenas citado, sem aprofundamento, desprezando-se, portanto, o seu potencial para auxiliar na tomada de decisão — que se baseou, para alguns ministros, em uma ponderação, embora não tenha restado muito esclarecida.

⁴⁵⁹ Ao transcrever argumento do Ministério Público Federal.

⁴⁶⁰ Também o Ministro Luiz Fux, embora de forma concisa.

5.3.13 A utilização do argumento por parte do ministro Luiz Fux

Nos anos de 2017 e 2018, principalmente, o ministro Luiz Fux foi o responsável por invocar de forma solitária a proibição de insuficiência em alguns feitos, que serão logo abaixo resumidos, no que interessa para a pesquisa⁴⁶¹.

No primeiro, questionava-se⁴⁶² o processo de tombamento do Centro Histórico de Manaus, que não teria observado alguns requisitos formais previstos em lei.

O ministro Luiz Fux, na condição de relator, ao manifestar-se sobre o recurso de agravo, entendeu que o decreto que disciplinava o tombamento⁴⁶³ como meio de proteção do patrimônio cultural brasileiro foi recepcionado pela Constituição e que a regulamentação seria necessária em atenção ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente da proibição de proteção deficiente, eis que “medida necessária à concretização da proteção constitucionalmente prevista”.

O instrumento não foi utilizado como critério para decidir a questão posta, apenas para evidenciar, aparentemente, que o decreto atendia (de forma satisfatória) um comando constitucional para agir, no sentido de regulamentar (dever de organização e procedimento) o tombamento, em conformidade com o artigo 216 da Constituição⁴⁶⁴.

Cabe indicar que, nessa oportunidade, o julgador mencionou que o legislador deve atuar pautado pelo propósito de assegurar a máxima efetividade da proteção constitucional, no afã de concretizar o direito fundamental correlato. Dessa forma, aparentemente, vinculou a suficiência à máxima efetividade, optando, portanto, por uma visão

⁴⁶¹ Embora tenha, em 2015, ao não conhecer um recurso, ou seja, inadmiti-lo, afirmado que a proibição de insuficiência, embora altamente relevante e protegida pela Constituição, possui sua aplicabilidade intermediada pela legislação ordinária – do que se conclui que não prestaria ao exame da legislação ordinária. No caso, questionava-se decisão que anulou investigações ao entendimento de que não teriam sido efetuadas em conformidade com a legislação. O recorrente buscava a reforma da decisão, ao argumento de que conferiu proteção insuficiente ao bem jurídico pelas investigações resguardados (ao que tudo indica, segurança da sociedade). RE 680967, julgado em 24/06/2015, publicado em DJe-125 DIVULG 26/06/2015 PUBLIC 29/06/2015.

⁴⁶² ACO 1966 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 24-11-2017 PUBLIC 27-11-2017.

⁴⁶³ Decreto-lei nº 25/1937.

⁴⁶⁴ Artigo 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...)

§5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

de proibição de insuficiência maximizada⁴⁶⁵, o que foi confirmado com o exame das outras decisões.

Posteriormente, passou a tratar da vedação do déficit como instrumento para auxiliar a correta interpretação, tanto da Constituição quanto da lei⁴⁶⁶.

Assim, em outro julgamento⁴⁶⁷, que discutia possibilidade de cobrança, por parte de universidades públicas, de mensalidades em curso de pós-graduação (especialização), diante do dispositivo da Constituição⁴⁶⁸ que consagra, como princípio, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, o julgador, ao acompanhar a corrente majoritária, asseverou que o direito social à educação deve ser interpretado em sua máxima efetividade e que a interpretação que conclui pela exclusividade de recursos públicos para a sua manutenção feriria a proporcionalidade em sua vertente da proibição de insuficiência, na medida em que esvaziaria o direito à educação.

Contextualizou a sua fala expondo a realidade das universidades públicas brasileiras, que estariam, em sua ótica, “sucateadas”, daí que a interpretação da Constituição que levaria ao financiamento exclusivo por meio de recursos públicos contribuiria para essa realidade. Para ele, ao se entender pelo financiamento público haveria, portanto, um esvaziamento da proteção constitucional conferida ao direito à educação, e a proibição de proteção insuficiente pautaria a extensão da obrigação positiva que pode ser do Estado exigida.

Vê-se que havia uma ação estatal dirigida à cobrança de mensalidades em cursos de especialização, impugnada com fulcro no artigo em exame. A análise deveria se pautar, em realidade, na constitucionalidade e na legitimidade da cobrança vista como uma restrição ao direito à educação.

No caso, entendeu a Corte, por maioria⁴⁶⁹, pela possibilidade de cobrança, amparada no raciocínio de que cursos de especialização não estariam abrangidos pela locução “ensino”, eis que de aperfeiçoamento ou de extensão universitária, não obrigatórios de serem proporcionados pelas universidades, para os quais, portanto, não seria vedada a instituição de mensalidades.

⁴⁶⁵ A decisão foi tomada por unanimidade, o que indica que, nesse caso, os demais ministros da Corte com ele concordaram.

⁴⁶⁶ A propósito, repete-se que, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, também a interpretação e a aplicação da lei conforme os direitos fundamentais lhes garantem proteção, razão pela qual não podem desprotegê-los ou conferir proteção insuficiente. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-72.

⁴⁶⁷ RE 597854, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 20-09-2017 PUBLIC 21-09-2017.

⁴⁶⁸ Artigo 206, IV.

⁴⁶⁹ Vencido o ministro Marco Aurélio.

Em outra discussão⁴⁷⁰, a Corte debateu a amplitude, à luz do disposto no artigo 243, parágrafo único, da CF⁴⁷¹, do perdimento de bem apreendido com autor de crime de tráfico de drogas, especificamente se o perdimento era automático ou dever-se-ia submeter a algum requisito, como a habitualidade do uso do bem na prática do crime.

O ministro Luiz Fux, relator do feito, entendeu que o artigo em questão estabelecia uma restrição constitucional direta ao direito à propriedade e que caberia interpretação literal do dispositivo, entendendo, portanto, legítimo o confisco de bem apreendido em decorrência do tráfico, sem sujeitá-lo a qualquer condição.

Referiu-se, em seu raciocínio, ao severo tratamento pela Constituição conferido ao tráfico de drogas, que consagrou um mandamento de criminalização, citando, a respeito do “arcabouço de criminalização”, como precedente, o HC 104.410, já examinado. Segundo ele, o tratamento previsto na Constituição deveria representar um norte interpretativo para o confisco, mormente quanto ao modo de proteção dos direitos fundamentais. Especificamente em relação ao tema, indicou que “uma interpretação contrária ao teor dos preceitos constitucionais vai de encontro à opção do constituinte em eleger o modo de concretizar a proteção da saúde pública” e representaria uma “violação do princípio da proibição da insuficiência ou da proteção deficiente”.

Dessa forma, nesse julgamento, o princípio teve por finalidade reforçar o entendimento do relator a guiar a interpretação do artigo questionado. Não havia, portanto, omissão. Presente, contudo, uma questão afeta a uma restrição em direito à propriedade.

⁴⁷⁰ RE 638491, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017.

A expressão constou da ementa: “(...) Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012”.

O Tribunal, apreciando o tema 647 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

⁴⁷¹ “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e revertido a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

Ainda, discutiu-se⁴⁷², em outro feito, o alcance da suspensão prevista no Código de Processo Civil⁴⁷³ relativamente aos processos de natureza penal cuja matéria tivesse sido objeto de repercussão geral reconhecida pela Corte, em especial quanto à suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva objeto das ações penais sobrestadas.

Contextualiza-se a problemática: submetido o recurso a julgamento no STF e reconhecida a repercussão geral, regra nova do Código de Processo Civil prevê que poderá o relator determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre a questão. Sendo a discussão de natureza penal, como no caso que ensejou a análise da questão de ordem, relativamente à constitucionalidade de contravenções penais, indagou-se se a prescrição para julgamento dos feitos é suspensa ou não, eis que não há na legislação regramento a respeito.

Entendeu por bem o relator Luiz Fux em conferir interpretação conforme a Constituição para o fim de se interpretar o artigo 116, I, do Código Penal (que impõe a suspensão da prescrição enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime), a fim de abarcar a hipótese da suspensão em virtude da repercussão geral. Fundamentou o seu posicionamento nos postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais, especificamente quanto ao artigo que trata da ação penal pública de legitimidade do Ministério Público⁴⁷⁴, e na proporcionalidade, na sua vertente da proibição de proteção deficiente, que vedaria que o Estado se omitisse na efetiva aplicação das sanções penais, declinando do seu dever de proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade tutelados pelo Direito Penal.

Assim, a ele, em última análise, a não suspensão da prescrição impediria o exercício regular da ação penal, fragilizaria a tutela penal do Estado e desprotegeria direitos fundamentais como a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, entre outros.

Para o relator, cujo posicionamento foi acolhido por maioria, se o legislador cria situações de proteção deficiente de direitos fundamentais, o intérprete pode intervir para formular regime jurídico de “melhor proteção”, extraindo-o diretamente de tais direitos, uma vez que, nos termos do artigo 5º, §1º, CF, a eficácia dos direitos fundamentais é direta e a sua aplicabilidade é imediata.

⁴⁷² RE-RG-QO 966177, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/06/2017, publicado em 01/02/2019, Tribunal Pleno.

A expressão constou da ementa: “(...) 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal (...)”.

⁴⁷³ 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil: Reconhecida a repercussão geral, o Relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

⁴⁷⁴ Artigo 129, I, CF.

O instrumento foi utilizado, portanto, para guiar a interpretação tanto do dispositivo do Código de Processo Civil quanto do Código de Processo Penal. E, mais uma vez, aderiu o ministro a um posicionamento mais amplo de proibição da insuficiência, ainda que para fins interpretativos, vinculando-a a uma “melhor proteção”.

Já em 2018, a Corte discutiu⁴⁷⁵ o entendimento conferido ao foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado⁴⁷⁶. Antes do julgamento, prevalecia o entendimento de que a regra era aplicada independentemente do crime praticado (ou seja, não se exigia nexo entre as funções assumidas e o delito) e do momento (abrangia os crimes perpetrados antes do mandato).

O ministro Luiz Fux novamente se valeu do princípio, ao argumentar que a proteção insuficiente poderia exsurgir nas ocasiões em que Estado demonstrasse desinteresse ou omissão na efetiva aplicação das sanções e declinasse do seu dever de proteger os bens jurídicos mais relevantes, tutelados pelo direito penal — e, aqui, vinculou a proteção suficiente à penal, como já tinha feito outras vezes. Reconheceu ser vedada ao legislador a elaboração de normas que proporcionassem proteção insuficiente.

Afirmou, na sequência, que a Corte deveria atentar para o clamor popular que associava a ampliação injustificada da prerrogativa de foro à impunidade, de forma a “adequar a interpretação constitucional à evolução do sentimento social e assegurar efetividade aos princípios constitucionais republicano e da proporcionalidade”.

Em outras palavras, reconheceu que o clamor social, ou seja, a concepção da sociedade que vincula o foro por prerrogativa à impunidade, representaria um comando para se corrigir a interpretação conferida à questão, de forma a justificar fossem os artigos da Constituição que estabelecem prerrogativas de foro a certos agentes interpretados restritivamente, reservando-os às hipóteses de crime praticado no exercício da função e preservando a vinculação da concomitância temporal entre o exercício da função e a prática do fato.

Para ele, então, a interpretação que prevalecia não protegia de forma suficiente direitos tutelados criminalmente, eis que a submissão do julgamento de qualquer crime

⁴⁷⁵ AP-QO 937, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/05/2018, publicado em 11/12/2018, Tribunal Pleno. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

⁴⁷⁶ Previsto no artigo 102, I, “b” e “c” da Constituição Federal.

praticado pelos agentes agraciados ao foro distinto não seria satisfatória do ponto de vista do dever de proteção.

Em todos os casos, a utilização do instrumento por parte do citado ministro foi de todo dispensável, haja vista representar nitidamente um reforço argumentativo em favor da tese por ele advogada. A despeito disso, constata-se a evidente adesão do ministro à uma concepção otimizada de proibição de suficiência.

5.3.14 ADI 5.501 e a “pílula do câncer”⁴⁷⁷

O feito ainda não teve o mérito julgado. Contudo, suspendeu-se, por maioria, cautelarmente, a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes com neoplasia maligna, a despeito da falta de testes clínicos que comprovassem a sua segurança e a sua eficácia e da ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

O argumento foi trazido pelo ministro Edson Fachin, vencido, no sentido de que a Anvisa não detinha competência privativa para autorizar a comercialização de toda e qualquer substância, pelo que não haveria impedimento à autorização, já que, no seu entendimento, poderia ser veiculada por lei. No entanto, para ele, a liberação e a comercialização de qualquer medicamento deveriam ser acompanhadas de medidas necessárias para garantir a proteção suficiente do direito à saúde, o que não teria ocorrido.

Alicerçado no entendimento doutrinário de Gilmar Mendes (que reproduziu em seus votos), tratou de um dever de proteção oriundo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a impor o respeito não só à proibição do excesso, mas também à proibição de insuficiência. Nesse sentido, para ele, a legislação não poderia autorizar a substância sem conferir proteção semelhante à da lei que disciplina a vigilância sanitária⁴⁷⁸ e das resoluções da ANVISA — e, em vista disso, extrai-se do argumento que a lei foi omissa ao não conferir tal proteção⁴⁷⁹, sendo inconstitucional, portanto, sob o prisma material. Não obstante, entendeu

⁴⁷⁷ ADI 5501 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento final desta ação, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que concediam a liminar para dar interpretação conforme.

⁴⁷⁸ Lei 6360/1976.

⁴⁷⁹ Além de, em sua visão, ofender o princípio da vedação do retrocesso. Contra o manejo do princípio em contexto de ordenamento jurídico que consagra direitos sociais fundamentais, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 398 ss.

que no caso de pacientes terminais a disponibilização seria possível, ainda que eventualmente arriscada e não havendo outra opção⁴⁸⁰.

No entanto, a Corte, por maioria, em cautelar, decidiu suspender o fornecimento do medicamento sem registro no órgão competente, para todas as pessoas.

A proibição de insuficiência, portanto, foi utilizada por parte do ministro Edson Fachin, sem que houvesse debate pelos pares. O ministro, contudo, não associou o seu entendimento a nenhuma das correntes listadas na primeira etapa do trabalho. No entanto, vê-se que concluiu pela insuficiência ao comparar a medida legislativa com outras, de forma a evidenciar que o tratamento não foi satisfatório.

5.3.15 As decisões que examinaram a permissão controlada do amianto

A questão da permissão controlada do amianto do tipo crisotila⁴⁸¹ foi objeto de inúmeras ações no Supremo Tribunal Federal.

A legislação federal⁴⁸² veda a extração, a industrialização, a comercialização e o transporte de amianto, com exceção do tipo crisotila⁴⁸³, que está sujeito a (i) normas de segurança, higiene e medicina do trabalho; (ii) programas de fiscalização, monitoramento e controle dos riscos de exposição; e (iii) observância de limites de tolerância.

Leis estaduais, na sequência, proibiram também a variedade crisotila.

⁴⁸⁰ Votando, nessa linha, pela interpretação conforme a Constituição da lei, a fim de que a substância seja ministrada apenas aos pacientes terminais, com fundamento na inexistência de outras opções de tratamento razoáveis e na autonomia da vontade do paciente. No entanto, veja-se que em realidade tentou corrigir a lei e não fixar uma interpretação que já existia.

⁴⁸¹ A título de esclarecimento, extraído do voto da min. Rosa Weber, o vocábulo amianto e asbesto designam comercialmente um grupo mineral formado por fibras de silicato que possui reconhecidas propriedades físicas de força, flexibilidade, alta capacidade de isolamento térmico, elétrico, acústico, além de resistência à degradação química, térmica e biológica. Classificam-se em dois grupos: anfíbios e serpentinas, de acordo com o formato das fibras. O amianto da variedade crisotila é o único tipo de asbesto no grupo mineral das serpentinas. O seu uso é variado: construção civil, indústria automotiva, indústria têxtil, isolantes térmicos, filtros, indústria química etc. O Brasil estava, na época dos julgamentos, entre os cinco maiores produtores mundiais.

⁴⁸² Lei 9.055/1995, em seu artigo 2º.

⁴⁸³ A Lei nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção do crisotila, vedando, quanto a essa espécie, apenas a pulverização e a venda a granel de fibras em pó. No artigo 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma por ela definida, com limitações. O artigo 3º prevê normas de segurança, higiene e medicina do trabalho. O artigo 4º estabelece que os órgãos de controle de segurança, higiene e medicina do trabalho desenvolverão programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle de riscos e as empresas que manipulam materiais contendo asbesto devem enviar diversas informações ao SUS. O artigo 8º prevê a edição de normas voltadas à segurança para os setores de fricção e têxtil que utilizam o amianto da variedade crisotila extensivas aos locais de comercialização; o artigo 10 prevê que o transporte do amianto é considerado de alto risco, sendo impostas medidas de salvaguarda em caso de acidente. Além da lei, outros diplomas também estabelecem restrições.

O Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a constitucionalidade da legislação federal e tratou do tema da investigação tanto em ação que a questionou diretamente⁴⁸⁴, quanto em ações que, ao revés, impugnaram a legislação estadual proibitiva — nestas, de forma incidental⁴⁸⁵.

Na ADI 4.066, a lei federal teve a inconstitucionalidade reconhecida pela maioria dos ministros, mas não se obteve a maioria absoluta dos votos para declará-la inconstitucional com eficácia vinculante. Nas demais ações, a inconstitucionalidade foi reconhecida de forma incidental e comunicada ao Senado Federal para os fins do artigo 52, X, da Constituição⁴⁸⁶.

A controvérsia em relação ao citado dispositivo legal envolvia os direitos à saúde⁴⁸⁷, ao meio ambiente equilibrado⁴⁸⁸, à proteção progressiva da saúde do trabalhador⁴⁸⁹; e, de outro lado, os direitos à livre iniciativa⁴⁹⁰, ao trabalho⁴⁹¹ e à concorrência⁴⁹² ⁴⁹³.

Audiência pública foi realizada no bojo da ADI 3.937, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello, oportunidade em que vários especialistas foram ouvidos a respeito do

⁴⁸⁴ ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

⁴⁸⁵ ADI 3937, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; ADI 3470, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019 (julgada em conjunto com ADI 3406); ADI 3357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; ADI 3356, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; ADPF 109, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

A proibição da proteção insuficiente constou da ementa do julgado nas ações ADI 3406, ADI 4066 e ADI 3470 “À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia”, de Relatoria da Min. Rosa Weber, e foi utilizada por vários ministros na fundamentação de seus votos.

⁴⁸⁶ Artigo 52: Compete privativamente ao Senado Federal X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁴⁸⁷ Artigo 196, CF.

⁴⁸⁸ Artigo 225, CF.

⁴⁸⁹ Artigo 7º, XXII, CF.

⁴⁹⁰ Artigo 1º, V, e artigo 5º, II, CF.

⁴⁹¹ Artigo 5º, XXII, CF.

⁴⁹² Artigo 170, II e IV, parágrafo único, CF.

⁴⁹³ Segundo o min. Marco Aurélio, também a separação de poderes e a democracia (especialmente em contextos de incerteza científica), que são considerados princípios formais para Alexy.

tema e relataram os impactos do mineral na saúde⁴⁹⁴, no meio ambiente⁴⁹⁵, e, em contrapartida, na economia se a exploração fosse pelo STF vedada⁴⁹⁶.

A seguir, os principais argumentos utilizados pelos julgadores referentes à temática serão indicados. Ressalta-se que, como as ações foram julgadas em curto espaço de tempo, senão em conjunto, alguns dos votos se repetem. Assim, sem ater-se a preciosismos, indicar-se-ão os fundamentos utilizados individualmente pelos ministros no que respeita ao tema em si, sem individualizar as ações e deixando de lado questões outras que foram discutidas nos julgamentos (como aquelas formais e atinentes ao influxo do direito internacional).

A ministra Rosa Weber, nos seus votos, assinalou que: a) não caberia ao STF decidir sobre a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila, tampouco sobre a viabilidade da sua exploração econômica segura, devendo a Corte adotar, como premissa empírica, o conhecimento científico estabelecido sobre a questão no momento do julgamento; b) o conhecimento atual permitiria identificar, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças em decorrência da exposição ao amianto⁴⁹⁷ e concluir que a sua substituição se mostrava absolutamente viável sob o aspecto econômico; c) a lei não protegeria adequada e suficientemente os direitos à saúde e ao meio ambiente, razão pela qual reconheceu uma inconstitucionalidade por proteção insuficiente, eis que, a partir de um juízo de proporcionalidade, verificou que a lei seria incapaz de aliviar satisfatoriamente os riscos aos direitos em questão; d) nenhuma outra medida que não a vedação mostrar-se-ia efetiva na proteção de tais direitos, o que implicaria dizer que a proibição total seria a única medida que

⁴⁹⁴ A título de exemplo, em relação aos impactos na saúde, a exposição amianto é um dos maiores fatores carcinogênicos ocupacionais, responsável por aproximadamente metade das mortes por câncer relacionadas ao trabalho – conforme Organização Mundial de Saúde; encontra-se no topo das substâncias cancerígenas, juntamente com os asbestos, a pílula anticoncepcional, o tratamento de reposição hormonal e a fumaça expelida pela queima de diesel nos motores a combustão – conforme Agência Internacional para a Pesquisa do Câncer (IARC); de acordo com o Ministério da Saúde, no Brasil o amianto é responsável por 1/3 dos cânceres ocupacionais. No Relatório “Chrysotile Asbestos”, publicado em 2014, a Organização Mundial da Saúde advertiu que o nível de tolerância ao amianto disciplinado pela legislação brasileira era um dos mais altos do mundo. Além disso, no mesmo estudo, a Organização considerou que o uso de tecnologias alternativas era plenamente viável, sobretudo para indústria da construção civil.

⁴⁹⁵ Como por exemplo os perigosos resíduos de amianto e a ausência de aterros aptos a tratá-los.

⁴⁹⁶ O Brasil estava, à época, entre os cinco maiores produtores mundiais de amianto. Conforme se indicou no julgamento: a vedação causaria aumento de dez pontos percentuais no custo do fibrocimento e o incremento dos custos para a construção civil; somente a indústria do setor de cloro empregava sessenta e sete mil pessoas; a área de fibrocimento com amianto gerava cento e setenta mil empregos diretos e indiretos; o acesso a cimento adequado seria um problema caso banido o amianto, haja vista a oferta insuficiente dos potenciais substitutos; além disso, causaria aumento no consumo de energia, no custo das matérias-primas e na volatilidade de preços, porquanto a produção do fibrocimento no Brasil dependeria fortemente de importações, sujeitas a problemas relacionados à taxa de câmbio e à flutuação do preço do petróleo.

⁴⁹⁷ Ressalta-se, quanto a isso, que representante do Ministério da Saúde em audiência pública recomendou a eliminação de qualquer forma de uso do amianto crisotila em todo o território nacional e afirmou que os especialistas indicaram que “todas as fibras de amianto apresentavam potencial cancerígeno”.

protegeria de forma suficiente tais direitos; e) convenções internacionais que têm status supralegais⁴⁹⁸ previam a revisão periódica da legislação de prevenção e de controle dos riscos à saúde oriundos da exposição ao amianto, à luz do desenvolvimento técnico e da atualização do conhecimento científico, a fim de procurar de todas as formas substituir as substâncias e os agentes cancerígenos e reduzir ao mínimo a geração de resíduos perigosos; f) a exploração do amianto fora banida em mais de cinquenta países, incluindo todos os pertencentes à União Europeia e, entre os países que a permitiam, a legislação federal brasileira adotaria um dos limites de exposição mais permissivos.

Embora tenha ela sustentado que o legislador não incorrera em omissão⁴⁹⁹, mas atuara de forma inconstitucional (inconstitucionalidade por ação, portanto), em realidade, as conclusões do voto apontaram para a existência de uma omissão parcial do legislador, que protegera de forma insuficiente os direitos citados.

O voto tem por premissa a inexistência de dúvidas quanto ao caráter nocivo do mineral, a recomendar a sua vedação, única medida, em seu entendimento, que protegeria de forma suficiente os direitos à saúde e ao meio ambiente. Depreende-se, pois, que entendeu não adequada a opção legislativa de permitir o mineral de forma controlada, do ponto de vista dos deveres de proteção aos direitos citados e da proibição da insuficiência.

Em sentido semelhante, o ministro Dias Toffoli, pese não mencionar a construção, asseverou que a lei passou por um processo de inconstitucionalização (para ele, inconstitucionalidade superveniente)⁵⁰⁰, em razão da alteração no substrato fático, pois as percepções não seriam as mesmas que tinham embasado a sua edição. Assim, em sua ótica, haveria consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma segura, bem como existiriam materiais alternativos para substituir a crisotila, de forma que deveria o legislador revisar a lei para banir progressivamente a utilização do asbesto. Teria deixado o legislador, portanto, de observar o dever de revisar a legislação⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Convenções nº 162 e 139 da OIT e Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989, pelo Brasil ratificadas.

⁴⁹⁹ E fê-lo, ao que tudo indica, por entender que a simples comunicação da omissão ao legislador para edição de nova lei não resolveria a situação.

⁵⁰⁰ Segundo J.J. Gomes Canotilho, há inconstitucionalidade superveniente quando uma nova norma constitucional (de uma nova constituição ou de uma lei de revisão constitucional) estabelece uma disciplina normativa assente em regras ou princípios contrários a leis anteriores, o que não seria o caso. No caso em exame, diferentemente, a norma constitucional é a mesma, a questão é que a lei não teria recebido a atualização devida. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1013.

⁵⁰¹ Reforçado pela Convenção 162 da OIT. A Convenção prevê a necessidade de revisão da legislação sempre que a o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram e determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável.

O ministro Edson Fachin, por sua vez, reconheceu a omissão parcial do legislador que não se manifestou sobre recentes avanços na temática do amianto e insuficientemente protegeu o direito à saúde, ao argumento de que, publicada a lei há mais de vinte anos, não houvera reexame, embora houvesse substitutos alternativos e viáveis economicamente e tenha a Organização Mundial de Saúde recomendado a diminuição dos limites relativos ao mineral. Manifestou-se no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao juízo técnico dos órgãos competentes, no entanto competir a ele examinar a forma como a decisão do legislador foi tomada.

O ministro Celso de Mello se valeu da construção para reconhecer que o legislador incorreu em omissão ao não dispensar tratamento adequado e proteção suficiente ao direito à saúde. No que tange ao direito ao meio ambiente, referiu que o princípio da precaução estabelece que mesmo que não houvesse certeza científica quanto à nocividade do uso do mineral a vedação seria medida impositiva⁵⁰².

Votaram também pela inconstitucionalidade da lei a ministra Cármen Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski, que reconheceram uma carência de proteção.

De outro lado, o ministro Marco Aurélio, vencido, também se valeu da construção, a que chama *princípio da proibição da concretização deficitária*, mas como supedâneo a sustentar que a proteção conferida aos bens em jogo ter-se-ia mostrado suficiente e adequada.

O seu voto partiu das seguintes premissas: a) o ordenamento jurídico como um todo conferiria proteção ao direito à saúde no que respeita à crisotila, eis que veda a pulverização e a venda a granel de fibras em pó e estabelece limitações a extração, industrialização, utilização e comercialização; b) várias outras substâncias permitidas pelo ordenamento representam riscos à saúde; c) a dificuldade de fiscalização concreta não seria razão suficiente para vedação e reprovava no teste da necessidade, que exige a adoção da medida menos gravosa entre as com similar eficácia; d) uma efetiva fiscalização das normas já existentes seria a melhor solução, a que “otimiza conflito entre o direito à proteção à saúde do trabalho e o desenvolvimento de atividades econômicas a ele nocivas”; e) partiu da premissa de que havia incerteza técnica quanto aos resultados futuros, tanto sociais quanto econômicos, e

Não se pode deixar de observar que, para Jorge Pereira da Silva, o princípio da proibição de defeito não se confunde com o princípio do caráter dinâmico da proteção; este, derivado do dever de proteção, guarda relação com o caráter *rebus sic stantibus* da conformidade constitucional de cada lei e impõe a atualização e evolução das medidas legislativas, a implicar no dever de correção e melhoramento de leis. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 576-577.

⁵⁰² Veja-se que o ministro retira do legislador qualquer margem de apreciação em havendo incertezas científicas quanto à nocividade do mineral, na contramão até mesmo da doutrina de Robert Alexy, como já visto.

que o banimento afetaria fortemente a economia brasileira e, valendo-se da teoria da discricionariedade de Alexy, defendeu que, no caso, a melhor postura seria a deferência à solução do legislador⁵⁰³; f) assim, em contextos de incerteza como o do caso, deteria o legislador legitimidade para tomar decisões⁵⁰⁴, e entendimento contrário paralisaria o Estado; g) não obstante, a questão da saúde do trabalhador deveria ser resolvida por meio de imposição de limites rígidos a exposição, fiscalização intensa e compensação por danos à saúde, mediante antecipação da aposentadoria e adicionais (“otimizando o conflito”); h) nada impediria que se impusessem padrões ainda mais elevados de proteção por parte do legislador, mas o simples banimento retiraria agentes econômicos relevantes do mercado, talvez maximizando o risco com a utilização de produtos ainda pouco testados e de disponibilidade limitada.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, reconheceu que o caso imporia uma contenção por parte do Judiciário, que deveria ser deferente ao Legislativo, pois diante de incertezas, privilegiando, portanto, a ponderação efetuada pelo legislador que, após examinar os critérios técnicos e jurídicos, teria sopesado a proteção à saúde e ao meio ambiente com outros valores igualmente relevantes, de que seria exemplo o princípio da livre iniciativa. Partiu, portanto, do entendimento de que não há certeza quanto aos aspectos técnicos que envolvem a questão e de um alegado controle de evidência por parte do Judiciário. Ao final, constatou que a lei não se mostrava, à evidência, insuficiente.

Na sequência, aplicou o que denomina “máxima da proporcionalidade”, ao sustentar que a lei promoveria a finalidade a que se propunha, proteção do meio ambiente e da saúde (adequação). A medida acomodaria os interesses colidentes, porquanto a permissão do uso da crisotila restringiria minimamente o direito à saúde e ao meio ambiente, ao tempo em que resguardaria a livre iniciativa dos produtores e comerciantes de amianto, revelando-se a menos gravosa (necessidade)⁵⁰⁵. Por fim, a declaração de inconstitucionalidade da norma implicaria mais prejuízos do que benefícios; mais ônus que bônus, visto que acarretaria manifestos prejuízos econômicos tanto aos produtores, comerciantes e exportadores de amianto quanto à própria economia nacional (teste da proporcionalidade em sentido estrito).

O ministro Gilmar Mendes externalizou alguns questionamentos e acabou por acompanhar a corrente minoritária. Segundo ele, em se reconhecendo a omissão, o Poder Judiciário deveria mencionar em que ponto a lei é omissa e como o Poder Legislativo poderia

⁵⁰³ No entanto, deixa de aplicar a lei da discricionariedade, apenas a lei da ponderação.

⁵⁰⁴ Cumpre ressaltar, a esse respeito, que rechaçou a teoria que sustenta que, diante de incerteza, a melhor solução é a que melhor protege os direitos fundamentais.

⁵⁰⁵ O ministro não estabeleceu nenhuma comparação com outras medidas.

colmatá-la. Da mesma forma, se reconhecida a falta de um dever de proteção, o dever que deixou de ser cumprido deveria ser sinalizado. Concluiu, no entanto, que tais providências não poderiam ser realizadas pela Corte no caso em apreciação. Argumentou, por fim, que nem sempre seria necessário ficar com a “maior proteção”, mas sim concluir que a lei oferece uma proteção suficiente.

Extrai-se, dessa passagem, que o ministro se afastou da concepção de proibição de insuficiência vinculada à medida ótima. Remanesce a crítica de que em casos outros, resolvidos com base na proibição do excesso ou em princípios diversos, o ministro teceu mais considerações a respeito da proibição de insuficiência do que no caso em comento, que tinha por objetivo sindicatar especificamente uma omissão parcial e a suficiência da atuação do Estado.

O ministro Alexandre de Moraes, ao seu turno, argumentou que o legislador escolheu uma das opções que lhe cabiam entre a permissão e a proibição total de todas as formas de amianto. Entendeu que não se ignoraram os estudos técnico-científicos, mas que o legislador efetuou uma ponderação e autorizou a crisotila com inúmeras restrições, reconhecendo, portanto, que é nociva à saúde. Entendeu razoável a opção legislativa e afirmou que o artigo 3º da lei permitiu a atualização da legislação. Defendeu, ao final, que a proteção suficiente não implicaria o banimento de todo e qualquer material nocivo à saúde humana.

Pois bem. A discussão subjacente a todas as ações citadas dizia respeito à suficiência da lei do ponto de vista da proteção do direito à saúde e do direito ao meio ambiente. É certo que em alguma delas se invocou o excesso na proibição da comercialização do mineral por parte das legislações municipais. Contudo, ainda assim, o juízo acerca da constitucionalidade dos dispositivos não poderia desprezar o exame da suficiência da lei federal que permitiu, com ressalvas, o amianto do tipo crisotila em território nacional. Importante, assim, a análise desses julgamentos, que envolviam uma pluralidade de direitos e deveres e, embora a avaliação de um suposto excesso do Estado estivesse em pauta em parte das ações, o exame da suficiência da lei federal constituía etapa necessária para a conclusão. Dessa forma, entende-se que a mera aplicação da proibição do excesso nos moldes tradicionais entregaria uma análise parcial da questão afeta aos julgadores.

Houve cisão por parte dos ministros e, embora a inconstitucionalidade da lei federal tenha sido reconhecida, foi sem efeitos vinculantes, diante da ausência de quórum específico, o que reforçou a dificuldade em se chegar a um consenso por parte dos escrutinadores e a complexidade da matéria.

Relevante citar que a lei não recebeu atualização desde que editada, e que o conhecimento científico evoluiu a respeito da questão. Esse foi o fundamento utilizado pelos

ministros Dias Toffoli e Edson Fachin para a declaração de inconstitucionalidade, embora tenham reconhecido competir ao Legislativo a tomada de decisão.

Afora isso, chama a atenção a diversidade de entendimentos. A ministra Rosa Weber entendeu que a vedação era a única medida que protegeria os direitos envolvidos, apesar de também defender não competir ao STF decidir sobre a segurança da exposição ao mineral — apenas, segundo ela, valer-se do conhecimento científico atual, pese tratar da necessidade de otimização dos direitos em conflito. Em sentido semelhante, o voto da ministra Cármen Lúcia e do ministro Ricardo Lewandowski.

O ministro Celso de Mello, por sua vez, indicou que em contextos de incerteza científica a vedação seria a única medida apta, suprimindo, portanto, qualquer discricionariedade legislativa.

Em sentido contrário, mas com alicerce em uma postura de deferência em relação às decisões legislativas, os votos dos ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes.

Afora isso, percebe-se que, conquanto tenham-se apoiado na deferência, essa apareceu como mero argumento teórico no voto do ministro Marco Aurélio, que examinou minuciosamente os índices e o impacto que o banimento provocaria na economia, além de recorrer à uma pretensa solução ótima, que envolveria a melhoria da fiscalização. Vê-se que, com espreque na doutrina de Alexy (apesar de não aplicar efetivamente a lei da discricionariedade, apenas mencioná-la), elegeu a melhor solução, indicando, contudo, incumbir ao legislador a tomada da decisão, o que representa um contrassenso, pois, se assim fosse, não caberia ao julgador indicar a solução ótima.

Da mesma forma, o voto do ministro Luiz Fux, que disse prestigiar a solução legislativa, mas que, ainda assim, a submeteu ao teste da proporcionalidade — e quanto a esse aspecto se deve mencionar que apenas compartilhou conclusões, mas não esclareceu o itinerário percorrido.

Ao final, aí sim aderindo a um controle de evidência, os votos dos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, que, conquanto não se tenham valido da proibição de insuficiência, prestaram deferência à solução legislativa, ao argumento de que a proteção devida aos direitos à saúde e ao meio ambiente fora satisfatória..

Diante de tais constatações, no que importa para o tema, percebeu-se a multiplicidade de posicionamento dos ministros em relação a uma questão realmente complexa: alguns apoiando-se em uma solução ótima, embora deferente, outros reconhecendo a

necessidade de invalidar a permissão condicionada do amianto à luz do conhecimento científico atual, havendo, ainda, quem defendesse a vedação absoluta em caso de incerteza.

No entanto, não houve qualquer aprofundamento das discussões com supedâneo na proibição de insuficiência, que foi lançada aqui e acolá, com o intuito de respaldar a conclusão oferecida, ainda que a questão discutida apresentasse terreno fértil ao seu desenvolvimento.

5.3.16 A decisão a respeito da regularização fundiária na Amazônia Legal⁵⁰⁶

A Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, questionando a conformidade ao texto constitucional de artigos da lei⁵⁰⁷ que trata da regularização fundiária das ocupações em terras situadas em áreas da União na Amazônia Legal.

O ministro relator, Edson Fachin, reconheceu uma omissão parcial do legislador em relação a artigo da lei⁵⁰⁸ que deixou de catalogar, entre as áreas não passíveis de alienação

⁵⁰⁶ ADI 4269, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

A expressão constou da ementa do julgado: “(...)AUSÊNCIA DE VISTORIA PRÉVIA NA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS DE ATÉ QUATRO MÓDULOS FISCAIS. PROTEÇÃO DEFICIENTE AO MEIO AMBIENTE SE DESACOMPANHADA DE MEIOS EFICAZES PARA FISCALIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE INGRESSO NO PROGRAMA TERRA LEGAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.”

Na parte conhecida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação para: i) que se confira ao artigo 4º, §2º, da Lei nº 11.952/2009 interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, a fim de afastar-se qualquer interpretação que permita a regularização fundiária das terras públicas ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de modo a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos; ii) que se confira interpretação conforme ao disposto no artigo 13 da Lei nº 11.952/2009, de modo a afastar quaisquer interpretações que concluam pela desnecessidade de fiscalização dos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais, devendo o ente federal utilizar-se de todos os meios referidos em suas informações para assegurar a devida proteção ambiental e a concretização dos propósitos da norma, para somente então ser possível a dispensa da vistoria prévia, como condição para a inclusão da propriedade no Programa de regularização fundiária de imóveis rurais de domínio público na Amazônia Legal. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que acompanhava o Relator quanto ao conhecimento da ação, mas, na parte conhecida, julgava-a improcedente, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, quanto à parte do voto do Relator referente ao art. 13 da Lei 11.952/2009, ao entender pela presunção iuris tantum da boa-fé da declaração do ocupante do imóvel, no que foi acompanhado, no ponto, pelo Ministro Gilmar Mendes.

⁵⁰⁷ Lei 11.952/2009.

⁵⁰⁸ Especificamente o artigo 4º, §2º, cuja redação, na época, previa que as terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais que façam uso coletivo da área serão regularizadas de acordo com as normas específicas, aplicando-se-lhes, no que couber, os dispositivos desta Lei.

Após o julgamento da ADIN, medida provisória (910/2009) foi editada atribuindo a seguinte redação ao dispositivo: “As terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais que façam uso coletivo da área serão regularizadas de acordo com normas específicas”. Constou, da exposição de motivos, o seguinte esclarecimento “A alteração prevista no § 2º do artigo 4º, busca apenas deixar clara a aplicação de norma específica nas hipóteses de terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.269, que estabeleceu de forma clara que as terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais que façam uso coletivo da área serão regularizadas de acordo com normas específicas.” No entanto, a decisão caminhou no sentido de que a

ou concessão de direito real de uso, as pertencentes a quilombolas e demais comunidades tradicionais⁵⁰⁹, cingindo-se a mencionar, quanto às comunidades, as ocupadas por populações indígenas⁵¹⁰, na contramão do disposto no artigo 216 do texto permanente da Constituição⁵¹¹ e do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵¹².

Daí a mostrar-se fraca, em sua ótica, a proteção conferida pelo artigo em questão, a demandar uma interpretação conforme a Constituição, de forma a assegurar, “em sua máxima efetividade”, a garantia dos direitos territoriais dessas comunidades, e afastar qualquer interpretação que permitisse a regularização fundiária de terras ocupadas por quilombolas ou outras comunidades tradicionais em nome de terceiros ou de forma a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos.

Nesse diapasão, entendeu-se que a lei ofertou proteção insuficiente a tais grupos sociais, cujas áreas na Amazônia não foram expressamente excluídas da possibilidade de alienação ou concessão de direito real de uso, eis que se limitou o legislador a remeter ao diploma de regência, o que poderia gerar dúvidas, uma vez que não suficientemente claro⁵¹³.

O argumento da proteção insuficiente foi invocado pelo mesmo ministro em relação a outro dispositivo da lei⁵¹⁴, que dispensava a vistoria prévia para regularização

lei deveria ter excluído expressamente as terras de tais comunidades à possibilidade de alienação ou concessão de uso, pelo que a nova redação, consoante o raciocínio da Corte, permanece insuficiente à proteção.

⁵⁰⁹ Que, segundo a lei, observariam a legislação de regência correspondente.

⁵¹⁰ E as “reservadas à administração militar federal e a outras finalidades de utilidade pública ou de interesse social a cargo da União”, “de florestas públicas, nos termos da Lei no 11.284, de 2 de março de 2006, de unidades de conservação ou que sejam objeto de processo administrativo voltado à criação de unidades de conservação, conforme regulamento; ou “que contenham acessões ou benfeitorias federais”.

⁵¹¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

II - os modos de criar, fazer e viver.

⁵¹² Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

⁵¹³ Mais uma vez, o que estava em exame era, em realidade, a constitucionalidade do tratamento diferenciado.

⁵¹⁴ Artigo 13, cuja redação, à época, previa que “os requisitos para a regularização fundiária dos imóveis de até 4 (quatro) módulos fiscais serão averiguados por meio de declaração do ocupante, sujeita a responsabilização nas esferas penal, administrativa e civil, dispensada a vistoria prévia. Parágrafo único. É facultado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário ou, se for o caso, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão determinar a realização de vistoria de fiscalização do imóvel rural na hipótese prevista no caput deste artigo.

Após o julgamento, o presidente da República editou Medida Provisória (910/2019) que conferiu ao dispositivo a seguinte redação: Art. 13. Os requisitos para a regularização fundiária de imóveis de até quinze módulos fiscais serão averiguados por meio de declaração do ocupante, sujeita à responsabilização penal, civil e administrativa.

§ 1º O processo administrativo de regularização da área será instruído pelo interessado ou pelo Incra com:

I - a planta e o memorial descritivo, assinados por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contidas as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel rural, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro;

II - o Cadastro Ambiental Rural - CAR;

III - as declarações do requerente e do seu cônjuge ou companheiro, sob as penas da lei, de que:

a) não sejam proprietários de outro imóvel rural em qualquer parte do território nacional e não tenham sido beneficiários de programa de reforma agrária ou de regularização fundiária rural;

fundiária de imóveis de até quatro módulos fiscais, condicionando-a à declaração do ocupante. Em sua ótica, repisou, constituiria dever do legislador assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, ao assim prever, conferiu proteção insuficiente ao meio ambiente⁵¹⁵.

Consignou que a tutela do direito se mostrou fragilizada com a dispensa de vistoria, a permitir a regularização apenas baseada na palavra da parte interessada. Não obstante, reconheceu, na esteira do argumentado pelo Estado, que a vistoria envolveria custos financeiros e profissionais, cuja falta ocasionaria a paralisação do programa. Assim, afastou a mera retirada da norma do ordenamento jurídico, providência requerida pela parte autora, diante do risco de retrocesso em relação à política pública.

Indicou, como ponto de equilíbrio entre a eficiência na fiscalização das pequenas propriedades e a proteção ao meio ambiente amazônico, a utilização, por parte da União, de medidas diversas por ela citadas, tão ou mais eficazes que a vistoria, e que consumiriam menos recursos, conferindo, portanto, interpretação conforme a Constituição⁵¹⁶ ao disposto no artigo, de modo a “afastar quaisquer interpretações que concluam pela desnecessidade de fiscalização dos pequenos imóveis, devendo o ente utilizar-se de todos os meios referidos nas informações, a fim de garantir a proteção ambiental adequada”.

b) exerçam ocupação e exploração direta, mansa e pacífica, por si ou por seus antecessores, anteriormente a 5 de maio de 2014;

c) pratiquem cultura efetiva;

d) não exerçam cargo ou emprego público: 1. no Ministério da Economia; 2. no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; 3. no Incra; ou 4. nos órgãos estaduais e distrital de terras;

e) não mantenham em sua propriedade trabalhadores em condições análogas às de escravos; e

f) o imóvel não se encontre sob embargo ambiental ou seja objeto de infração do órgão ambiental federal, estadual, distrital ou municipal; e

IV - a comprovação de prática de cultura efetiva, ocupação e exploração direta, mansa e pacífica, por si ou por seus antecessores, anteriores a 5 de maio de 2014, que poderá ser feita por meio de sensoriamento remoto.

§ 2º O Incra dispensará a realização da vistoria prévia de imóveis de até quinze módulos fiscais, sem prejuízo do poder fiscalizatório, após análise técnica dos documentos referidos no § 1º, se verificado o preenchimento dos requisitos estabelecidos por esta Lei.

§ 3º A realização de vistoria prévia será obrigatória nas seguintes hipóteses:

I - imóvel objeto de termo de embargo ou de infração ambiental, lavrado pelo órgão ambiental federal;

II - imóvel com indícios de fracionamento fraudulento da unidade econômica de exploração;

III - requerimento realizado por meio de procuração;

IV - conflito declarado ou registrado na Ouvidoria Agrária Nacional;

V - ausência de indícios de ocupação ou de exploração, anterior a 5 de maio de 2014, verificada por meio de técnicas de sensoriamento remoto;

VI - acima de quinze módulos fiscais; ou

VII - outras hipóteses estabelecidas em regulamento.

§ 4º A vistoria realizada na hipótese prevista no inciso I do § 3º verificará se o preenchimento de requisitos para a regularização fundiária decorreu de dano ambiental, situação em que o pedido será indeferido, exceto se o interessado tiver aderido ao Programa de Regularização Ambiental - PRA ou tiver celebrado termo de ajustamento de conduta ou instrumento similar com o órgão ambiental competente ou com o Ministério Público.

⁵¹⁵ Artigo 225 da CF.

⁵¹⁶ E, ao contrário da questão discutida anteriormente, em que se poderia indicar que o artigo suscitava dúvidas quanto à interpretação, neste caso houve deliberadamente a inserção de elementos na lei sob pretexto de interpretá-la.

Extrai-se, de sua análise, que associou a proibição de insuficiência à máxima efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, filiou-se à concepção que vê no manejo do instrumento uma forma de sindicatizar a realização ótima dos direitos. E, como se viu, conferiu interpretação aos dispositivos citados com esse intuito⁵¹⁷.

Não obstante tal conclusão, não é exagerado afirmar que a proibição de insuficiência foi citada com a finalidade de corroborar a conclusão por ele de pronto indicada, no sentido de que a lei não protegera de forma suficiente os direitos de propriedade dos quilombolas e outras comunidades tradicionais (pois remetia para a legislação específica a questão), e o próprio meio ambiente, ao dispensar vistoria para a regularização das pequenas áreas.

O ministro Luís Roberto Barroso também se referiu ao princípio, ao afirmar que, ao dispensar a vistoria, o Poder Público deveria ser obrigado a utilizar outros meios de fiscalização, adequados e suficientes, eis que, do contrário, ter-se-ia a proteção deficiente do meio ambiente. Assim, caminhou na linha do ministro relator.

Por fim, no tocante à primeira questão, de não exclusão das terras pertencentes a comunidades tradicionais e quilombolas, o ministro Luiz Fux entendeu existir uma discriminação sem justificativa, ou seja, arbitrária, ao argumento de que a Constituição protege as comunidades indígenas e quilombolas sob idêntico espectro, não havendo qualquer causa jurídica para níveis de proteção diferenciados entre ambas.

Para ele, então, a questão dizia respeito à (des)igualdade de tratamento, constitucionalmente desautorizada⁵¹⁸. Nesse sentido, asseverou que o legislador não poderia impor proteção a menor onde a Constituição determinou proteção em semelhante nível e reconheceu um déficit de proteção ao não igualar o tratamento. O seu voto, portanto, englobou tanto a igualdade quanto a proibição de insuficiência⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Novamente, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, também a interpretação e a aplicação da lei conforme os direitos fundamentais lhes garantem proteção, razão pela qual não podem desprotegê-los ou conferir proteção insuficiente. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-72.

⁵¹⁸ Para o ministro, a avaliação dependeria da satisfação de três critérios cumulativos: (i) a opção legislativa deve se justificar em interesse governamental comprovadamente necessário; (ii) a opção legislativa deve estar estritamente direcionada para o alcance desse interesse governamental declarado, não podendo ela abarcar aspectos nele não incluídos, muito menos deixar de abarcar aspectos que lhe são essenciais; e (iii) a opção legislativa deve adotar os instrumentos menos restritivos possíveis aos direitos fundamentais envolvidos.

⁵¹⁹ Foge ao escopo do presente estudo examinar as diferenças e aproximações entre a igualdade e a proibição da insuficiência e excesso. Sobre a relação entre elas, CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1091 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 90 ss.

Finalmente, nota-se que não houve demonstração do raciocínio percorrido para se chegar à constatação da insuficiência protetiva, pelo que, no caso, é correta a assunção de que o recurso foi utilizado como se dispensasse maiores esclarecimentos a respeito da conclusão⁵²⁰.

5.3.17 A proibição de insuficiência como puro reforço argumentativo

A despeito de já se terem sido citadas inúmeras decisões nas quais a proibição de insuficiência não ocupou papel de destaque, optou-se, alhures, em examiná-las de forma individualizada, pois adicionavam à pesquisa elementos que não podiam ser desconsiderados e mereciam registro específico, tais como, exemplificativamente, a estrutura tríplice a ela vinculada, o manejo do instrumento em sede de deveres de promoção, ou, ainda, adesão a uma determinada corrente, ainda que sem significativo desenvolvimento.

Nos casos a seguir, diferentemente, além de a proibição de insuficiência não ter contribuído para a tomada da decisão, pois lançada como argumento periférico e reforço argumentativo, a Corte não forneceu qualquer elemento adicional que pudesse sinalizar o seu posicionamento a respeito do instituto. No entanto, ainda assim os julgados não podem ser desconsiderados, já que houve emprego expresso do princípio por parte de algum ministro. Por esses motivos, compilam-se, neste tópico, algumas decisões nesse sentido, sem aprofundá-las.

Discutiu-se, no ano de 2009, a edição de súmula vinculante⁵²¹ para sedimentar dois entendimentos do STF: o primeiro, referente à inconstitucionalidade da vedação à progressão de pena a condenado pela prática de crime hediondo; o segundo, a respeito da faculdade de o juiz se valer de exame criminológico para aferição do requisito subjetivo exigido à progressão de regime de cumprimento de pena. Os debates culminaram na Súmula Vinculante n. 26.

⁵²⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129 e 130.

⁵²¹ PSV 30, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00001 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 440-446.

O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 26, nos seguintes termos: “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”.

A respeito da súmula vinculante, dispõe o art. 103-A da Constituição: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Especificamente quanto ao segundo entendimento, o ministro Gilmar Mendes se referiu à proibição de insuficiência ao fazer menção a posicionamento doutrinário⁵²² que indica que, no caso específico, seria possível, por interpretação judicial e por força do princípio da proibição do trato inadequado ou insuficiente, justificar que o juiz condicionasse a progressão ao exame criminológico em um caso revestido de gravidade.

Explica-se: nova lei⁵²³ não elencou como requisito para progressão do regime o exame criminológico antes previsto na lei de execução penal. Entretanto, sedimentou o Supremo Tribunal Federal a faculdade de o juiz determinar a sua realização, de forma fundamentada, com amparo na proibição de insuficiência.

A fala do ministro, breve, reportou-se à figura para justificar que a proibição do exame criminológico implicaria a proteção insuficiente de bens jurídicos pelas normas penais tutelados, sem outros esclarecimentos⁵²⁴. Os demais ministros cingiram-se a justificar a necessidade com base na ausência de revogação expressa e na importância para subsidiar o convencimento do juiz, a evidenciar que o instrumento não ocupou papel central e essencial nos debates⁵²⁵.

Em 2018, a proibição de insuficiência foi utilizada como argumento para se buscar a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei que alterou o Código Eleitoral⁵²⁶, especificamente quanto à exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições em caso de cassação do diploma e perda do mandato eleitoral. Asseverou o autor

⁵²² Por exemplo o de Ingo Sarlet e Luciano Feldens. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: Revista da Ajuris, ano XXXV, n. 109, Porto Alegre, p. 139-161, mai. 2008; FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 202-203.

⁵²³ Especificamente a lei 10.792/03.

⁵²⁴ Também se reportou brevemente ao instrumento ao julgar feito em que se discutia se a lei de crimes hediondos e equiparados (lei 8.072/1990) seria aplicável ao tráfico considerado privilegiado (artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006), o que refletiria, sobretudo, em limites temporais mais gravosos para os benefícios da execução de pena. Traçou o modelo de controle de constitucionalidade padrão, em que se insere a proibição de insuficiência; reconheceu a existência de um mandado constitucional de criminalização do tráfico e, a partir daí, examinou se o legislador teria margem para definir que conduta relacionada ao tráfico merece o carimbo de crime assemelhado a hediondo, concluindo que o tráfico tido por privilegiado foi retirado de tal categoria, em razão do tratamento conferido pela lei. HC 118533, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016.

⁵²⁵ Com a mesma conclusão, RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma “proibição de insuficiência” como controle de proporcionalidade das omissões? In: GORZONI, Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani de; VOJVODIC, Adriana (Orgs). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros: 2012, p. 329.

⁵²⁶ Especificamente o art. 4º da Lei nº 13.165, de 29.09.2015, que altera o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.07.1965), na parte em que incluiu os §§ 3º e 4º no seu art. 224. Os dispositivos impugnados estabelecem regras para novas eleições na hipótese de decisão judicial da Justiça Eleitoral, com trânsito em julgado, que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidatos eleitos em pleito majoritário.

que a espera pelo trânsito em julgado representaria restrição excessiva à Justiça Eleitoral, com reflexos negativos na coibição ao abuso de poder e à prática de ilícitos, bem como na proteção de valores como legitimidade, moralidade e probidade.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso, conferiu razão à parte autora, ao fundamento de que a exigência violaria a proporcionalidade, na dimensão referida, notadamente quanto (à proteção) aos valores e aos princípios constitucionais da democracia, da soberania popular e da prestação jurisdicional célere.

Os ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux também dela se valeram, o primeiro ao sustentar que o artigo “esvaziou o inteiro propósito da reforma política, visto que o trânsito em julgado dificilmente ocorrerá no período fixado para o mandato”, o que violaria a garantia fundamental da efetiva prestação jurisdicional e da celeridade. O último, por sua vez, indicou que a expressão “após o trânsito em julgado” feriria o princípio da proteção deficiente e outros consagrados na Constituição, notadamente da moralidade e legitimidade das eleições, dos quais se extraem deveres de proteção.

Assim, constata-se que, nesse caso, embora a parte autora tenha invocado o princípio, apenas três ministros dele trataram, de forma breve, sem aprofundá-lo ou efetivamente aplicá-lo ao caso em julgamento⁵²⁷.

Também em 2018, a Corte se debruçou sobre a impugnação de artigo de lei estadual⁵²⁸ que dispensava o licenciamento ambiental⁵²⁹ para as atividades agrossilvopastoris. O relator, ministro Alexandre de Moraes, entendeu que a legislação estadual não poderia dispensar o licenciamento, eis que a matéria seria de competência da União. Assim, o dispositivo seria inconstitucional sob o ponto de vista formal.

Agregou, a essa conclusão, outra, respectivamente à inconstitucionalidade do artigo sob o prisma material, ao entender que a dispensa de licenciamento em razão da natureza da atividade, independentemente de seu potencial de degradação, implicaria proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁵²⁷ ADI 5525, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 28-11-2019 PUBLIC 29-11-2019. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da locução "após o trânsito em julgado", prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, e para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 4º do mesmo artigo, de modo a afastar do seu âmbito de incidência as situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, bem como no de Senador da República. Vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto.

⁵²⁸ O artigo 10 da Lei 2713/2013 - Tocantins.

⁵²⁹ Que pode ser definido como o instrumento de controle por parte do Poder Público de atividades potencialmente poluidoras.

Extrai-se, portanto, que, mais uma vez, não houve aplicação em concreto da proibição da insuficiência, utilizada apenas como reforço argumentativo, sem maiores considerações, à já reconhecida inconstitucionalidade sob o aspecto formal, concernente à divisão de competências. Não bastasse, não recebeu a questão qualquer aprofundamento: a proibição de insuficiência foi adicionada à conclusão, sem que houvesse demonstração do raciocínio lógico percorrido. O voto do ministro foi acompanhado à unanimidade⁵³⁰.

Por fim, em 2019, alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente foram questionados⁵³¹, mormente: (i) os que consagram o direito de ir e vir e consideram crime a apreensão de pessoa menor de idade (criança ou adolescente) fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de busca e apreensão⁵³², que, na ótica do autor, violariam o devido processo legal (de que decorre a proporcionalidade) e a proteção integral, pois impediriam o recolhimento de crianças fora dessas hipóteses⁵³³; (ii) os que cominam medidas protetivas como sanção a atos infracionais praticados por crianças e tratam do atendimento à criança infratora por Conselho Tutelar⁵³⁴, ao fundamento de que violariam a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CF); por fim, (iii), o artigo 122, II e III, em razão de violar a proporcionalidade, ao exigir, para aplicação da medida de internação, a reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas. No entendimento do autor, a disciplina legal seria insuficiente à proteção dos infantes.

A questão subjacente à impugnação dizia respeito à possibilidade de conferir tratamento mais gravoso às crianças e aos adolescentes que praticam atos infracionais (pois a lei estabelece como consequência da prática de uma infração por parte de uma criança a imposição unicamente de medida protetiva e não socioeducativa, reservada aos adolescentes⁵³⁵; além disso, dispõe que a internação, em caso de cometimento de ato infracional por parte do adolescente, medida mais gravosa, só pode ser aplicada se reiterada a prática ou diante de

⁵³⁰ ADI 5312, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 08-02-2019 PUBLIC 11-02-2019.

A expressão constou da ementa: (...)A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental.

⁵³¹ ADI 3446, julgada pelo Tribunal Pleno em 08 de agosto de 2019. Relator: ministro Gilmar Mendes. O acórdão ainda não foi publicado. Os votos orais podem ser acessados em:

<https://www.youtube.com/watch?v=116idQIGosw&list=PLippyY19Z47veHcXAxt78gvjM5Nq60nWY> e <https://www.youtube.com/watch?v=g9nEw5jiivg&list=PLippyY19Z47veHcXAxt78gvjM5Nq60nWY&index=3>

⁵³² Os artigos 16, I e 230.

⁵³³ Autorizando que permaneçam na “sarjeta” (artigo 5º, LV, e artigo 227, CF).

⁵³⁴ Artigos 105, 136 e 138.

⁵³⁵ Artigo 2º da Lei 8.069/90: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

descumprimento injustificado de medidas mais brandas) e autorizar ao Poder Público a restrição da liberdade de ir e vir dos infantes para além das hipóteses legais, o que era viável na lei anterior, que previa um poder geral de cerceamento da liberdade de infantes em “situação irregular”.

A menção ao instituto foi efetivada pelo ministro Gilmar Mendes, relator, ao dispor acerca do artigo 230 do Estatuto da Criança e Adolescente⁵³⁶. Para tanto, reproduziu o voto proferido na ADI 3.112, especificamente quanto à proporcionalidade e suas duas facetas e à respectiva estrutura tríplice atribuída à proibição da proteção insuficiente. Acrescentou à construção exemplos de controle de constitucionalidade de leis penais nos Estados Unidos e na Colômbia, quanto aos graus de intensidade da fiscalização. E, em relação ao tipo penal sobredito, sustentou não existir inconstitucionalidade à luz do mandado de criminalização previsto no artigo 227, §4º, da Constituição, que impõe ao legislador o dever de punir severamente os atos de violência praticados contra crianças e adolescentes⁵³⁷.

Mencionou a esse respeito que salta aos olhos que o dispositivo impugnado é sancionado com uma pena baixa, o que o enquadra como infração de menor potencial ofensivo, aproximando-se “mais da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) que da inconstitucionalidade por excesso de criminalização”, pelo autor arguida. O argumento se apresenta como *obiter dictum*, ou seja, comentário secundário, prescindível para o deslinde do feito, eis que o ministro se ocupava, naquele momento, de averiguar eventual excesso por parte do legislador na tipificação da conduta.

Após, o ministro Celso de Mello, ao final do seu voto, a título de desfecho, sem que tenha ao instrumento se referido previamente, ressaltou que o eventual acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade por parte da Corte “representaria uma clara transgressão ao princípio da proporcionalidade examinado na dimensão em que se proíbe a proteção insuficiente, que é uma das duas dimensões em que se desenvolve o postulado”. Em outras palavras, a pretensão do autor, se acolhida, implicaria em proteção insuficiente dos infantes, que poderiam ter sua liberdade restringida para além das hipóteses legais, tanto em virtude do cometimento de ato infracional quanto em razão de estarem em situação de rua ou irregular.

⁵³⁶ Artigo 230 da Lei 8.069/1990: Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

⁵³⁷ Que dispõe que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Vê-se, portanto, que também não houve aplicação concreta do instrumento ao caso em tela, embora a parte autora tenha sustentado que os dispositivos impugnados conferiam proteção insuficiente aos menores⁵³⁸.

Logo, nos casos citados, a proibição de insuficiência não auxiliou na tomada da decisão, mas foi a ela acrescentada sem discussões e sem indicar de fato o que a Corte entende por proibição de insuficiência, como se o conceito fosse uníssono — e já se viu que não há qualquer uniformidade em sua aplicação pelo tribunal.

5.3.18 Em 2019: deferência ou não deferência?

No início do presente capítulo, apresentou-se julgado que foi referenciado como embrião da proibição da insuficiência, em que, apesar de ter sido reconhecida uma omissão parcial em relação a um direito tido por social, a Corte concluiu que descabia ao Poder Judiciário se substituir ao legislador, competindo-lhe, apenas, cientificar o poder competente da mora, para que adotasse as providências cabíveis, em observância, segundo se consignou, à separação de poderes. Na ocasião, questionou-se se tal postura seria pelo Tribunal mantida.

Em 2019, questões que esbarravam de alguma forma na repartição de competências foram submetidas a julgamento por parte da Corte e o argumento da proibição de insuficiência fez parte do raciocínio decisório por parte de alguns ministros.

Em discussão estavam o decreto presidencial que concedeu indulto e comutou penas de alguns crimes, uma pretensa omissão do Estado na criminalização de condutas homofóbicas ou transfóbicas, e a execução provisória da pena. Em dois dos casos, embora tenha havido votos em sentido diversos, a postura da Corte foi, ao final, de deferência em relação à escolha proveniente do outro poder. No entanto, em relação à omissão quanto à criminalização, adotou-se comportamento oposto, conforme se verá.

⁵³⁸ Registra-se, também, que o ministro Luiz Fux aparentemente confunde o princípio que proíbe a insuficiência com o princípio da vedação do retrocesso, ao mencionar que “a lei que visa à proteção nem pode incidir na proibição do retrocesso nem na proibição do excesso”.

5.3.18.1 O indulto natalino de 2017 ⁵³⁹

Tentou-se, nessa ação, com supedâneo na proibição de insuficiência, invalidar alguns artigos do Decreto Presidencial de 2017⁵⁴⁰, que concedeu indulto (perdão da pena) e comutou penas, ao argumento de que promoveram a impunidade, eis que favoreceram, pelo excesso de leniência, de forma demasiada os condenados, mormente de crimes relativos à corrupção⁵⁴¹. Os dispositivos chegaram a ser suspensos cautelarmente, pela presidente da Corte na época, ministra Cármen Lúcia, e, depois, pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, que confirmou em parte a primeira decisão, por entendê-los insuficientes para a proteção da sociedade (e ao interesse público), eis que muito benéficos aos acusados/condenados.

O Plenário, contudo, posteriormente, por maioria, não acolheu a pretensão do autor, mantendo válido, portanto, o decreto.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso, vencido, catalogou a proibição de insuficiência como vertente da proporcionalidade, segundo a qual “as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas, justificando-se, portanto, a atuação corretiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁵³⁹ ADI 5.874. O Tribunal, por maioria, não referendou a cautelar, revogando-a, e julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, vencidos os ministros Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Em seguida, julgou prejudicada a questão de ordem. Presidência do ministro Dias Toffoli. Plenário, 09.05.2019. O julgamento não foi publicado. O acesso aos votos se deu na página do STF no site Youtube, por meio dos seguintes sites eletrônicos: https://www.youtube.com/watch?v=gU_owSWM7UE&list=PLippyY19Z47sjyFz717Wq4uHF18qQ5pz-&index=1
https://www.youtube.com/watch?v=WIX77Ll_xSc&index=2&list=PLippyY19Z47uMeZFKWgzZt_6YbWTrAhs
https://www.youtube.com/watch?v=CRFBWE2crZI&list=PLippyY19Z47uMeZFKWgzZt_6YbWTrAhs&index=1
<https://www.youtube.com/watch?v=8gfDuw1ecss&list=PLippyY19Z47vXKcVNTWTAVZOUS9PdGpj1>
<https://www.youtube.com/watch?v=6Xh5a-ZGzdQ&index=2&list=PLippyY19Z47vXKcVNTWTAVZOUS9PdGpj1>
<https://www.youtube.com/watch?v=cQMSss9JOuM&list=PLippyY19Z47uYfUzIt36NlzTrSO41cxQJ>

O Tribunal, por maioria, não referendou a cautelar, revogando-a, e julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, vencidos os ministros Roberto Barroso (relator), Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

⁵⁴⁰ Decreto 9246/2017. Foram impugnados dispositivos que permitem a concessão de indulto (i) mediante o cumprimento de um quinto da pena nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência; (ii) mediante o cumprimento de um sexto da pena, diante da situação especial das pessoas que especifica; (iii) a condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal; (iv) para a pena de multa; e (v) a presos que não foram julgados em definitivo.

⁵⁴¹ Em realidade, alegou-se, na petição inicial, que o Decreto seria causa única e precípua de impunidade de crimes graves, como aqueles apurados no âmbito da “Operação Lava Jato” e de outras operações contra a corrupção sistêmica, além de investigações de grande porte ocorridas nestes últimos anos.

Para ele, a proteção de bens jurídicos é efetivada pela criação e pela aplicação de normas que punam condutas que os violem, que deverão, por conta disso, ser suficientes. Concluiu que viola o princípio “um decreto do Presidente da República que veicula política pública capaz de frustrar a efetividade mínima do sistema penal”.

Defendeu a prolação de uma decisão intermediária substitutiva, a fim de evitar a nulidade do decreto, por “imperativo de justiça e racionalidade”, inserindo, no ato normativo, norma extraída dos princípios ou fruto de analogia — adotou como parâmetro o histórico dos decretos de indulto e as balizas da liberdade condicional⁵⁴².

A solução, em que reconhece que o STF atuaria como legislador positivo, seria, a seu ver, excepcional, e o caso justificá-la-ia para que não se privassem pessoas que fazem jus ao benefício (que cometeram crimes menos graves) de serem com ele agraciadas (a decisão de nulidade impediria).

A solução por ele apontada, não adotada pela Corte, foi alvo de várias críticas, que indicaram uma tentativa de editar novo decreto, fazendo as vezes de presidente da República, por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição, não adequada⁵⁴³. Afora isso, especificamente quanto à proibição de insuficiência, a menção foi igualmente censurada, eis que o instrumento “exige efetiva demonstração e, por óbvio, possui limitações muito específicas, não permitindo que o judiciário se substitua ao legislativo (no caso, ao executivo) quando ela, efetivamente, for constatada”⁵⁴⁴. Apontou-se que não houve indicação

⁵⁴² Propôs o ministro: i) excluir do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

(ii) determinar que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do §1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017;

(iii) declarar a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, por violação ao princípio da moralidade, ao princípio da separação de poderes e desviar-se das finalidades do instituto do indulto, ressalvadas as hipóteses de (a) extrema carência material do apenado (que sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministério da Fazenda).

⁵⁴³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 379 e 394 ss. O autor aponta que não houve “aderência à moldura semântica dos dispositivos submetidos a controle de constitucionalidade”.

⁵⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

precisa acerca do mínimo de reprimenda exigido para oferecer proteção suficiente aos bens jurídicos penais, razão pela qual a proibição de insuficiência não ofereceria um referencial teórico seguro para afirmar a inconstitucionalidade do decreto⁵⁴⁵.

Por último, o ministro Luiz Fux também mencionou a figura da vedação da proteção deficiente, enquadrando-a, da mesma forma, como dimensão da proporcionalidade, indicando que o decreto praticamente nulificou a atuação do direito penal no combate à corrupção, sem outras considerações.

Chama a atenção que a proibição da insuficiência foi elencada como argumento pelo autor, a justificar a invalidação do decreto. No entanto, nenhum dos ministros que julgou a ação impropriedade dela se valeu, ainda que para refutá-la. E, na esteira dos casos precedentes, como anotou crítica mencionada, os ministros que dela se valeram não indicaram o patamar acima do qual a atuação do Estado seria suficiente, ou seja, não justificaram por que a reprimenda foi insuficiente; ao contrário, novamente lançaram o argumento para reforçar uma conclusão já tomada, que não foi acolhida pela maioria dos votantes.

5.3.18.2 A criminalização da homofobia⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 379 e 394 ss.

⁵⁴⁶ ADO 26 e MI 4.733, julgados em conjunto pelo Tribunal Pleno em 13 de junho de 2019. Relator: Ministro Celso de Mello. O acórdão ainda não foi publicado. Os votos orais podem ser acessados em: https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4&list=PLippyY19Z47szWm_5bgqQJA0n-EAV5GF3
https://www.youtube.com/watch?v=fgqcnP4CCLY&list=PLippyY19Z47szWm_5bgqQJA0n-EAV5GF3&index=2
https://www.youtube.com/watch?v=o_0dl0ZxZjE&list=PLippyY19Z47uKdE_txyLPRcHybdNgXSOb
https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&list=PLippyY19Z47uKdE_txyLPRcHybdNgXSOb&index=2
<https://www.youtube.com/watch?v=omDvfSpq5to&list=PLippyY19Z47tyKQ0DpTEDu3tHpfGsjI38&index=4>
<https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=3s>

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros

Em debate estava uma pretensa omissão do legislador em criminalizar o delito de homofobia/transfobia, cujo comando para a ação estatal seria extraído do artigo 5º, incisos XLI e XVII, da Constituição, que estabelece, de um lado, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e, de outro, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, omissão que estaria a autorizar a sujeição da comunidade LGBT⁵⁴⁷ a graves ofensas contra os seus direitos fundamentais ao torná-la vítima de práticas criminosas que têm por motivação ódio homofóbico e/ou transfóbico.

O pedido foi muito além do reconhecimento do estado de mora do Congresso Nacional e da respectiva comunicação da decisão para adoção de providências: pleiteou-se, adicionalmente, a colmatação da lacuna normativa, conferindo-se interpretação conforme a Constituição às disposições normativas previstas na lei que tipifica crimes de “racismo”, de forma a compreender, em tais preceitos, os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero⁵⁴⁸.

De forma subsidiária, requereu-se a tipificação, por decisão judicial, das condutas atentatórias aos direitos e às liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo-se, igualmente, a respectiva pena⁵⁴⁹.

A maior parte dos votantes reconheceu a omissão parcial do legislador que, ao tipificar as práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, deixou de criminalizar de forma específica os atos homofóbicos ou transfóbicos. Adotou-se, como solução, a partir de interpretação conforme a Constituição, que, até que sobrevenha lei criminalizando especificamente as condutas homofóbicas e transfóbicas, essas se ajustam, por “identidade de razão e mediante adequação típica” e por “traduzirem

Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

⁵⁴⁷ Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

⁵⁴⁸ Tal pedido foi amparado na decisão do HC 82.424 (caso Ellwanger), em que o STF conferiu ao conceito de raça um conteúdo político-social, ao partir da premissa de que não haveria diferenças biológicas entre os homens e entendeu, em consequência, que a definição jurídica de racismo não se resumiria a um conceito antropológico ou biológico, e, ao final, decidiu pela existência de crime de racismo em publicações antissemíticas. Asseverou que as práticas homofóbicas ou transfóbicas importam em segregação que inferiorizam os seus membros, e o legislador, ao dispensar tutela penal às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional teria realizado de maneira incompleta o mandamento constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Constituição.

⁵⁴⁹ Além disso, formulou-se pleito indenizatório, no entanto, tal pedido foi de pronto afastado, por ser incompatível com as ações ajuizadas.

expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social”, à lei 7.716/1989⁵⁵⁰. Acolheu-se, portanto, o pleito principal.

Para tanto, entendeu a maioria, na esteira da decisão tida como precedente, que o conceito de racismo projetar-se-ia para além de aspectos biológicos ou fenotípicos, a resultar de uma “construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade” de grupos minoritários e vulneráveis.

No que importa para a presente pesquisa, o voto do relator, ministro Celso de Mello, lançou mão da proibição da insuficiência, entre outros argumentos, e foi chancelado pela maior parte dos ministros, ainda que cada um tenha realizado exposição e valido-se de argumentos próprios.

A corrente vencedora, sob a ótica do estudo em questão, pode ser sintetizada da forma que segue⁵⁵¹.

Reconheceu-se, na Constituição, um comando voltado ao legislador (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) que impõe a criminalização de condutas discriminatórias, entre as quais as dirigidas à orientação sexual ou à identidade de gênero⁵⁵², isto é, extraiu-se do dispositivo um dever de proteção ao direito ao autodesenvolvimento⁵⁵³, que deveria ter necessariamente natureza penal.

Aludiu o relator ao julgamento do HC 104.410 (já examinado), em que a Corte reconheceu a existência de deveres de proteção extraídos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, em alguns casos, concitam o legislador a elaborar normas de natureza penal⁵⁵⁴ para proteger as liberdades fundamentais contra injustas agressões de terceiros, os chamados “mandados de criminalização”, de que são exemplos os incisos XLI e XLII do artigo 5º, mencionados anteriormente.

⁵⁵⁰ E constituiriam, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

⁵⁵¹ Não se teve a pretensão de tecer considerações de forma individualizada sobre os votos dos ministros (que sequer foram publicados). Sintetizou-se, na sequência, o entendimento dos julgadores que manearam o instrumento.

⁵⁵² Como se refere o ministro Ricardo Lewandowski.

⁵⁵³ Ou livre desenvolvimento da personalidade, segundo invocou o ministro Gilmar Mendes, que compreenderia a orientação sexual e a identidade de gênero.

⁵⁵⁴ O ministro Alexandre de Moraes consignou a impossibilidade de o legislador entender de forma diversa, e isso em razão da posição tópica do dispositivo, situado na parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º e, mais do que isso, a partir do exame do próprio atuar do Legislativo (padrão protetivo) que, diante de comandos semelhantes, tipificou criminalmente condutas atentatórias a direitos.

Invocaram-se, também, a doutrina que trata do princípio da proibição de insuficiência⁵⁵⁵ em sede penal e o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3.112 (também já examinado) para concluir que a inércia do legislador em atender aos comandos de criminalização infringe “o princípio que veda a proteção deficiente”⁵⁵⁶, ao fundamento de que há mais de trinta anos o legislador se mantém omissos, embora existam projetos de lei acerca da matéria, cuja tramitação, segundo se apontou, sofre diversos embaraços. Em contrapartida, os integrantes da comunidade LGBT são vítimas de inúmeros delitos, consoante demonstraram os dados em sessão citados, que consubstanciam um quadro reiterado de violações de direitos individuais⁵⁵⁷.

Repare-se que o instrumento não foi utilizado para verificar se houve omissão e, existente, se ela seria inconstitucional⁵⁵⁸. Em itinerário aparentemente inverso, indicou-se o comando constitucional que impele o legislador a agir e configura um dever impositivo de proteção e mandamento de criminalização. Reconheceu-se, na ausência de atuação quanto às condutas discriminatórias específicas, uma omissão, que, por sua vez, afrontou o postulado que proíbe a deficiência⁵⁵⁹.

Não se consegue extrair função alguma da proibição da insuficiência, já que não lhe conferiram utilidade quer para verificar a existência de omissão (a omissão preexiste), quer para adjetivá-la como inconstitucional.

A conclusão gira em torno da omissão parcial do legislador, que teria atuado de forma seletiva, incriminando, apenas, as condutas resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No entanto, rechaçou-se a possibilidade de tipificar o crime em questão, sob pena de desempenho de função ao Judiciário estranha (legislativa) e afronta à separação de poderes e à necessidade de reserva de lei absoluta em matéria penal⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Argumento utilizado pela parte autora.

⁵⁵⁶ Para o ministro Fachin: “o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual esta Corte tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional.” Para ele, aliada à falta de norma está a ofensa ao direito à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.

⁵⁵⁷ Concluiu o ministro Gilmar Mendes: “a realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.”

⁵⁵⁸ Sobre a função do princípio, NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 173.

⁵⁵⁹ E aqui se está a referir ao raciocínio do ministro relator, Celso de Mello.

⁵⁶⁰ Conforme se extrai, principalmente, do voto do relator, ministro Celso de Mello, e do ministro Alexandre de Moraes.

Assim, quer-se fazer crer que não houve ofensa à separação de poderes, eis que a decisão ter-se-ia limitado a interpretar de forma evolutiva o dispositivo legal que criminaliza o racismo, o que culminou em uma espécie de elastecimento dos preceitos — haveria afronta, ao revés, se houvesse a tipificação por parte da Corte.

Embora se possa até cogitar que o Tribunal tenha adotado uma solução intermediária, ao negar-se a criminalizar a conduta, algumas questões não passam despercebidas.

A primeira delas diz respeito à pertinência da técnica decisória manejada pelo Tribunal denominada “interpretação conforme a Constituição”⁵⁶¹, que tem por pressuposto a polissemia de sentidos de um ato⁵⁶². A questão é se ela subjaz em relação à lei em referência à diversidade de entendimentos que autoriza a adoção da técnica.

É questionável que a Lei 7.716/1989, ao dispor que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, seja permeável a várias interpretações, a autorizar o manejo da referida técnica decisória.

Para além de tal questão, não se pode perder de vista que a decisão envolveu matéria criminal, sujeita ao princípio da legalidade, muito embora tenha o ministro Celso de Mello asseverado que a sua conclusão não importava em analogia, vedada, mas em “subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente”⁵⁶³.

O ministro Marco Aurélio de Mello, que votou pela improcedência do pleito, vencido, registrou crítica que merece reprodução, ao pontuar que a solução da Corte não foi

⁵⁶¹ No caso, o relator, seguido pela maioria dos ministros, deu “interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.”

⁵⁶² Para Canotilho: “a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição”, sendo um meio de o tribunal neutralizar “violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 958 e 959.

⁵⁶³ Negou o ministro Celso de Mello a natureza aditiva da decisão, forte de que apenas interpretou os dispositivos; o ministro Gilmar Mendes, por outro lado, reconheceu a postura aditiva, mas a viu como necessária: “a postura do Tribunal em precedentes históricos tem sido justamente avessa à tese de escusabilidade da deficiência de proteção por conta da inação do Poder Legislativo nessa matéria”.

lógica, eis que ou se declarava eventual mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia ou se reconhecia que a homofobia e a transfobia já estavam contidas nos tipos penais versados na Lei 7.716/1989. O que não se podia, segundo ele, era dizer que o legislador foi omissivo, mas que a conduta se inseria no conceito de racismo versado em lei.

Robora a sua ilação o fato de que se atribuiu à decisão efeitos *ex nunc*, ou seja, é apenas a partir dela que são consideradas crimes (de racismo) as condutas decorrentes de práticas homofóbicas ou transfóbicas, o que reforça o caráter inovador do julgamento na ordem jurídica.

Questionou-se, também, a necessidade específica de se valer do direito penal (mais, de uma criminalização especial) para proteção do direito das pessoas referidas. Esse mandamento pode ser da Constituição extraído a partir do disposto no artigo 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁵⁶⁴?). Exige a Constituição a proteção penal especial?

Deixou de lado a Corte, nesse julgamento, qualquer traço de timidez e abraçou uma postura considerada por muitos ativista, entendida como exercício de competências pelo Poder Judiciário que extrapola o que prevê a Constituição⁵⁶⁵, ou seja, que ultrapassa as linhas demarcatórias, em detrimento, principalmente, da função legislativa^{566 567}, divorciando-se completamente do entendimento assentado na decisão apresentada como embrião da proibição da insuficiência, em que, rememore-se, restou estabelecido que o Poder Judiciário de maneira alguma poderia atuar de forma substitutiva.

⁵⁶⁴ É o questionamento de CLÈVE, Clèmerson Merlin; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. 2014. Acesso em: 22 de setembro de 2019. Para os autores, a proibição de insuficiência pode servir como importante critério para controle dos atos do poder legislativo e mesmo ensejar uma correção de rumos, mas não se presta como fundamento cogente e eficaz, por si só, para justificar a criminalização de uma conduta, ainda mais por provimento judicial. Na mesma linha, em caráter geral, ou seja, sem ater-se ao julgamento em questão, NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 174; SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 641 ss.

⁵⁶⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 36. A propósito: COUTINHO, Luís Pereira; TORRE, Massimo La; SMITH, Steven D. (coord). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the American and European experiences*, n. 44, Springer, 2015.

⁵⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Mandado de injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237.

⁵⁶⁷ A culminar no que se convencionou denominar, no Brasil, “supremocracia” - VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v 4(2), p. 441-464, jul/dez 2008.

E, por fim, registra-se novamente que a proibição de insuficiência aparece mais como argumento retórico do que efetivamente prestando auxílio ao deslinde do feito, haja vista não ter sido alcançada a conclusão a partir dela, mas, como já se viu, primeiro reconheceu-se a omissão inconstitucional para, só então, indicar que houve afronta à vedação da insuficiência, sem deixar claro o que se entende por “suficiência” e sem vinculá-la a nenhuma das correntes apontadas na primeira parte do trabalho.

5.3.18.3 A execução provisória da pena

A jurisprudência do STF a partir de 2009 se consolidou no sentido de que a execução provisória da pena, isto é, a prisão após a decisão condenatória que não transitou em julgado, ofendia a presunção de inocência.

Com o julgamento do HC 126.292⁵⁶⁸, em 2016, contudo, houve uma mudança repentina de posicionamento e passou a Corte a entender que a decisão proferida em segundo grau autorizava a execução provisória da reprimenda e não contrariava o princípio da presunção de inocência.

A matéria foi novamente discutida pelo Plenário quando da apreciação das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44⁵⁶⁹ em 2016 e,

⁵⁶⁸ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

⁵⁶⁹ Além da ADC 54, julgada em conjunto. Vide ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018. A ADC 43 não discutia a possibilidade constitucional da execução da pena após decisão de segundo grau, mas sustentava que o legislador fez uma opção ao condicioná-la ao trânsito em julgado (artigo 283), que deveria ser pelo Tribunal respeitada; a ADC 44, por sua vez, era no sentido de que a lei apenas reproduzia a Constituição, de forma que não se poderia declarar inconstitucional o dispositivo do Código de Processo Penal, pois implicaria a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, o que não seria admitido.

Em medida cautelar, o STF conferiu interpretação ao artigo 283 do CPP para afastar a interpretação segundo a qual a norma impedia o início da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias e assentou que seria coerente com a Constituição o início de execução criminal quando houvesse condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

No entanto, como se adiantou, a decisão definitiva caminhou em outro sentido. O julgamento definitivo não havia sido publicado até o término da investigação. Os votos foram consultados por meio da página da Corte no sítio YouTube, por meio dos seguintes caminhos: <https://www.youtube.com/watch?v=Iy8N6Be0puk> ; <https://www.youtube.com/watch?v=4KIaEC0rqHM> ; <https://www.youtube.com/watch?v=zy8AYKouz-w> ; <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCZYJafM> ; <https://www.youtube.com/watch?v=gXtzmqakwyk> ; <https://www.youtube.com/watch?v=8fvdtMX4hPo> ; <https://www.youtube.com/watch?v=DLghLl6ZBwQ> ; <https://www.youtube.com/watch?v=zfiG6LOYZGA> ; https://www.youtube.com/watch?v=vf0si_XxmoU ; <https://www.youtube.com/watch?v=48hi4UYTXko> .

Vencidos os ministros Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme.

posteriormente, no julgamento do HC 152.752 em 2018⁵⁷⁰, oportunidades nas quais se reafirmou a constitucionalidade da execução provisória da pena.

No entanto, em 2019, ao julgar o mérito das ações declaratórias citadas, a Corte voltou ao entendimento pretérito a respeito do tema, ou seja, no sentido de que a execução provisória não encontra abrigo na Constituição. Para a finalidade do presente trabalho, limitar-se-á a apontar os entendimentos dos ministros que se valeram do princípio.

A Constituição estabelece quanto à presunção de inocência que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁵⁷¹. O Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”⁵⁷².

A proibição de insuficiência foi utilizada como argumento a partir de 2016 em votos proferidos pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que compuseram, no julgamento final das ações declaratórias, a minoria, vencida.

O primeiro ministro indicou que o STF, por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais. Citou, também, os casos em que o Brasil foi internacionalmente condenado pelo déficit de proteção aos direitos humanos, tudo para sustentar que a “busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva”, a de “que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas”.

No entanto, a proibição de insuficiência não foi realmente aplicada; apenas, mais uma vez, serviu como um reforço — ou melhor, na situação, como uma introdução à apreciação do tema em questão.

O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, associou novamente a proibição de insuficiência à dimensão positiva da proporcionalidade⁵⁷³ e sustentou que a “interpretação que interdita a prisão antes do trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória

⁵⁷⁰ Que impugnava a decretação da prisão do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva após a decisão do Tribunal Regional Federal que confirmou a condenação em primeiro grau. HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018; PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

⁵⁷¹ Artigo 5º, LVII, CF.

⁵⁷² Artigo 283, CPP.

⁵⁷³ Em contraponto à proibição do excesso, dimensão negativa. Assenta que a ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes.

de direitos fundamentais, como a vida, dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Concluiu que “a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos⁵⁷⁴ e “à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”, seria possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a acusado condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de recursos extraordinários, não viola a presunção de inocência, pois a execução seria justificada pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais⁵⁷⁵. Para ele, o sacrifício imposto ao princípio da não culpabilidade é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça⁵⁷⁶.

Assim, em sua visão, muito embora uma das leituras possíveis do citado artigo do Código Penal limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão preventiva ou temporária, dever-se-ia conferir ao preceito interpretação conforme a Constituição que o tornasse compatível com a exigência constitucional da efetividade e da credibilidade do sistema de justiça criminal.

Dessa forma, ainda que nos últimos onze anos o entendimento da Corte a respeito da questão tenha oscilado, atualmente não admite a execução provisória da pena, isto é, a execução antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Conquanto tenham os ministros referidos feito menção à proibição de insuficiência para sustentar que a interpretação que veio a prevalecer não protege de forma satisfatória os direitos envolvidos, notadamente os resguardados pelo Código Penal e pelas leis especiais e os relacionados à efetividade da Justiça, o argumento não prosperou e sequer foi rebatido pela corrente vencedora,

⁵⁷⁴ Cita a efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, a segurança pública e o princípio da presunção da inocência.

⁵⁷⁵ Sintetiza: “Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser o máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura de responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.”

⁵⁷⁶ Sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovariam as estatísticas por ele citadas. A conclusão seria reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente. Em outro momento, fala que a ponderação é realizada com auxílio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente.

que, resumidamente, apoiou-se na presunção de inocência como regra para rechaçar qualquer interpretação que relativizasse a exigência do trânsito em julgado⁵⁷⁷.

Demais disso, o julgamento não fornece indicativo sobre o posicionamento da Corte ou sequer dos ministros citados em relação à proibição da insuficiência e seus contornos, apenas indica que o ministro Luís Roberto Barroso a associou, nesse caso específico, à ponderação.

Não se pode deixar de indicar que chama a atenção que a proibição de insuficiência foi invocada nos três julgados acima para respaldar uma não deferência à solução legislativa ou executiva, isto é, sempre que se pretendeu substituir a escolha legislativa ou do Executivo por outra, em tese mais adequada — e, no caso da omissão quanto à criminalização da homofobia, foi a corrente que veio a prevalecer.

5.4 NOTAS FINAIS

Com o exame dessas últimas decisões, todos os setenta e quatro casos citados foram apreciados. Conclusões parciais foram lançadas no decorrer do capítulo, em correspondência com os objetivos traçados na introdução — jogar luz sobre o *iter* pelo julgador percorrido, identificando a corrente a que se filiou, se foi manejado de forma substancial ou apenas retoricamente.

Ao final, o que se pretendia era apurar “se a Corte tem dele (argumento da proibição da insuficiência) se valido como instrumento autônomo, ou seja, distinto dos demais, de maneira uniforme, utilizando-se de seu potencial para o controle das omissões estatais e nos limites de sua competência, isto é, sem ofensa à separação de poderes”.

A análise não deixa dúvidas de que o argumento não foi utilizado de maneira uniforme. A própria dificuldade em classificar as decisões e encontrar alguma nota em comum entre elas para agrupá-las transparece na incoerência da utilização por parte da Corte. Ora a proibição é associada ao mínimo, ora a um patamar mais ousado. A estrutura a ela conferida é também bastante variada. Por vezes, o que se examina é em realidade a constitucionalidade de uma restrição ou intervenção e o seu eventual excesso. No entanto, notas sobre a suficiência da lei são simultaneamente consignadas.

⁵⁷⁷ Com o mesmo entendimento, FANAIA, Fernando Flores; THEODORO, Marcelo Antonio. A aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy na decisão do cumprimento antecipado da pena pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 1, p. 155-170, Jan/Abr 2018.

Releva que não só as decisões não possuem pontos de contato: os próprios ministros não empregam o princípio de forma uniforme. E isso fica claro tanto ao se evidenciar contradições nos próprios votos em um mesmo julgamento como ao se comparar os argumentos do mesmo votante em casos distintos.

Quanto ao seu potencial para controle das omissões, percebeu-se que o argumento não guiou isoladamente sequer uma conclusão e nunca foi debatido pelos pares quanto à extensão ou ao seu conteúdo normativo, mesmo que tenha sido invocado pelas partes.

Deve-se registrar, também, que o argumento foi várias vezes referido, ainda que não estivesse em pauta qualquer omissão do Estado, mormente para subsidiar uma interpretação (ou correção da lei), com a finalidade de indicar que, fosse outra a conclusão da Corte, essa seria inconstitucional pela insuficiência, ou simplesmente para adjetivar o diploma questionado de satisfatório.

Ao final, reparou-se que em vários julgamentos a proibição de insuficiência aparece vinculada a uma postura de não deferência do julgador em relação à opção do outro Poder ou para auxiliar uma pretensa interpretação da lei com a finalidade corretiva⁵⁷⁸, embora também tenha respaldado conclusão no mesmo sentido⁵⁷⁹, é de se ressaltar.

⁵⁷⁸ A propósito, calha a conclusão de Maria Benedita Urbano, para quem “o recurso à interpretação conforme com a constituição pode ser apenas um pretexto para, sob a sua capa, o juiz constitucional criar direito, criar novas normas sem qualquer arrimo no enunciado linguístico do preceito interpretado”. URBANO, Maria Benedita. *Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, a.7, 2010, p.418. Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva, para quem a ideia de interpretação conforme a Constituição pode desempenhar um papel importantíssimo, que é o de possibilitar que o STF se mantenha fiel, ao menos aparentemente, ao seu dogma da legislação negativa, e, ao mesmo tempo, corrija ou estenda, quando entender necessário, a obra do legislador, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa*. *O Direito*, I, Coimbra, 2006, p. 58.

⁵⁷⁹ E aqui se faz menção principalmente à utilização por parte do ministro Marco Aurélio em votos proferidos sobre a questão da permissão controlada do amianto.

6 CONCLUSÃO

1. O debate acerca da suficiência da atuação estatal guarda estrita relação com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a assunção, por parte do Estado, de novos tipos de deveres, plasmados em categorias diversas de direitos, em um contexto em que se reconhece a força normativa da Constituição. Problemático, no entanto, é fixar um patamar abaixo do qual se possa considerar o Estado omissivo e conferir ao Poder Judiciário a legitimidade para tanto.

2. A ideia de proibição da insuficiência da atuação estatal foi aplicada expressamente pelo Tribunal Constitucional alemão ao julgar pela segunda vez a questão do aborto, em 1993, ocasião em que decidiu incumbir ao Estado assegurar aos direitos fundamentais uma proteção adequada e eficiente, ao mesmo tempo em que indicou que a proteção deveria corresponder a exigências mínimas.

3. Em âmbito doutrinário, atribui-se a Canaris o desenvolvimento da construção com mais profundidade, que o fez ao tratar dos deveres estatais de proteção e da aplicabilidade dos direitos fundamentais a relações particulares, no ano de 1984; para o autor, a proibição de insuficiência teria por função sindicá-la a observância, por parte do legislador, de um mínimo de proteção ao direito, em contrapartida a um limite máximo, sinalizado pela proibição do excesso. Entre elas, haveria um tipo de corredor, por onde o legislador poder-se-ia mover, de acordo com a sua liberdade de conformação.

4. Posteriormente, passou grande parte da doutrina a examinar a proibição de insuficiência também em relação a outros deveres estatais, posicionamento, ao que tudo indica, encampado pelo Supremo Tribunal Federal.

5. Há quem não confira ao instrumento espaço dogmático próprio, ao argumento de que se confunde com os deveres estatais de ação ou com a proibição do excesso. Não obstante, apurou-se que possui autonomia, eis que é instrumento para exame da constitucionalidade do comportamento estatal tendo por parâmetro as imposições constitucionais.

6. Superada a questão da autonomia, identificaram-se vários entendimentos a respeito do instrumento, todos com abrigo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

7. Não obstante, apurou-se que o entendimento que prevalece no âmbito da Corte é o que associa a proibição de insuficiência à dimensão do princípio da proporcionalidade, que ganha nova perspectiva para se adaptar à função positiva dos direitos fundamentais,

estruturada a partir de teste escalonado, tal e qual a proibição do excesso, mas com algumas adaptações para conformá-la ao seu objetivo, especialmente quanto às primeiras etapas. Verificou-se, também, que há muitas variações doutrinárias do mencionado teste, refletidas na jurisprudência.

8. Examinou-se a concepção dos direitos fundamentais como princípios, com o alerta de que ensaia uma leitura da proibição de insuficiência que acaba por retratar uma segunda versão da tese da congruência, pois a busca se centra na solução ótima, que é alcançada apenas quando o Estado não puder ir além, o que implica uma confluência entre proibição da insuficiência e do excesso.

9. Analisou-se a visão de Robert Alexy acerca do tema, em razão da grande influência que exerce na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e constatou-se que, em diálogo com críticas que lhe foram dirigidas, afastou-se de uma concepção de convergência, ao reconhecer um corredor entre as proibições. No entanto, a sua concepção de proibição de insuficiência segue os ideais de otimização e centra-se na busca da melhor medida, embora reputa que tais objetivos não se confundem com a ideia de única solução correta. Indicou-se também de forma resumida a visão de Martin Borowski a respeito do assunto, eis que fora o primeiro a dele tratar no contexto da teoria dos direitos fundamentais como princípios.

10. Na sequência, tratou-se da concepção que atribui ao instrumento a função de syndican o mínimo, que guarda correspondência com o desenvolvimento inaugural do tema (retratado no posicionamento de Canaris). Apontou-se, quanto a essa visão, a imprecisão do que se entende por mínimo, bem como o posicionamento que questiona a necessidade de instrumento autônomo para sindicá-lo.

11. Examinou-se a posição mais atual sobre o assunto em Portugal, quanto à doutrina e à jurisprudência do Tribunal Constitucional, enfatizando os entendimentos doutrinários de Jorge Reis Novais e Vitalino Canas, que se afastam tanto de uma versão de controle mínimos quanto de máximos, pese defenderem o controle de evidência.

12. Verificou-se, em relação à posição atual na doutrina do Brasil, a ausência de aprofundamento quanto às nuances do instrumento, bem como uma vinculação teórica à doutrina de Canaris, embora por vezes se insiram na abordagem, concomitantemente, elementos sugestivos de uma concepção mais ambiciosa do instrumento.

13. Examinaram-se setenta e quatro decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal até 31 de dezembro de 2019, sobre os mais variados temas.

14. Apresentou-se, à guisa de exemplo, uma decisão tida como embrião no exame da suficiência da atuação estatal, que considerou insuficiente, ainda que liminarmente e

sem utilização expressa do instrumento, o valor fixado a título de salário mínimo. No entanto, a Corte comunicou ao legislador a omissão parcial para que a suprisse, única providência que entendia consentânea com a separação de poderes.

15. Foi a partir de 2006 que a Corte se valeu do instrumento de forma explícita.

16. Exame dos julgados evidenciou que o Tribunal não se filia expressamente a uma corrente a respeito do tema e que os ministros o invocam sem precisar a sua concepção⁵⁸⁰. Por vezes, as noções a ele associadas, em um mesmo voto, são incompatíveis, como a elaboração quase sempre trazida pelo ministro Gilmar Mendes (com a finalidade de traçar um modelo de controle de constitucionalidade das leis penais em abstrato), que mistura elementos de uma concepção de mínimo e de máximo.

17. Identificou-se que algumas vezes se tentou aplicá-lo por meio de um teste triplo, à semelhança da proibição do excesso; no entanto, a estrutura igualmente não segue um padrão, ainda que invocada pelo mesmo julgador.

18. Apurou-se que o colegiado não discutiu sequer uma vez a autonomia, o conteúdo e os contornos do instrumento, ainda que ele tenha sido invocado por parte da demanda. As discordâncias são lançadas apenas quanto à conclusão e não em relação ao instrumento em si, embora todos os ministros tenham em alguma altura dele se utilizado.

19. Vários foram os julgamentos em que a proibição de insuficiência foi manejada, a despeito de inexistir qualquer insurgência contra a suficiência da lei. Em outros, malgrado se mostrasse necessário o exame da suficiência da lei, o princípio é pouco explorado.

20. Algumas decisões indicaram que os julgadores se valeram de noções convergentes entre proibição do excesso e da insuficiência, como se uma representasse exatamente a contraface da outra, de forma que a questão poderia ter sido resolvida pela invocação de uma ou de outra face.

21. E, ainda que em pauta restrições do Estado no conteúdo de determinados direitos, lançou-se mão do instrumento para indicar que a medida é suficiente, embora as partes não tenham em nenhum momento questionado a suficiência da atuação estatal. No entanto, percebe-se que o exame operado pela proibição do excesso é distinto do que se busca com a proibição de insuficiência como instrumento autônomo. Nesta, examinar se a lei é suficiente é a questão primordial — e, ainda que se possa chegar à conclusão de que há medidas que realizem mais e afetem de igual forma o conteúdo do direito da outra parte, mesmo elas podem

⁵⁸⁰ Embora se tenha identificado que os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin se filiam a uma concepção de proibição de insuficiência voltada para a busca da melhor medida.

ser insuficientes sob o ponto de vista da proibição de insuficiência. Por outro lado, mesmo que se defenda que possa se conjugar a análise do excesso e da insuficiência em casos de relações multipolares, não há como não reconhecer que os exames não se confundem, sendo, portanto, distintos.

22. Apurou-se que os ministros também se apoiam na proibição de insuficiência para sustentar que a interpretação que conferem à lei⁵⁸¹ não pode desproteger ou proteger de forma insatisfatória o direito fundamental, pelo que por vezes o instrumento é invocado no manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição. Não obstante, citou-se que em alguns casos o que ocorre é uma verdadeira reformulação (ou tentativa de) da lei.

23. Ousa-se dizer que o único ponto de convergência entre as diversas decisões é elencar a proibição de insuficiência como parte da proporcionalidade, de forma a demonstrar que a atuação do Estado deve guardar correspondência com os limites da proibição de insuficiência e do excesso, embora tal concepção negue a convergência entre elas e, como já se apontou, note-se, em alguns julgados, uma confluência entre tais noções.

24. Não se pode negar que as já citadas críticas dirigidas ao manejo da proibição de insuficiência pelo Supremo Tribunal Federal persistem. A aplicação sempre foi nebulosa e geralmente desacompanhada de esclarecimentos que indiquem o motivo pelo qual a conclusão é em um ou em outro sentido. Lança-se o princípio como se fosse apto a, por si só, ainda que imprecisamente invocado até então, comprovar que a atuação é insuficiente⁵⁸² — e na maioria dos casos (não a totalidade) a alusão ao instrumento é para justificar uma postura não deferente⁵⁸³ da Corte e contrária à escolha do Legislativo ou do Executivo, o que exigiria dela ainda mais esclarecimentos.

25. Dessa forma, constata-se que a proibição de insuficiência não apresentou, até o momento, na forma como manejada, auxílio efetivo à questão submetida à apreciação da Corte, sendo apenas mais um recurso teórico de que se vale para corroborar uma decisão, não havendo coerência e uniformidade na sua utilização.

⁵⁸¹ E até à própria Constituição.

⁵⁸² Como a carta coringa, mencionada na introdução.

⁵⁸³ E, ainda que deferente, submete a medida ao triplo teste pela Corte usualmente associado à proibição de insuficiência, o que foge a um controle de evidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHÃO, Marcela Rosa. *Os direitos fundamentais de liberdade e a omissão legislativa: o não-fazer e o fazer insuficiente como violação dos deveres do legislador*. Relatório de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a.7, p.147-169, 2010.

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, p. 511-524, 2014.

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. São Paulo: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BACHOF, Otto. *Jueces Y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A doutrina da proteção da insuficiência (“Untermaßverbot”). In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007.

BOROWSKI, Martin. Principios Formales e Fórmula del peso. QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero (Ed). *Ponderación y discrecionalidad: un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 59-158.

BRITO, Miguel Nogueira de. O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. In: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1097-1124.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed, 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. II. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p.111-124.

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

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell Editor, 2008, p. 125-174.

CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los*

derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 169-206.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. 2014. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999.

COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

COUTINHO, Luís Pereira; TORRE, Massimo La; SMITH, Steven D. (coord). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the American and European experiences*, n. 44, Springer, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FANAIA, Fernando Flores; THEODORO, Marcelo Antonio. A aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy na decisão do cumprimento antecipado da pena pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 1, p. 155-170, Jan/Abr 2018.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal – a dupla face da proporcionalidade em matéria penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARDBAUM, Stephen. Positive and horizontal rights: proportionality's next frontier or a bridge too far? In: JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (Eds). *Proportionality: new frontiers, new Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford University Press: 2016.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação da proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo (Coord). *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo (Coord). *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. A Discricionariedade Epistêmica no Direito Constitucional. In: MORAIS, F. S. D.; BORTOLOTTI, J. C. K. *A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Fausto Santos de Morais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KLATT, Matthias; MORITZ, Meister. *The constitution structure of proportionality*. Oxford University Press, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2018.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. 2010. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2010. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 15, Madrid, p. 545-610, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28500>. Acesso em: 22 de agosto de 2019.
- NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. LXXIV. Coimbra: 1998, p. 1-44.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. v. 1: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 167-206.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 2014.

QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero. El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: del *in dubio pro libertate* al *in dubio pro legislatore*. In: QUISPE, Jorge Alexandre Portocarrero (Ed). *Ponderación y discrecionalidad: un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 221-260.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Mandado de injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230-254.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*. 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma “proibição de insuficiência” como controle de proporcionalidade das omissões? In: GORZONI, Paula et al. (Orgs). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros: 2012, p. 317-333.

SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. *Revista e-Pública*. v. 5, n. 1, p. 241-275, jan. 2018.

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

SANCHÍS, Luís Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades*. a. V, n. 8, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 63-88, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência

em matéria criminal. *Revista da Ajuris*, ano XXXV, n. 109, Porto Alegre, p. 139-161, mai. 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. NOVELINO, Marcelo (Org). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. 4ª ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 394-405.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdos, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed, 5. reimp. Belo Horizonte: Forum, 2019.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa. *O Direito*, I, Coimbra, p. 39-60, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, n. 11, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al (Orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012, p. 915-937.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 243-260.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. Direitos fundamentais sociais em cortes constitucionais: o caso Grootboom. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 17, n.1, p. 285-330, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, 97, p. 171-202, mar/2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, Cass. R. *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1454&context=law_and_economics. Acesso em: 20 de dezembro de 2019.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Renovar: 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo fundamental dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*: Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, a.7, p.411-418, 2010.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v 4(2), p. 441-464, jul/dez 2008.