



LUÍS FERNANDO MATRICARDI RODRIGUES

**A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E O STF:
HÁ CONTROLE DE PROPORCIONALIDADE DA OMISSÃO ESTATAL?**

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), como requisito parcial para conclusão da Escola de Formação.

Orientador: DIMITRI DIMOULIS

SÃO PAULO | 2009

RESUMO

A monografia tem por objetivo o mapeamento do uso feito pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do argumento da *proibição de insuficiência (Untermassverbot)*.

De nome pouco usual, é apresentada como a segunda face do princípio da proporcionalidade – portanto cognata à *proibição de excesso* –, e (diz-se) apta a promover um controle judicial de omissões do Estado, balizando a atividade do legislador e administrador na conformação de direitos fundamentais.

Busca-se com a pesquisa verificar (a) a coerência de seu emprego, (b) sua relação com os tópicos afetos à temática da omissão e (c) sua utilidade final.

Qual o impacto desta nova baliza?

Haveria real controle da proporcionalidade de omissões estatais?

PALAVRAS-CHAVE

Proibição de insuficiência/proibição de proteção deficiente; *Untermaßverbot/Untermassverbot*; proporcionalidade; omissão estatal; dever de proteção; relações constitucionais multipolares (*mehrpilige Verfassungsverhältnisse*), poligonais, triangulares; direito a prestação estatal; direitos sociais; direitos fundamentais.

MATRICARDI RODRIGUES, Luís Fernando. *A Proibição de Insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal*. São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009.

1. Controle de Constitucionalidade: 2. Direitos Fundamentais. -. Direito Constitucional.

SUMÁRIO

SEÇÃO 1

- 1. Introdução ao tema*
- 2. Hipóteses de trabalho*
- 3. Método*

SEÇÃO 2

- 4. A proibição de insuficiência no STF: Visão geral*

SEÇÃO 3

- 5. Direito Penal*
- 6. Registros Públicos*
- 7. Biossegurança*
- 8. Direitos Sociais*

SEÇÃO 4

- 9. Panorama final*
- 10. Conclusão. Afinal, qual a utilidade da proibição de insuficiência para o STF*
- 11. Referências bibliográficas*
- 12. Referências jurisprudenciais*

CONTEÚDO EXPANDIDO

SEÇÃO 1

1. Introdução ao tema	6
1.1. <i>Desmistificação conceitual (ou “por que é mais simples do que parece”)</i>	7
1.2. <i>O que diz a doutrina</i>	8
1.3. <i>Experiência na jurisprudência</i>	10
2. Hipóteses de trabalho	12
2.1. <i>Prólogo: Do dever de coerência argumentativa</i>	13
3. Método	15
3.1. <i>Delimitação do objeto</i>	15
3.1.1. <i>Triagem preliminar</i>	16
3.1.2. <i>Universo de pesquisa</i>	16
3.1.3. <i>Controle de variáveis</i>	17
3.2. <i>Instrumental de análise</i>	23

SEÇÃO 2

4. A proibição de insuficiência no STF: Visão geral	25
4.1. <i>Panorama inicial das decisões</i>	25
4.2. <i>O problema da omissão estatal</i>	29
4.3. <i>O problema dos deveres estatais de proteção na constituição</i>	31
4.4. <i>Proporcionalidade e omissão</i>	35

SEÇÃO 3

5. Direito Penal	37
5.1. <i>Análise comparativa dos julgados</i>	37
5.1.1. <i>RE 418.376-5 (MS)</i>	37
5.1.2. <i>ADI 3112</i>	44
5.2. <i>Conclusão do capítulo</i>	46
6. Registros Públicos	46
6.1. <i>Análise do julgado (ADI 1800)</i>	46
6.2. <i>Conclusão do capítulo</i>	50
7. Biossegurança	52
7.1. <i>Análise do julgado (ADI 3510)</i>	52
7.2. <i>Conclusão do capítulo</i>	58
8. Direitos Sociais	60
8.1. <i>Análise comparativa dos julgados</i>	60
8.2. <i>O impacto da audiência pública nas decisões sobre concessão de medicamentos</i>	71
8.3. <i>Conclusão do capítulo</i>	72

SEÇÃO 4

9. Panorama final	74
10. Conclusão. Afinal, qual a utilidade da proibição de insuficiência para o STF?	75
10.1. <i>Epílogo: Da margem de ação para decisão</i>	78
11. Referências bibliográficas	80
12. Referências jurisprudenciais	82

AGRADECIMENTOS

Gostaria de registrar meu agradecimento aos coordenadores da Ef 2009, Evorah Cardoso, Adriana Vojvodic, Henrique M. Pinto e Paula Gorzoni. Também ao Prof. Carlos Ari Sundfeld, pela iniciativa, e à sempre presente Roberta, pelas conversas entusiasmadas de todos estes anos.

Nesta monografia contei com a ajuda de diversos amigos, dentre os quais destaco Vinícius Anauê e Flávia Annenberg, pela leitura atenta e críticas a partes do texto, e Gabriel Queiroz, Renato de Souza Jr. e Any Botto – aqueles pela ajuda com material estrangeiro, esta pelas atualizações das aulas e seminários da Velha (embora ainda exigente) Academia.

À fraternidade encontrada nos amigos Renan Flumian e Guilherme Kfourri (e nos *cohibas* e *chivas* também), ao futebol invicto de alto nível e aos HHs da saudosa Ef 2009 envio um obrigado especial – porque nada jurídico, *for Christ's sake*.

Ao meu orientador, Prof. Dimitri Dimoulis, e à Carla Osmo, pela leitura cuidadosa, argüição desafiadora e críticas pontuais – incorporadas, em sua maioria, a esta versão –, consigno minha gratidão final.

Dedico, por fim, esta monografia aos meus pais, que, hoje separados, juntos constituíram minha primeira (e essencial) escola de formação.

São Paulo, 03 de março de 2010.

LUÍS FERNANDO MATRICARDI RODRIGUES

1. Introdução ao tema

Esta monografia tem por objetivo o mapeamento do uso feito pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de um novo argumento – a *proibição de insuficiência*¹ –, à luz da análise crítica de sua finalidade, coerência argumentativa e função.

De nomenclatura pouco usual, a proibição de insuficiência foi pensada pela doutrina e jurisprudência alemãs como instrumento indicador do grau de cumprimento de certos *deveres de proteção estatal* depreendidos da Lei Fundamental.

O STF praticamente se limita a apresentá-la como meio de *controle de proporcionalidade de omissões estatais*, no que representaria a segunda face, menos conhecida, do princípio da proporcionalidade – a primeira sendo a *proibição de excesso*, tida até agora como sinônimo proporcionalidade.²

A análise de proporcionalidade de leis e atos normativos tomou parte da “metodologia decisória”³ do STF há pelo menos 10 anos, e desde então tornou-se o baluarte do controle de constitucionalidade moderno. A proibição de insuficiência parece pegar o vácuo da cognata proibição de excesso como instrumento adicional do controle normativo, mas sua aplicabilidade está condicionada à superação de uma dificuldade inicial: como justificar omissões com base em proporcionalidade?

Quando se trata de tema inusual, não falta quem pergunte: dentre tantos em voga no STF, por que estudar um instrumento tão pouco conhecido e de uso incipiente no Brasil? Exatamente por isto: embora sem uma definição uníssona e alcance preciso, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro passou a empregá-lo em decisões recentes, apontando *omissão legislativa* para além daquelas hipóteses constitucionalmente previstas da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por omissão e mandado de

¹ Tradução do alemão *Untermassverbot*. Embora tenha se preferido, nesta monografia, utilizar este termo como padrão, também será aludido como *proibição de proteção deficiente*, *vedação a proteção insuficiente* e similares. Para evitar repetições de termos cansativos, por vezes o tratarei sob a alcunha de “argumento-tema”.

² Cf., para crítica a esta confusão, Virgílio Afonso da Silva (2002), p. 27.

³ Por metodologia decisória entenderei argumentos incorporados ao repertório do tribunal na medida em que reconhecido por ao menos dois ministros.

injunção (MI). Ademais, certas *prestações materiais* imputadas ao Estado também vêm sendo avaliadas em sua suficiência.

Assim, partindo de uma necessária conceituação desse argumento – quando, de modo sucinto, apresentarei seu contexto doutrinário e jurisprudencial –, a SEÇÃO 1 se preocupará com as hipóteses de trabalho e construção de método rigoroso, que permita uma análise ampla e profunda – mas igualmente controlada – do argumento-tema.

Na SEÇÃO 2 procuro fornecer uma visão geral sobre a proibição de insuficiência no STF, com números do que foi seu uso até aqui. Em seguida, anteciparei inconsistências genéricas na argumentação dos ministros, relacionando os temas dever de proteção, omissão estatal e proporcionalidade.

A SEÇÃO 3 é integralmente dedicada à análise dos julgados que formam o universo desta pesquisa. Os capítulos são divididos por matéria e contêm decisões analisadas em três fases – relato, argumentação do ministro e análise de argumentação –, e então sumariadas em conclusões parciais.

Processada toda essa informação, chego a um quadro final de dados acerca do emprego do argumento-tema. Num diálogo com as hipóteses de trabalho, teço ainda uma última consideração geral – que entendo conclusiva. Arrisco, à luz de tal, leitura crítica da função da proibição de insuficiência no STF e um prognóstico possível, em casos vindouros. Com isso encerro esta SEÇÃO 4 e a monografia.

1.1. *Desmistificação conceitual* (ou “por que é mais simples do que parece”)

Um primeiro passo necessário a qualquer trabalho científico é definir, em algumas linhas, seu objeto de análise. A qualidade dessa definição, sua precisão e clareza, determinam diretamente o interesse e utilidade de todo o texto que lhe segue. No caso do presente tema, de título complexo e, ousaria, propositadamente exotérico – pouco conhecido em virtude de uso até aqui minorado na jurisprudência e exposição incipiente na doutrina nacional –, é imprescindível que se entenda o que uma “proibição de insuficiência” pretende tutelar, e quais os efeitos esperados

de sua inserção como regra decisória no tribunal.

A isso, contudo, não é necessário dedicar-se folhas. Não é que às perguntas do parágrafo acima haja respostas fáceis – muito menos que a proibição de insuficiência seja de aplicabilidade tranqüila –, somente que, com efeito, a *idéia* por trás do instituto é, sem exagero, trivial. Quando ela é compreendida, muito da aridez do tema é dissipado.

Depois de tentativas infrutíferas de explicar meu objeto de análise aos colegas de Escola de Formação – insucesso pelo qual eu sou culpado exclusivo –, optei, neste primeiro momento, por substituir assertivas teóricas acerca da proibição de insuficiência (que se atrapalham ao não diferenciar sua finalidade concreta das potencialidades diversas que o argumento oferece) por uma pergunta hipotética. A resposta a essa pergunta, ao menos como enxergo, é o ponto de partida para se compreender o tipo de situação em que o tribunal constitucional pode vir a deparar-se com a questão da *suficiência* das medidas estatais:

Tome-se o exemplo de um grupo progressista (na acepção neutra do termo) que, conseguindo convencer parcela substancial do parlamento, faça aprovar lei que revoga parte do código penal (CP) para descriminalizar o aborto (arts. 124-128). Este, com isso, passaria a sofrer regulação de normas advindas de outros âmbitos jurídicos, com o que as respostas do Estado passariam a ser, na ordem de incidência: (i) uma advertência-geral a todos os cidadãos sobre a necessidade de se evitar gravidez indesejada, ampliando publicidade a métodos anticonceptivos; (ii) criação de centros de aconselhamento, às gestantes, sobre a decisão do aborto, com acompanhamento clínico-psicológico à eventual opção pela interrupção da gestação; (iii) sanção administrativa aos médicos que operassem o aborto sem “consentimento válido” da gestante, a qual, para tanto, deve ter pelo menos dezesseis anos; e (iv) possibilidade processual de responsabilização civil pela interrupção da gestação após seu sexto mês, em ação de ressarcimento por danos morais proposta por familiar interessado no nascimento.⁴

Tendo essa situação em vista, pode-se dizer que, mesmo com a descriminalização, não há, com rigor, um abandono do Estado à questão da interrupção da gestação, em virtude de todas as medidas alternativas que dele exigem participação efetiva e contínua. Contudo, poder-se-ia ainda questionar – e *eis aquela aventada pergunta hipotética*: o legislador, respeitada a regularidade ritual (formal), poderia ter optado por retirar a interrupção da gestação do âmbito penal? Ele tem margem de ação, tem discricção política para tomar esse tipo de medida? Em que medida o Judiciário pode avaliar essa decisão da maioria democrática?

Qualquer seja a resposta – e uma será sugerida em tópico à frente (1.3) –, os fundamentos que concorrem aos dois posicionamentos possíveis

⁴ Não há, neste exemplo, preocupações com a factibilidade de tal medida legislativa ou de suas conseqüências jurídicas. Deve ele servir tão somente ao escopo da pergunta formulada na seqüência.

(constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida legislativa) devem *necessariamente* partir de uma concepção clara sobre o papel do Estado frente à sociedade. É responder, em outras palavras, sobre o alcance interpretativo – e seu *equilíbrio*⁵ – dado aos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais.

Embora não tenha pretensão alguma de desenvolver esse debate, que em muito extrapola a preocupação da pesquisa aqui colocada, esta monografia nele resvala na medida em que se ocupa do uso feito pelo Supremo Tribunal Federal dos chamados “deveres de proteção”, que fundamentariam a *possibilidade de avaliação judicial da tutela provida pelo Estado a direitos fundamentais*. É inicialmente de tais deveres que a corte deduz certas *proibições de insuficiência da ação estatal*, como se verá.

1.2. O que diz a doutrina⁶

A doutrina acerca do tema é abundante na Alemanha, mas respeita certa divisão: a maior parte do que foi escrito versa sobre deveres de proteção, e não sobre a (implícada) proibição de insuficiência. Isso encaixa uma primeira premissa à monografia: como significante autônomo, *deveres de proteção não precisam implicar uma proibição de insuficiência ao Estado*.⁷ Esta, em contrapartida, nasce tributária⁸ da adoção de um sistema de deveres de proteção.

Quanto a estes, em termos breves, trata-se de deveres assumidos pelo Estado na proteção de indivíduos contra lesões e ameaças advindas sobretudo de terceiros indivíduos.⁹ Historicamente, justificam-se como compensação à aceitação, pelos indivíduos, do poder absoluto do Estado – então detentor do *monopólio da violência* –, remontando, portanto, sua própria fundamentação.¹⁰ Nos dias atuais, diz-se serem tais deveres uma consequência do reconhecimento de uma *ordem objetiva de valores* nos

⁵ Este equilíbrio alude à idéia-matriz de conceitos como o da (necessidade de) “otimização” dos direitos fundamentais – hoje tão cara à dogmática constitucional.

⁶ Este certamente não é o *locus* adequado a uma apresentação completa de qualquer doutrina. Por isso, irei me ater aqui estritamente ao que considero de importância para a análise proposta.

⁷ Em outras palavras: concordar com a existência de deveres estatais de proteção não é o mesmo que concordar com sua incidência imediata a partir da constituição – esta, que acaba sendo uma premissa intrínseca ao controle judicial de suficiência. Tal idéia será mais detalhada à frente.

⁸ Há, todavia, quem lhe confira aplicação desvinculada dos deveres de proteção, alcançando e.g. direitos sociais. Cf. Laura Clérico (2004), pp. 117, e Ingo Sarlet (2007), pp. 379-380.

⁹ Cf. Johannes Dietlein (1992), pp. 16 e ss.

¹⁰ Cf. Christian Calliess (2006), pp. 964-965.

direitos fundamentais garantidos pelas constituições,¹¹ servindo à garantia de segurança aos (e entre) particulares.¹²

Deveres de proteção estatal tutelam, assim, *liberdades*¹³ – mas não como os chamados “direitos de defesa”, consectários de *deveres de abstenção estatal*. Se ambos direito de defesa e dever de proteção podem, com efeito, tutelar um mesmo bem jurídico (ex. propriedade), o fazem sob funções diversas: se as intervenções que ameaçam tal bem jurídico vierem do Estado, opõe-se direito de defesa; se de particulares, direito (correlato) a proteção.¹⁴ A adoção de deveres de proteção em si, contudo, nada diz com uma mudança do destinatário das normas de direitos fundamentais: elas continuam obrigando o Estado.¹⁵

Embora os deveres de proteção também vinculem todos os poderes, parte da doutrina entende que *primariamente* deveriam ser veiculados através de leis¹⁶ – tendo nos demais poderes, como o Judiciário, um espaço subsidiário de aplicação. O motivo para isso é sensato: os riscos e lesões a particulares que o Estado se obriga a proteger nascem de um grupo de outros particulares que, nesta condição, são titulares de direitos fundamentais – nomeadamente de direitos de defesa.¹⁷

Assim, não fica difícil ver que o cumprimento de deveres estatais de proteção não-raro implica restrições a liberdades garantidas pelo mesmo Estado.¹⁸ Contudo, se não pode “restringir demais” os direitos de defesa atingidos, tampouco poderia “proteger de menos” os direitos de seus titulares a proteção. O Estado, à luz de deveres de proteção, ocuparia posição de *garante* frente aos cidadãos.¹⁹

É dessa posição que a idéia de uma proibição de insuficiência oponível ao Estado é derivada. O responsável pelo termo teria sido o

¹¹ Cf. Christian Calliess (2001), p. 257. Para matriz do termo “ordem objetiva de valores”, cf. BVerfGE 7, 198 (“caso Lüth”).

¹² Cf. Christian Calliess (2001), p. 257.

¹³ Cf. Virgílio Afonso da Silva (2005), p. 312.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Assim, o que mudaria com eles é simplesmente o tipo/modo dessa obrigação. As semelhanças com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – vinculando particulares –, portanto, terminam por aqui. Cf. Dieter Grimm (2005), p. 149. No mesmo sentido, tratando a diferença sob a ótica da vinculação imediata do particular, cf. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007), p. 387.

¹⁶ Cf., por todos, Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins (2007), p. 122, para quem “o dever de ação do Estado cumpre-se primordialmente pelo Legislativo que deve cuidar da tutela do direito fundamental em face dos particulares.”

¹⁷ Cf. Dieter Grimm (2005), p. 149.

¹⁸ Cf. 4.3, *infra*, para desenvolvimento.

¹⁹ Cf. Christian Calliess (2001), p. 258.

professor alemão Claus-Wilhelm Canaris, o qual, no desenvolvimento de texto doutrinário sobre a relação entre direitos fundamentais e direito privado – este, sua especialidade –, acenou, ainda em 1984, para a existência de um meio de exigir do Estado o cumprimento de deveres de proteção.²⁰

A proibição de insuficiência seria, assim, forma de aplicação da proporcionalidade quando o direito envolvido não tem função defensiva (negativa) – ao que responde a proibição de excesso –, mas função protetiva (positiva). Embora semelhantes, comportariam diferença importante: a proibição de insuficiência não fixaria mais do que um mínimo de proteção (efetiva e adequada). Qualquer medida acima desse nível, não é controlada com base na suficiência²¹ – mas poderia sê-lo com base no excesso.

Críticas não faltam a tal concepção: para parte da doutrina, não seria nada diferente do exame feito pela proibição de excesso.²² Mesmo quem vê autonomia na proibição de insuficiência reconhece que permanece o argumento até hoje sem conteúdo e contornos definidos.²³ Para uma terceira posição, não se confundiriam as proibições de excesso e insuficiência – o que contudo não salvaria a segunda de uma dificuldade intransponível: a ausência de possibilidades racionais de se aferir a suficiência de uma omissão estatal.²⁴

1.3. Experiência na jurisprudência

Mais relevante do que a perspectiva doutrinária é, ao menos nos limites da análise, o teste prático a que foi submetida toda a abundante teoria no momento em que ganhou a concretude das relações da vida.

A primeira decisão empregando a “proibição de insuficiência” de que se tem notícias é também de origem alemã: em 1993, ao revisar o

²⁰ Passados mais de dez anos, o autor revisitou suas considerações acerca da construção de 1984 em nova obra sobre o tema. Cf. Claus-Wilhelm Canaris (2003), p. 65 e *passim*.

²¹ Cf. Dieter Grimm (2005), p. 151.

²² Cf., por todos, Karl-Eberhard Hain (1992), p. 982. É o que se convencionou chamar de *tese da congruência/convergência*.

²³ Cf., por todos, Johannes Dietlein (1992), pp. III. O autor é comumente apresentado como defensor da então chamada *tese da divergência*, em contraposição àquela esposada por Hain.

²⁴ Cf., por todos, Matthias Mayer (2005), p. 21, e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins (2007), pp. 130-131.

entendimento esposado 18 anos antes,²⁵ o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) decidiu pela inconstitucionalidade da regulação dada por lei que descriminalizava o aborto realizado em até três meses da concepção.²⁶

Antes disso, já eram muitas suas decisões reconhecendo deveres de proteção derivados da Lei Fundamental. Diferentemente delas, todavia, que enfrentavam crítica moderada,²⁷ a segunda decisão sobre o aborto é até hoje atacada por juristas das mais variadas vertentes acadêmicas.

De acordo com o tribunal, em síntese apertada, havia um dever de proteção do Estado à vida do nascituro a que – embora não tenham sido estas as exatas palavras da corte – corresponderia um direito de proteção do feto, atingido pela ação abortiva da mãe, que por seu turno se apoiava num direito fundamental de defesa (livre disposição do corpo) em face do Estado. No caso, afirmou-se, não se poderia cogitar da prevalência de tal direito de defesa, sob o risco de o Estado não cumprir efetiva e adequadamente um dever a ele imposto – constitucionalmente deduzido.

Mesmo frente à resistência da comunidade científica e política, o tribunal alemão ainda proferiria outras decisões utilizando *expressamente* o argumento²⁸ – tendo elas em comum ser uma omissão (ou ação estatal insuficiente) a afetar o direito fundamental, constituindo, com isso, o objeto da avaliação de suficiência.²⁹⁻³⁰

²⁵ Cf. BVerfGE 39, 1, 1975. Com efeito, o entendimento sobre deveres de proteção havia sido mudado já em decisões anteriores como nos julgados BVerfGE 46, 160, 1977 (*Schleyer*) e BVerfGE 77, 170, 1987 – (armas químicas) – sem emprego da proibição de insuficiência, contudo. Cf. Grimm, p. 150.

²⁶ Cf. BVerfGE 88, 203 (254), 1993.

²⁷ Cf., por todos, Rainer Wahl/Johannes Masing (1990), pp. 555 e ss.

²⁸ Como nas regulações de limite de consumo de álcool para motoristas e na restrição da circulação de automóveis para proteção da camada de ozônio (1995), no funcionamento de uma central de transformação elétrica (1997), na regulamentação estadual da interrupção da gravidez (1998), na instalação de centrais emissoras de ondas para telefonia celular (2002) e na regulamentação estatal de medidas de segurança. Cf. Laura Clérico (2008), p. 116.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Cf. Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins (2007), pp. 122-124: os autores identificam três contextos jurisprudenciais do tema dever de proteção: (1º) defesa da vida nascitura contra ameaças vindas da mãe; (2º) proteção diante do desenvolvimento tecnológico que cria perigos muitas vezes desconhecidos e riscos frequentemente incontroláveis para uma série de direitos fundamentais (vida, saúde, privacidade etc.); (3º) intervenção direta do Estado nos conflitos entre particulares quando reconhecida hipossuficiência em um dos pólos.

2. Hipóteses de trabalho

Como apontei, o objetivo desta monografia é analisar criticamente o argumento da proibição de insuficiência sob os aspectos de sua coerência argumentativa, finalidade e função.

Os dois primeiros aspectos figurarão como hipóteses de trabalho que, a um só tempo, animam a leitura de julgados do STF e servem de parâmetro para que se localize a posição ocupada pelo argumento-tema entre as variantes decisórias do tribunal.

A primeira hipótese é de que (1) *o STF e seus ministros são incoerentes no emprego do argumento-tema*, o que, nesta perspectiva, decorre da inexistência de precisão e clareza quanto à sua aplicabilidade, ou de uniformidade das decisões. Será testada a partir de exames de coerência no uso do argumento nos planos geral (panorama geral das decisões) e específico (análise dos julgados).

A segunda hipótese suspeita, por seu turno, que (2) *o tribunal não realiza – ou, ao menos, nunca realizou –, com rigor, controle de proporcionalidade com uso do instrumento da proibição de insuficiência*. A avaliação da proporcionalidade das medidas estatais (sobretudo omissivas), contudo, tem sido apresentada pelos ministros como a finalidade do argumento. Será testada à luz de toda análise levada a cabo no trabalho.

O último aspecto, ou seja, a questão sobre uma possível função da proibição ao instrumental decisório do STF não pode ser testada objetivamente – ao menos numa análise que comungue dos mesmos limites desta monografia –, sob o risco de soar como mero palpite bem-intencionado. Conseqüentemente, não se poderia chamá-la de uma “hipótese do trabalho”.

Sua importância aqui é na verdade variável: se confirmadas as hipóteses postuladas, as considerações sobre a provável *função* desempenhada pela proibição de proteção deficiente constituirão uma extensão das conclusões desta monografia.

A esse aspecto dedicarei o tópico seguinte.

2.1. Prólogo: Do dever de coerência argumentativa

“Estou cansado da lengalenga de que os desígnios do senhor são inescrutáveis, respondeu caim, deus deveria ser transparente e límpido como cristal.”

J. Saramago

Uma premissa básica desta análise é a de que o tribunal constitucional não pode eliminar o ônus argumentativo de motivar detida e suficientemente suas decisões.³¹

Para além de teorias de legitimação (democrática) do Poder Judiciário e do papel de precedentes na história da corte, cujo desenvolvimento não caberia aqui, meu aporte aqui será tão simples quanto pragmático: a motivação das decisões é exigência constitucional, servindo ao controle social (por indivíduos) e institucional (pelos demais poderes da república). Uma argumentação satisfatória nada diz com a extensão de suas linhas ou erudição de seus autores, senão com a objetividade e clareza na exposição do caminho cursado para determinada decisão.

É um *ônus argumentativo* na medida em que incumbe o juiz de uma auto-exposição: deve revelar seu raciocínio e, com isso, possibilitar uma vinculação, *prima facie* que seja³², do julgador ao julgado, no futuro.

Deixadas de lado as vantagens já tão pontuadas pela doutrina – e sempre presentes em pesquisas com base na jurisprudência do STF³³ –, o reconhecimento de um ônus argumentativo proporcional à complexidade do objeto da decisão, imposto ao tribunal, é ponto de partida para se falar em um *dever de coerência*:³⁴ argumentos não se prestam, via de regra, aos

³¹ Cf., para a importância de tal ônus, Humberto Ávila (2009), pp. 64-65, e Virgílio Afonso da Silva (2009-a), p. 213 – quanto à ideia de *ônus deliberativo*.

³² *Prima facie* ou “à primeira vista” porque ao julgador é cabível, naturalmente, mudar seu entendimento passado. Nestes casos, contudo, deve se remeter expressamente a ele e fornecer as razões que levaram à sua superação.

³³ Cf., por todos, Bruno Ramos Pereira (2009), p. 25, para quem “[c]ada ministro deveria, antes de utilizar a proporcionalidade, explicar ou fazer referência ao seu conceito de proporcionalidade, explicar por que o conceito pode ser utilizado no caso concreto e, ao final, aplicar o conceito ao caso concreto (coerência no voto). (...) Desse modo, o raciocínio desenvolvido em um caso poderia ser comparado com o raciocínio desenvolvido em outro caso; se o ministro usar proporcionalidade em mais de um sentido em diferentes casos, deveria justificar em cada caso por que utilizou um sentido e não o outro sentido que também já entendeu possível (coerência do ministro).”

³⁴ Em virtude do escopo estreito desta monografia, não me deterei na fundamentação deste dever de coerência, tomando-o como adjunto à mencionada existência de um ônus argumentativo ao julgador – a servir de parâmetro racional ao *ato de decidir*. Não obstante o tom formal dessa definição, não deixo de assumir a correlação entre coerência argumentativa e os postulados de igualdade e segurança jurídica. Para explicação sobre postulados, cf. Humberto Ávila (2009), pp. 64-71, 121 e ss.

méritos singulares de cada caso e nem sofrem influência necessária do passar dos dias.

No momento em que o STF utilizou pela primeira vez a proibição de insuficiência como fundamento de uma decisão, ela tornou-se parte identificável de seu repertório. Ainda que utilizada por apenas um ministro, o silêncio dos demais autoriza inseri-la como *institucional*, a prescrever um dever de observância geral ao pleno da corte, e (sobretudo) um dever de observância específico ao ministro responsável por seu uso nos demais julgados em que, por igualdade de condições fáticas e jurídicas, for cabível a avaliação de suficiência de medidas estatais.

A proibição de insuficiência, assim, vincula o tribunal, e o dever de coerência argumentativa impõe que ela seja usada sempre que for cabível – e nestes casos, pautada em iguais critérios objetivos.

Tornando àquelas hipóteses de trabalho expostas, se confirmadas, poder-se-ia dizer que a proibição de insuficiência carece de importância nas decisões em que foi usada, possuindo um valor *meramente estético*? Ou, ainda, que haveria uso inadvertidamente equivocado pelos ministros?

Receio que nenhuma dessas duas conclusões seja sensata, cedendo lugar a esta: na condição de instância política, assumida ou não, o STF vê na proibição de insuficiência meio hábil a dilatar sua margem de ação para decisão – i.e. sua discricção decisória.³⁵

Como se vê, com rigor, somente as duas primeiras hipóteses são passíveis comprovação objetiva. São elas, portanto, que serão testadas na pesquisa. Em virtude do caráter subjetivo da terceira hipótese – constatado e.g. por sua impossibilidade de comprovação, *nos termos desta análise* –, não foi sem reflexão que optei por mantê-la na monografia. Entendi que, embora não constitua daquelas hipóteses de rigor científico, seria algo próximo à hipocrisia excluí-la do texto, já que, se comprovadas as demais hipóteses, não sobram muitas explicações sensatas acerca do uso do argumento da proibição de insuficiência pelo STF a se encaixarem como conclusão do estudo.

³⁵ Disso decorre ser um meio de legitimar uma intervenção judicial na *prestação* devida por outros poderes da república – o que colocaria a proibição de insuficiência como espécie de *curinga argumentativo*. O termo foi levantado num dos muitos debates travados com Renan Flumian, também aluno da Escola de Formação 2009. Desconheço utilização anterior do termo, neste contexto.

3. Método

Com vistas a submeter estas hipóteses à prova – i.e. de que o STF é incoerente no uso da proibição de insuficiência e que, com rigor, não realiza através desse uso um controle de proporcionalidade de omissões, como parece pretender –, deve-se ter em relevo, dentro do universo de decisões do tribunal, aquelas que utilizam expressamente o argumento-tema. Explico, à frente, o tratamento metodológico desta pesquisa.

3.1. Delimitação do objeto

Uma vez que a monografia é fundamentalmente construída com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal, foram elas (i) inicialmente obtidas no sítio eletrônico do tribunal (<http://www.stf.jus.br>), na seção jurisprudência → pesquisa, a partir das locuções-chave “proibição de insuficiência”, “proibição de proteção insuficiente”, “proibição de deficiência” e “proibição de proteção deficiente” em todas as bases decisórias. Também usei (ii) ferramenta de pesquisa avançada (http://www.google.com.br/advanced_search?hl=pt-BR) na busca pelas expressões “proibição de insuficiência”, “proibição de proteção insuficiente”, “proibição de deficiência”, “proibição de proteção deficiente” e “*Untermassverbot*”³⁶ no domínio: stf.jus.br. Ao fim, enviei, por cautela, (iii) pedido de pesquisa para a coordenadoria de análise de jurisprudência do STF³⁷ em duas ocasiões, com três meses de espaçamento, com vistas a confirmar meu número de decisões. No mesmo sítio do tribunal, encontrei (iv) o conteúdo completo dessas novas decisões na seção jurisprudência → inteiro teor de acórdãos.

Essas decisões formaram o projeto que apresentei à Escola de Formação em 07.06.2009. Desde então, houve a disponibilização, no sítio eletrônico, de apenas mais uma decisão.³⁸ A pesquisa foi fechada em 29.09.2009.

³⁶ Pelo registro dos resultados descobri que a melhor e mais rápida forma de se achar as decisões acerca do objeto desta pesquisa é procurar, no sítio da mais alta corte brasileira, o termo no original alemão (*Untermassverbot*) – o único a aparecer em *todos os julgados*.

³⁷ Trata-se de mecanismo institucionalizado: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaJurisprudenciaEmail> (“solicitar pesquisa de jurisprudência”).

³⁸ Este modo de pesquisa (eletrônica), é bom consignar, não assegura a coleta de todas as decisões que utilizaram expressamente o termo “proibição de insuficiência”. Isso porque ele pressupõe que a palavra-chave digitada apareça na ementa (de responsabilidade dos ministros) ou na indexação (de responsabilidade dos funcionários do tribunal) de cada julgado. É dizer, em outras palavras, que persiste uma possibilidade de que haja alguma outra decisão do STF acerca do tema sob exame não

3.1.1. Triagens preliminares

O caminho percorrido numa pesquisa de julgados parte invariavelmente de inclusões e exclusões de resultados. Em virtude da (ainda) incipiente visibilidade do argumento da proibição de insuficiência, pareceu-me importante recriar, para fins de registro, as escolhas que tomei na busca acima detalhada. Essas exclusões são apresentadas em triagens, e se correlacionam à ordem dos passos da delimitação do objeto de análise:³⁹

1ª Triagem: (i) Sítio do STF: Jurisprudência: Pesquisa: As locuções “proibição de insuficiência” e “proibição de deficiência” não retornaram resultado. Já “proibição de proteção insuficiente” retornou 11 resultados – todos referentes a decisões da presidência.⁴⁰ Com “proibição de proteção deficiente” encontrei outras 3 decisões – duas ADIs e um recurso extraordinário. O número de registros, assim, era (14) em 29.05.2009.⁴¹

2ª Triagem: (ii) Google: Pesquisa avançada: A locução “proibição de deficiência” não retornou resultado. Com “proibição de insuficiência” obtive 3 respostas – duas relativas a textos doutrinários, que descartei, e um voto em ADI. Este foi incluído ao meu agrupamento. Sob “proibição de proteção insuficiente” advieram 6 resultados – todos trazendo julgados já localizados anteriormente. Descartei-os. Com “proibição de proteção deficiente” encontrei outras 7 respostas – dois textos doutrinários, um informativo do STF e quatro decisões de que já dispunha. Foram, por esse motivo, igualmente excluídos. Por fim, tentei o termo “*Untermassverbot*” obtendo 10 respostas – que trouxeram 9 arquivos (recorrentes, dos apontados acima) e 1 inédito: uma decisão da presidência,⁴² então incluída no agrupamento. O número de registros, com isso, era (16) em 02.06.2009.

3ª Triagem: (iii) A coordenadoria de análise de jurisprudência do STF não retornou nenhuma decisão inédita – não modificando o universo final de julgados, portanto.

Meses depois dessas triagens preliminares repeti o procedimento, encontrando apenas uma nova decisão da presidência.⁴³

3.1.2. Universo de pesquisa

Tomando o resultado dessas triagens, cheguei ao número de julgados a serem empregados como suporte deste trabalho (17) – o *universo de pesquisa*,⁴⁴ portanto – inicialmente sistematizados neste quadro:

listada aqui – possibilidade que reputo pequena, daí a *representatividade* do universo de pesquisa. Cf., para exposição sintética dos termos, Ana Lúcia Sabadell (2000), p. 148.

³⁹ Cf. tópico 3.1, *supra*.

⁴⁰ Esta concentração de resultados sob um termo específico é explicada pela reprodução quase sempre idêntica, da primeira à última decisão, dos parágrafos que trazem o argumento-chave.

⁴¹ Uma vez que o número não foi significativo, questionamentos sobre a exclusão de decisões em virtude de um possível limite máximo de ocorrências não serão considerados.

⁴² A decisão da presidência STA 278-6 (AL), a despeito de julgada no mesmo dia de outra suspensão (STA 245-RS), em 22.10.2008, não aparece na pesquisa feita no sítio do STF.

⁴³ Cf. SS 3741 (CE), julgada em 27.05.2009.

⁴⁴ Cf. Ana Lúcia Sabadell (2000), p. 148.

Matéria	Nº. Processo	Autoria
Direitos Sociais	SS 3751 (SP); STA 241-7 (RJ); STA 278-6 (AL); SL 228-7 (CE), SL 263-5 (RJ); STA 318 (RS); SS 3690 (CE); STA 198 (MG); STA 277 (AL); STA 245 (RS); STA 238 (TO); SS 3741 (CE).	Min. G. MENDES
Direito Penal	RE 418.376-5 (MS); SL 235-0 (TO); ADI 3112.	Min. G. MENDES
Registros Públicos	ADI 1800 (ADC 5) ⁴⁵ .	Min. R. LEWANDOWSKI
Biossegurança	ADI 3510.	Min. G. MENDES

Explico, à frente, a razão de tal divisão dos julgados (em *matérias*) e das demais classificações adotadas na monografia.

3.1.3. Controle de variáveis

Vencidas essas duas fases, procuro, neste tópico, abordar as variáveis que empregarei em minha análise. Estas são categorias que podem⁴⁶ influir no resultado da verificação das hipóteses de trabalho – com que pretendo, *objetivamente*, proceder à leitura das decisões coletadas.

Concentrá-las todas no tópico metodológico tem ao menos duas vantagens: torna o referencial mais seguro para análise e possibilita uma visão conjunta sobre todas, ressaltando eventuais relações existentes entre elas.⁴⁷ A homogeneidade esperada como resultado desse controle de variáveis num só tópico – algo que, *prima facie*, contrariaria a ‘boa prática metodológica’ – pareceu-me compensar inclusive o risco de postergar o desenvolvimento – desmotivando a leitura – da análise dos julgados em si.

Essas variáveis permeiam todo o estudo, e aqui serão brevemente sistematizadas (e motivadas) adotando a ordem em que aparecem:

Seção 1

Espaço amostral⁴⁸ (QUADRO)

1.1. Relação de julgados – *Esquematização preliminar de amostra*

Matéria	Nº. Processo	Autoria
---------	--------------	---------

⁴⁵ O julgamento acerca da Lei de “Registro Público” trouxe a apreciação de duas ações: uma ADI e uma ADC. Uma vez que se trata de ações com um mesmo objeto – e pedidos inversos, porque propostas por legitimados de interesse contrário – foram elas contabilizadas como *uma* decisão singular.

⁴⁶ É dizer: nada garante que influam. A simples dúvida, contudo, justifica seu emprego aqui.

⁴⁷ Por exemplo, perceber se a proibição de insuficiência foi utilizada com mais frequência quando o voto integrava uma minoria no plenário ou, ainda, se foi usada com menor preocupação argumentativa em decisões da presidência (monocráticas por excelência) etc.

⁴⁸ Utilizo amostra aqui como “representação de todo maior” – relacionando, com isso, o universo de pesquisa com reduções analíticas. Cf. William Goode/Paul Hatt (1960), p. 269.

A variável “matéria” é baseada no direito material que anima a ação judicial. Embora esse não seja um recorte inédito, ele não se fiou em outras classificações de direito material conhecidas.⁴⁹ Sua importância aqui é separar as decisões em núcleos de sentido, tentando isolar as possíveis funções (e certas tendências) de alguns argumentos para maior visibilidade. Essa estratégia será especialmente importante às matérias “direitos sociais” e “direito penal”. Já o critério “autoria” serve para identificar os ministros que se utilizaram expressamente do argumento, dimensionando sua proporção na corte *vis-à-vis* sua integração na *metodologia decisória*.

Seção 2

Panorama inicial das decisões (GRÁFICOS/QUADRO)

- 2.1. Amostra total: *Número de julgados por ano*
- 2.2. Amostra total: *Número de julgados total c. nº de decisões da presidência*
- 2.3. Amostra total: *Número de julgados por tema (direito material)*
- 2.4. Amostra total: *Número de julgados por tipo de decisão c. nº de julgados por tema*

Com base no espaço amostral (as 17 decisões), logo antes da análise dos julgados optei por apresentar as configurações gerais das decisões que utilizam expressamente o argumento da proibição de insuficiência. Isso se mostra importante na medida em que a mera quantificação das decisões sob critérios simples (*ano, tema, tipo de decisão*) já aponta peculiaridades da metodologia jurídica e, sobretudo, do jogo político no STF.

- 2.5. Amostra total: *Número geral de referências à doutrina e jurisprudência*

Doutrina Nacional	Doutrina Estrangeira	Jurisprudência Nacional	Jurisprudência Estrangeira
-------------------	----------------------	-------------------------	----------------------------

Em seguida, extraí todas as referências feitas, nas decisões, a doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira – o que me pareceu especialmente relevante diante de um objeto originário dessas fontes. Meu intento, com isso, é dissecar os julgados em busca do suporte empregado pelo ministro para fundamentação do uso do argumento da proibição de insuficiência. Essa variável deve verificar o grau de desenvolvimento doutrinário do argumento – ou melhor, como ele é sentido pelo julgador – e se há diálogo entre a decisão e a doutrina recortada. Deve, também,

⁴⁹ Cf., por todos, Luiz Werneck Vianna, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, pp. 62-67.

identificar a existência de reconhecimento de precedentes (jurisprudência), pelos ministros, no lapso temporal em que o argumento é observado (2006-2009).

Seção 3

Panorama geral das decisões (GRÁFICOS/QUADRO)

- 3.1. Amostra parcial: *Critério temporal (separação por data)*
- 3.2. Amostra parcial: *Classificação por "dever de proteção"*
- 3.3. Amostra parcial: *Classificação por autoridade federativa responsável pela omissão*
- 3.4. Amostra parcial: *Classificação por autoridade política responsável pela omissão*
- 3.5. Amostra parcial: *Classificação por julgador*

Data	Dever de proteção	Origem do ato normativo	Omissão	Ministro
(i)	(ii)	(iii)	(iv)	(v)

Reduzindo a amostra aos respectivos grupos de direito material (*direitos sociais, direito penal, registros públicos e biossegurança*), este primeiro lance de variáveis da SEÇÃO 3 visa a identificar (i) a ordenação temporal (*dia, mês e ano*) das decisões, deixando entrever eventual contemporaneidade entre os julgados⁵⁰ e (ii) o "dever de proteção" – explícita ou implicitamente empregado pelo julgador, com ou sem acerto, para predicar determinada ação estatal como *insuficiente* – a fim de lhe dar visibilidade e às eventuais conseqüências de seu reconhecimento sobre o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal, no que passaria a estar vinculado ao argumento.

Separa, ainda, as decisões com base na autoridade responsável pela omissão – i.e. inação estatal que justificaria atuação do tribunal –, divididas em (iii) esfera federativa (*omissão federal, estadual e/ou municipal*) e (iv) esfera política (*legislativa, executiva ou judiciária*)⁵¹, querendo, assim, a um só tempo avaliar o equilíbrio (prestacional) no desenho federativo e encontrar uma tipologia possível das omissões a que serve o argumento de proibição de insuficiência – ou seja, se se trata de omissões diante de um *dever de prestação material* ou de um *dever de regulação*.

⁵⁰ É dizer: o registro das datas de julgamento tem potencial para fornecer indícios da existência de um certo padrão decisório – sobretudo quando se tratar de um mesmo ministro –, criando base para comparação do uso do argumento-tema.

⁵¹ Cf., para uso de variáveis semelhantes, neste sentido, Marcus Faro de Castro, "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política", in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, nº 34 (1997), pp. 151 e ss., e Luiz Werneck Vianna et al., "Dezessete anos de judicialização da política", in: *Tempo Social*, v. 19, nº 2 (2009), pp. 39-85 (49, 54 e ss.).

Seção 4

Esta quarta seção traz dois modais de variáveis: o primeiro gira em torno dos aspectos gerais de cada decisão. O segundo, do argumento da proibição de insuficiência singularmente analisado. Ambos os modais, assim, têm auto-implicação clara, aqui separados para maior clareza expositiva.

Panorama final das decisões (QUADRO)

- 4.1. Amostra total: *Classificação por tipo de decisão*
- 4.2. Amostra total: *Classificação por tipo de voto*
- 4.3. Amostra total: *Classificação por tipo de consenso decisório*
- 4.4. Amostra total: *Classificação por função do argumento para a decisão*

Tipo de decisão	Voto condutor, concorrente, dissidente? (i)	Unânime, majoritária, minoritária? (ii)	Há especificação do que seria a medida suficiente? (iii)
------------------------	---	---	--

} **Aspectos da decisão**

Além da indicação do tipo de decisão envolvida, variável já utilizada acima, entendi necessária a verificação do impacto das decisões que utilizam o argumento-tema sobre as demais decisões de cada caso, quando existentes. Assim, procurei saber se o voto que traz o argumento-tema (i) é o voto condutor (i.e. relator originário ou relator para acórdão), concorrente ou divergente, e (ii) que tipo de consenso decisório integra. Essas respostas devem apontar o alcance da aceitação da proibição de insuficiência por outros ministros (que eventualmente acompanhem, sem ressalva, voto nela fundamentado), e mostrar se o argumento se une a uma decisão unânime/majoritária, de um lado, ou minoritária, de outro.

Retomando a questão apontada no capítulo 1⁵², busquei nas decisões alguma tentativa por parte dos julgadores de, uma vez identificada a omissão e anunciada a proibição de proteção insuficiente do Estado, (iii) especificar *qual seria a medida suficiente*, então. Medidas são ou não suficientes em relação a algo. Com outras palavras, é perguntar: qual seria o *standard jurídico mínimo* para a prestação do Estado?

- 4.5. Amostra total: *Verificação de quantificação de insuficiência*
- 4.6. Amostra total: *Classificação por tipo de concepção do argumento*
- 4.7. Amostra total: *Verificação da existência de critérios objetivos para argumento*
- 4.8. Amostra total: *Verificação de fundamentação*
- 4.9. Amostra total: *Quantificação/Verificação de coerência (instrumental)*

⁵² Cf. sobretudo os tópicos 1.1.2 e 1.1.3, *supra*.

Função para a decisão	Em que concepção é utilizada? (a)	São apresentados critérios objetivos para sua aferição? (b)	É o fundamento da decisão? (c)	Há coerência (instrumental) ? (R)	} Proibição de Insuficiência

Ainda pareceu-me relevante estabelecer, embora *cum grano salis*, a função do argumento para a decisão. Essa tarefa não importa numa 'adivinhação' da vontade do ministro – buscando, quando possível, a consequência para o julgado da adoção da proibição de insuficiência.

Ao fim cheguei à variável "coerência" – que, com efeito, torna à *primeira hipótese de trabalho* adotada nesta monografia. Diferentemente das demais variáveis, uma aferição sobre "coerência" não é necessariamente em si objetiva, por se tratar de conceito relacional: algo é ou deixa de ser coerente quando relacionado a algum objeto, a um padrão.

Diante dessa indeterminação, optei, neste trabalho, por preenchê-la com um *conceito instrumental de coerência*, o qual se pauta na verificação da *presença de certos elementos argumentativos* que sirvam de suporte às decisões do tribunal.⁵³ A existência desses elementos determinará, através do equacionamento dos resultados parciais, um coeficiente final de coerência pautado – concedo – em uma "linha de corte" que criei. Não afasto algum decréscimo de objetividade com isso, mas espero, na motivação de cada uma destas variáveis e dessa regra de corte, explicitar o alcance da intervenção que exerci sobre o raciocínio, tornando-a rastreável.

Esta é a fórmula: **(c)R = [1.a] + [2.b]**

em que:

(a) concepção ampla do argumento (=1) ou estrita (=2);

(b) existência de critérios objetivos para aferição de insuficiência (sim=2, não=1);

(c) proibição de insuficiência é o fundamento da decisão (sim=1, não=2);

(R) Coeficiente de coerência (medida: $R > 4$).⁵⁴

⁵³ Os critérios que criei para tal aferição sofrem influência dos utilizados por BRUNO RAMOS PEREIRA em sua dissertação de mestrado (*O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*, FDUSP, 2009, pp. 24-26). Contudo, diferentemente de sua opção metodológica – por partição da coerência em fraca, média e forte – achei possível uma classificação dos votos que terminasse numa classificação binária (coerente/incoerente) – sem prejuízo de evidenciar os critérios utilizados para tal classificação –, mantendo, com isso, "(as) nuances presentes em certos votos".

⁵⁴ Com vistas à simplificação do aferidor, o valor estabelecido como "regra de corte" encontra-se na média aritmética obtida entre o menor e o maior resultado possível a (R).

Por **(a)** concepção do argumento deve ser entendida a referência feita, na decisão, ao fundamento da proibição de insuficiência, isto é, àquilo a partir do que seja possível predicar ações estatais como insuficientes: quando o fundamento for um dever de proteção (*Schutzpflicht*), temática na qual o argumento-chave foi primeiramente desenvolvido, terá sido a proibição de insuficiência empregada numa **concepção estrita**^(a=2). Pareceu-me, por ser a usual, de aplicabilidade mais segura. Em contrapartida, será **ampla**^(a=1) sempre que fundamentada em outra base normativa, e.g. direitos sociais e direitos a organização e procedimento, constituindo hipótese incomum e de aplicação problemática.⁵⁵

A **(b)** existência de critérios objetivos utilizados pelo julgador na aferição de suficiência da medida analisada, em seguida, demonstra reconhecimento de seu ônus argumentativo, expondo-o na medida em que sua decisão poderá ser subsumida àqueles critérios apresentados. Sua existência^(b=2) será evidentemente melhor, para fins de controle social e institucional, do que sua ausência^(b=1). Pelas potencialidades fiscalizatórias desses critérios objetivos, que se existentes permitem acesso inclusive às implicações das diferentes concepções apontadas acima, conferi à presença daqueles (na decisão dos ministros) o dobro do valor destas.⁵⁶

Por fim – e de modo mais relevante –, o uso do argumento-tema será especialmente importante para uma análise das decisões do tribunal sempre que **(c)** servir de fundamento (*ratio decidendi*) para a decisão^(c=2).⁵⁷ As páginas seguintes devem mostrar que, com efeito, nem sempre é assim^(c=1). Em se considerando que, com rigor, as hipóteses de trabalho suspeitam de um emprego incoerente e sem utilidade decisória da proibição de insuficiência – pelo qual o tribunal se esquivava do dever de motivar decisões subjetivas – esta variável é a mais importante ao escopo da presente análise,⁵⁸ motivo pelo qual tem *função de quociente* na equação apresentada.

⁵⁵ Cf. 1.2, *supra* e, sobretudo, 8.1, *infra*.

⁵⁶ Devo agradecer a Vinícius Anauê, também aluno da Escola de Formação 2009, a sugestão de escalonamento, que me permite distinguir a importância que atribuo a cada variável interna da fórmula.

⁵⁷ Isto é, sempre que o ministro o distinguir como fundamento.

⁵⁸ Quando a proibição de insuficiência for fundamento para a decisão, ela, diferentemente dos casos em que é anunciada como argumento potencial do STF em futuras decisões, se auto-coroar *efetivamente* como integrante da metodologia decisória da mais alta corte do país. Isso autorizaria o uso

Essa não será a única maneira com que pretendo avaliar a coerência (enquanto teste de hipótese) do STF no emprego do argumento “proibição de insuficiência”. Deve, sim, constituir uma variável minimamente objetiva. E tanto é assim que suas conclusões, na condição de modelo instrumental, não necessariamente condizem com minha opinião acerca da “coerência final” do argumento conforme usado em cada caso. Esta será exposta nos moldes de um *conceito substantivo de coerência*, e, porque menos objetiva – em muito influenciada pela doutrina e jurisprudência, nacional e internacional –, não será tratada como variável, senão como integrante do meu *instrumental de análise*, em seguida delineado.

3.2. Instrumental de análise

Neste subtópico, procuro eleger algumas técnicas de análise do material do universo de pesquisa. Se com o controle de variáveis procurei fornecer e explicar subsídios a uma leitura objetiva das informações que sobressaem das decisões do Supremo Tribunal Federal, a apresentação de um instrumental de análise se preocupa em parametrizar as considerações críticas que tecerei diante daqueles dados – partindo da premissa de que estas são mais subjetivas do que aquelas variáveis que apresentei no tópico acima.

Não é usual, em pesquisas deste tipo, preocupação com certa subjetividade no tocante à avaliação de posicionamentos do STF. Em que pese a maior fluidez de texto proporcionada por essa decisão, esta será minha última cautela em procurar, na máxima medida, distanciar impressões essencialmente pessoais das assertivas que farei à luz de cada julgado. Isso é ainda mais significativo diante de um tema que é, em si, originariamente uma construção doutrinária com retoque jurisprudencial.⁵⁹

A doutrina, nesta condição, cederá os primeiros parâmetros para a análise proposta. Serão usadas como instrumental tanto obras estrangeiras, pioneiras que são, quanto nacionais, que espero já adaptadas ao

in concreto em qualquer caso do tribunal – bem como, num país de sistema misto de controle de constitucionalidade, em qualquer instância judiciária.

⁵⁹ É dizer: não há nada a respeito nas Constituições brasileira e alemã. E pouco na jurisprudência.

ordenamento brasileiro. Não se perderá de vista, todavia, a jurisprudência sobre o tema – também estrangeira e nacional –, a qual, embora curta, é mais do que apta a trazer a lume problemas práticos de um controle da proporcionalidade de omissões.

Ao final, pretendo utilizar este instrumental – que, em boa parte, é fornecido pelo próprio ministro Gilmar Mendes, através de citações presentes em todas as suas decisões⁶⁰ – justamente para contrapor à argumentação dos ministros em cada caso, verificando a compatibilidade entre o suporte argumentativo evocado e o uso efetivo do argumento por ele legitimado.

⁶⁰ Cf. tópico 4.1, quadro, *infra*.

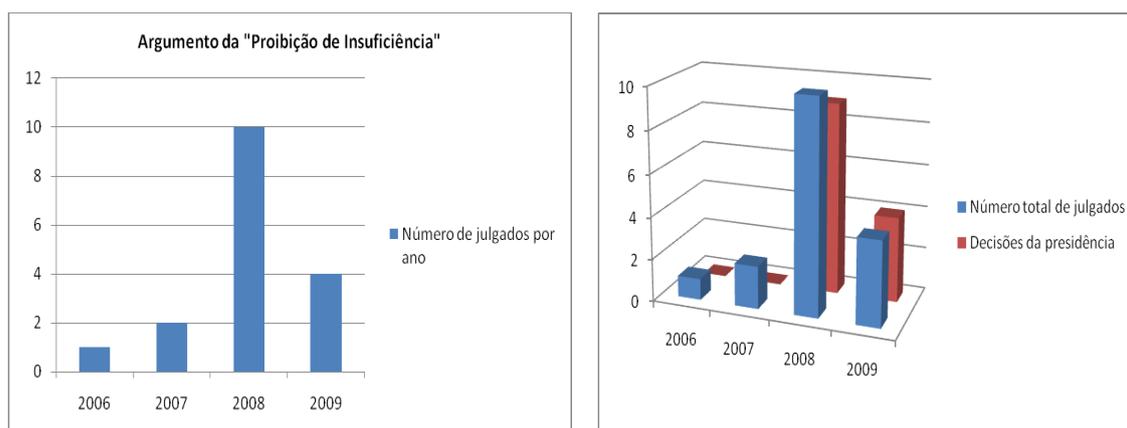
4. A proibição de insuficiência no STF: Visão geral

Neste tópico tratarei o universo de pesquisa em quatro grupos temáticos: direito penal, registros públicos, biossegurança e direitos sociais. Os **17** julgados, assim dispostos, serão aqui analisados sob perspectiva geral, facilitando a abrangência da crítica proposta. No próximo capítulo, então, serão trabalhadas as nuances de cada tema. Trata-se do coração da monografia.

4.1. Panorama inicial das decisões

Inicialmente, vale ressaltar algumas das características gerais do uso do argumento “proibição de insuficiência” pelo STF.

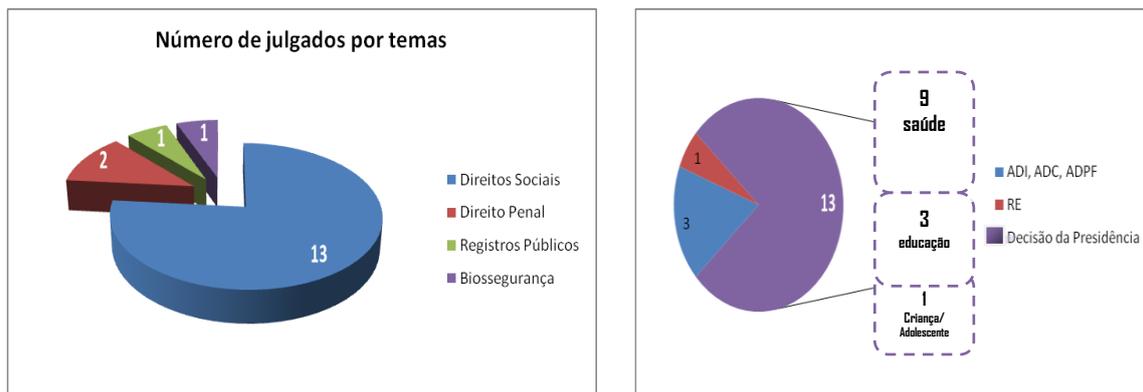
As decisões são recentes e compreendidas num lapso temporal curto, que vai de fevereiro de 2006 até maio de 2009. Estes quatro anos de reconhecimento do argumento, contudo, não demonstram emprego regular, registrando espaçamentos sobretudo entre as primeiras utilizações.



Como se vê, de saída, são escassas as decisões nos dois primeiros anos com uso do argumento da proibição de insuficiência, totalizando 3 julgados: um recurso extraordinário (2006) e duas ações diretas de inconstitucionalidade (2007). O aumento substantivo percebido a partir de 2008 é explicado pelo início da presidência do ministro Gilmar Mendes (em 23.04) e conseqüentemente das decisões que lhe cabem nesta função.⁶¹ Elas representam uma maioria expressiva diante do número total de

⁶¹ Cf. Art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RI/STF).

julgados. Abaixo, procurei demonstrar, através da sobremencionada *divisão temática*⁶², sua correlação com o *tipo de decisão* dos ministros.



Todas as vezes em que o argumento de proibição de insuficiência foi empregado na temática de direitos sociais – na maior parte delas envolvendo o direito à saúde –, ele o foi em decisões da presidência, isto é, em suspensões processuais de liminar (SL), de segurança (SS) e de tutela antecipada (STA). Esse dado é, desde já, de valia à análise, já que essas decisões têm caráter monocrático – ou seja, prolatadas por apenas um ministro, *sem revisão posterior*.⁶³

Em direito penal, é importante destacar que, a despeito de serem poucas as decisões até aqui – apenas duas –, são justamente as primeiras a trazerem o argumento. Assim, a proibição de insuficiência, como consentânea com uma doutrina de “deveres de proteção”, estréia em casos ligados, com maior ou menor intensidade, à questão dos *mandamentos de criminalização* deduzidos da constituição.⁶⁴

Por fim, há decisões isoladas sobre as leis de registros públicos (gratuidade aos registros de óbito e nascimento) e de biossegurança (pesquisa com células-tronco embrionárias), esta, que, pela temática abordada, pode antecipar provável novo uso do argumento em julgamentos atualmente na pauta do STF, como a ADPF 54 (aborto do feto anencefálico).⁶⁵

⁶² Para explicação deste e demais critérios utilizados nesta monografia, cf. 3.1.3, *supra*.

⁶³ Essa assertiva não quer afastar o cabimento de agravo regimental – possível contra despacho que conceder a suspensão, nos termos do art. 297 § 2º RI/STF.

⁶⁴ Cf. 4.3 e 5.1, *infra*.

⁶⁵ A relação entre tais decisões é apontada pelo ministro Gilmar Mendes na ADI 3510 (Biossegurança) à p. 34 de seu voto, e serviu de objeto para monografia da Escola de Formação na verificação de uma relação de precedente. Cf. Flávia Annenberg (2008).

Seguindo esta primeira leitura quantitativa dos julgados, ela também basta para denunciar a predominância de suportes argumentativos “importados” – doutrina e jurisprudência estrangeiras – sobre os nacionais.

Num levantamento do número de citações *exclusivamente*⁶⁶ cingidas ao uso do argumento “proibição de insuficiência” e sua temática “dever de proteção”^{67, 68}, o quadro evidencia, em números⁶⁹, essa desproporção:⁷⁰

Número de citações sobre “proibição de insuficiência” e “dever de proteção”
(Ministros G. MENDES e R. LEWANDOWSKI)

	Doutrina Nacional	Doutrina Estrangeira	Jurisprudência Nacional	Jurisprudência Estrangeira⁷¹
	2 (I. Sarlet)	17 (C.-W. Canaris)	---	4 (BVerfGE 88, 203)
	1 (L. Streck)	2 (Bernal Pulido)	---	1 (BVerfGE 39, 1)
	2 (L. Feldens)	1 (Lopera Mesa) ⁷²	---	1 (BVerfGE 46, 160)
	---	4 (K. Hesse)	---	1 (BVerfGE 49, 89)
	---	4 (J. Dietlein)	---	1 (BVerfGE 53, 50)
	---	4 (I. Münch)	---	1 (BVerfGE 66, 39)
	---	---	---	5 (BVerfGE 77, 170)
	---	---	---	1 (BVerfGE 77, 381)
	---	---	---	1 (BVerfGE 39, 210)
Total	3	20	0	4
Total	2	12	0	12
Total	5	32	0	16

Fonte: levantamento do autor com base nas (17) decisões coletadas.

Legenda:

Referências ao argumento “proibição de insuficiência”

Referências ao argumento “dever de proteção”

⁶⁶ As citações foram recortadas no seu vínculo com o tema. Sempre que a referência for usada em outro contexto, será descartada.

⁶⁷ Para os fins de registro, “imperativo de tutela” foi aqui considerado termo sinônimo.

⁶⁸ Não custa reforçar que são coisas diferentes; não só, no seu país de origem (Alemanha), a jurisprudência é muito mais vasta no uso de deveres de proteção estatais, a doutrina é muito mais tranqüila quanto ao seu reconhecimento – em contraste com a proibição de insuficiência. Cf. 1.2, *supra*.

⁶⁹ Este é o número real de vezes que cada referência aparece nas decisões.

⁷⁰ Estas referências não foram analisadas sob perspectiva mais profunda. É dizer: por trás destes números, pode haver tanto excertos substanciais de definição de um instituto quanto eventuais remissões tópicas sobre jurisprudência.

⁷¹ As referências foram transpostas exatamente como encontradas nas decisões. Elas foram retiradas da obra de Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*. 3ª ed. München, 1996, pp. 35-36 – que não foi incluída no quadro por se tratar de mero repositório de julgados.

⁷² Considerou-se que tal referência tem ligação com a proibição de insuficiência – embora apresentada num contexto de controle de constitucionalidade de leis penais em geral (cf. voto de Gilmar Mendes na ADI 3112, p. 15). Não se trata de qualquer arbitrariedade ou presunção: de posse da obra, constatei que a autora utiliza a proibição de insuficiência como pedra fundamental de tal controle da atividade do legislador em matéria criminal.

Referências:⁷³

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, n.º 98, junho/2005, p. 107.

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

Feldens, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS, 1989, p. 161. **(15/17 citações)**

--- Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003. **(02/17 citações)**

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 798 e ss.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y la ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*: 16. Ed. Heidelberg, 1988, p. 156.

Dietlein, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: 1991, p. 18.

Münch, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar. Kommentar zu Vorbemerkung Art. 1-19, n.º. 22* (ano não mencionado).

De partida, vale apontar, quanto à doutrina, duas informações importantes depreendidas do levantamento: todas as referências à doutrina brasileira são, diferentemente das à estrangeira, afetas ao direito penal.⁷⁴

Além disso, o doutrinador mais utilizado (Canaris), teve 15 de suas 17 citações retiradas do mesmo trecho de sua obra (*Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. Juristische Schulung, 1989, p. 161). Das 15 citações, 13 são utilizadas em cada uma das decisões da presidência – em formato idêntico.

Quanto à jurisprudência, são também duas as informações sobressalentes: mesmo com emprego do argumento ao longo de quatro anos, o tribunal curiosamente ainda não reconhece sua própria jurisprudência: não há registro de qualquer referência a um julgado brasileiro do caso. Mais: embora o ministro Gilmar Mendes – usualmente preocupado com referências à jurisprudência da corte⁷⁵ – tenha utilizado expressamente o argumento-tema entre 2006-2009 em 16 ocasiões (2 ADIs, 1 RE, 13 decisões da presidência), em nenhuma delas fez referência a seus próprios julgados. Não identificou, com isso, seus próprios

⁷³ As referências foram copiadas conforme grafadas nas decisões dos ministros.

⁷⁴ Não se pode perder de vista, contudo, que o julgado de referência ao tema envolve justamente o direito penal: a aludida *segunda decisão sobre o aborto* do Tribunal Constitucional alemão.

⁷⁵ Cf., por todos, voto do ministro na RCL 4.335-5 (AC) de 2007, sobretudo em pp. 13 e ss.

precedentes, a despeito da novidade e força normativa⁷⁶ do argumento de proibição de insuficiência.

Ademais, outro dado que chama a atenção é a relação entre o número de referências aos argumentos “proibição de insuficiência” e “dever de proteção”. É no mínimo inesperado notar que há, no que tange à variável *jurisprudência estrangeira*, três vezes mais referências ao segundo do que ao primeiro argumento. E esse resultado não diz pouco: a despeito de haver muito mais julgados na Alemanha reconhecendo deveres de proteção do que fazendo observar uma proibição de insuficiência,⁷⁷ essa diferença substancial no STF – de doze para quatro – poderia indicar que o tribunal está aplicando *diretamente* a doutrina de deveres de proteção, tendo o argumento da proibição de insuficiência (instrumento racionalizador da incidência de deveres de proteção) valor meramente simbólico.

Essa desconfiança é reforçada à medida que a decisão do Tribunal Constitucional alemão mais citada pelo ministro Gilmar Mendes é referência exclusiva aos deveres de proteção – embora a doutrina mais usada refira-se à proibição de insuficiência.⁷⁸

Tomando-se o *ceteris paribus* fornecido por decisões em sua maioria idênticas – copiadas nos parágrafos referentes ao argumento-tema de julgado a julgado –, a confirmação científica dessa suspeita só não é possível diante de um espaço amostral⁷⁹ ainda incipiente de decisões, que levaria a margens de erro demasiado largas para se afirmar que se trata de um argumento formal, “de fachada”.

4.2. O problema da omissão estatal

Apresentado o panorama das 17 decisões coletadas, com luz sobre determinados aspectos que prenunciam algumas das fragilidades e lacunas argumentativas a se enfrentar adiante, um segundo lance de problemas identificado foi a inexistência, nessas decisões, de *definição* (abstrata) e

⁷⁶ O termo aqui é usado de maneira livre, sem qualquer alusão ao cunhado por Konrad Hesse.

⁷⁷ Cf. tópico 1.3, *supra*.

⁷⁸ Não se pode perder de vista, ainda, que todas as decisões analisadas foram escolhidas precisamente porque utilizam, de modo expresso, o argumento da proibição de insuficiência.

⁷⁹ Tomando-se, aqui, o número total de decisões com emprego do argumento comparado ao número total de decisões do tribunal que utiliza e.g. proporcionalidade como proibição de excesso.

identificação (concreta) de omissões estatais. Este tópico se preocupará com o primeiro desses problemas.⁸⁰

Como se viu, a doutrina não vê na ação insuficiente necessariamente uma omissão *stricto sensu*. Tome-se o exemplo da descriminalização do aborto, no qual um *fazer estatal* resvalaria na proibição de insuficiência.⁸¹

Parece-me, não obstante, que ainda assim se poderia falar aí em omissão, porque, em última análise, o Estado se omite diante de um dever de proteção cuja suficiência e efetividade (que lhe são condição) não são alcançadas senão por sanções criminais. Tratar-se-ia, assim, de uma *omissão em sentido amplo*⁸² – com *ligação direta* a um *rol nítido* de *deveres estatais de proteção bem delimitados*⁸³ – a que ensejaria um controle de suficiência.

Tal definição de omissão – como ação insuficiente –, assim, seria importante para a autonomia do argumento de proibição de insuficiência, que pressupõe que o julgador aponte o critério com base no qual está predicando de *deficiente* a medida estatal sob exame.⁸⁴

Aceita essa premissa, a ausência da definição tem por má consequência inserir, sem maiores reflexões, a ação insuficiente entre as demais referências sobre omissões estatais: qual seria, por exemplo, sua diferença daquela inação objeto de ADI por omissão e mandado de injunção?⁸⁵ Estes são instrumentos previstos constitucionalmente como ações judiciais e servem às *omissões na regulação de um direito*. Poder-se-ia pensar em proibição de insuficiência a esse tipo de omissão? Na ADI

⁸⁰ O segundo problema, de identificação concreta da omissão estatal – como implicado ao primeiro – será genericamente tratado no tópico 4.3, adiante, e permeará a análise dos julgados ao longo de todo o trabalho. Cf. 5.1, 5.2, 6.1, 6.2, 7.1, 7.2, 8.1, 8.3, *infra*.

⁸¹ Cf. Ingo Sarlet (2004), p. 99.

⁸² Este raciocínio não deve ser estranho a penalistas, que na distinção entre tipos omissivos próprios de impróprios nada mais fazem do que separar a omissão em sentido estrito (ex. omissão de socorro, art. 135 CP) de uma omissão ampla, por comissão (art. 13 §2º CP).

⁸³ Os demais requisitos são explicados em seguida, no tópico 4.3.

⁸⁴ “Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.” Cf. Jürgen Schwabe (2005), p. 280.

⁸⁵ Como complicador, pode-se apontar o fato de que o próprio ministro Gilmar Mendes já escreveu sobre a proibição de insuficiência em obras acadêmicas, como também se dedicou à análise de omissões passíveis de controle judiciário em textos apresentados em conferências. Não há, todavia, ligação clara entre os institutos em sua própria produção pessoal, a despeito da contemporaneidade dos escritos. Cf. Mendes (2008-a), p. 333, com Mendes (2008-b), pp. 6 e ss. Tampouco se menciona a proibição de insuficiência nos demais processos envolvendo “omissões inconstitucionais”, conforme sistematização encontrada no sítio do tribunal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> (acesso em: 13.10.2009).

3510 (Biossegurança), à frente analisada, alega-se e.g. insuficiência regulativa.

Ou seria ela pensada para a *inação estatal diante de um dever de prestação material*, como pedidos judiciais de concessão de medicamentos indicam? O indeferimento de suspensão a tutelas antecipadas, liminares e seguranças que garantiam tal concessão tem essa omissão por base.⁸⁶

Essas questões não são respondidas pelos ministros que empregam o argumento – Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski –, e sozinhas constituem crítica importante à sua utilização como instrumento decisório. A única pista dada é uma colagem feita por Mendes na ADI 3112 (Desarmamento) e ADI 3510 (Biossegurança) da mencionada *segunda decisão sobre o aborto*, que destaca a seguinte passagem:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levam a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

O próprio ministro, todavia, não desenvolve esse raciocínio em sua decisão. Além disso, mesmo apresentada como integrante do controle de proporcionalidade normativa – tal qual uma “irmã” da proibição de excesso –, nenhuma das decisões sobre proibição de insuficiência enfatiza uma *omissão desproporcional*. Por quê?

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

4.3. O problema dos deveres estatais de proteção na constituição

Um terceiro lance de problemas que surgiu desta análise geral é quanto à existência de deveres de proteção no ordenamento brasileiro e as possibilidades de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸⁶ Cf. 8, *infra*.

Não há realmente nada de inovador em se afirmar que o Estado está vinculado, pela constituição, a certas prestações normativas e materiais. A jurisprudência do STF é pacífica nesse sentido.⁸⁷

Contudo, a nomenclatura “deveres de proteção” em si não parece usual no tribunal. Trata-se, muito além da mera referência àquela vinculação do Estado a prestações, acima exposta, de um significante (*Schutzpflichten*⁸⁸) que chega ao STF como *empréstimo constitucional (teórico)*⁸⁹: há uma doutrina própria que lhe fundamenta, definindo abstratamente suas hipóteses gerais de incidência, ou seja, *seu alcance*. Esses mesmos cuidados, porém, não são tomados pelo STF.⁹⁰

Determinar seu alcance seria importante pelo motivo já levantado:⁹¹ o reconhecimento de deveres de proteção impostos ao Estado leva a uma releitura da conformação dos direitos fundamentais. Em outras palavras: não é assim raro que, quando o Estado atenda certo dever de proteção ao indivíduo contra lesão ou ameaça de terceiros, ele, com isso, afete algum direito fundamental defensivo destes (i.e. uma liberdade).⁹² Aqui entraria a idéia das *colisões* na conformação de direitos fundamentais e dos *sopesamentos* que as resolvem. Logo, não se pode irrefletidamente conceber que tais deveres de proteção somente *expandam* a esfera de direitos individuais⁹³ – deve-se assumir, como potencial consequência, a restrição de direitos de terceiros.

Outro ponto problemático – por não ter suas consequências bem exploradas, de modo explícito – da adoção sem filtros de “deveres de proteção” é seu vínculo necessário com uma *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, reforçado por Mendes em remissão à jurisprudência alemã:

⁸⁷ Cf., exemplificativamente, voto do Min. Celso de Mello na ADPF 45, RE 410.715-5-AgR e RE 436.996 AgR/SP, e do Min. Marco Aurélio no RE 431.773/SP.

⁸⁸ Cf. 1.2 e 1.3, *supra*.

⁸⁹ Entendido aqui como aplicação no Brasil de teorias constitucionais desenvolvidas em outros países. Cf. Virgílio Afonso da Silva (2009), p. 608, para síntese do instituto do empréstimo.

⁹⁰ Há, nos votos analisados, apenas preocupação em definir deveres de proteção no contexto do que seria uma nova etapa do constitucionalismo, em que o Estado se obrigaria não apenas a se omitir a fim de assegurar certos direitos (direitos de defesa) como também a garantir outros contra agressão de terceiros (deveres de proteção) : “[O] Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).” Cf. voto Min. G. Mendes na ADI 3112 (Desarmamento), p. 8.

⁹¹ Cf. 1.2 e 1.3, *supra*.

⁹² Cf. Dieter Grimm (2005), p. 149. Cf. 1.2, *supra*.

⁹³ O ministro não usa estes termos, é bom ressaltar. A explicação é necessária para reforçar a importância de se fixar o alcance desses direitos. Para crítica geral de deveres de proteção, cf. Rainer Wahl/Johannes Masing (1990), pp. 554 e ss.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. (p. 8, ADI 3510)

Ainda segundo ele, a mencionada mudança no papel do Estado possibilita a visão de que a existência de *deveres genéricos de proteção* relativiza a separação entre as ordens constitucional e legal, apontando uma *irradiação dos efeitos* desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

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

Há, aqui, duas complicações: a primeira é quanto à incidência desses deveres de proteção, já que nem sempre corresponderão a uma pretensão pessoal contra o Estado (i.e. uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais). É de se perguntar em que situações o indivíduo, assim, poderia exigir o cumprimento de um dado dever de proteção, pelo Estado.⁹⁴

A segunda é a existência de deveres de proteção decorrentes de normas e valores constitucionais, implicando, em direito penal, *mandamentos de criminalização implícitos*. As duas decisões que usam proibição de insuficiência no âmbito do direito penal – destrinchadas abaixo (5.1.1, 5.1.2) –, apontam a existência desses mandamentos.

Em que pese à controvérsia sobre tais ordens implícitas – no que poderiam desconsiderar a margem de ação do legislador⁹⁵ –, seu reconhecimento pelo tribunal não é algo em si criticável: a própria constituição dá espaço à dedução de garantias decorrentes de seu regime e princípios (art. 5º §2º CF) – ou seja, não expressas. Não mereceria tanto alarde, ademais, na medida em que outros direitos garantidos – notadamente os “direitos de defesa” – ainda lhe serviriam de limite.

⁹⁴ Novamente, parece inevitável a comparação com os instrumentos do MI e ADI por omissão. Sobre o (infundável) debate sobre os contornos e cambialidade entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, cf. Ingo Sarlet (2004), pp. 80 e ss, e Robert Alexy (2008), pp. 452 e ss.

⁹⁵ Cf. Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins (2006), p. 77.

Todavia, se somada à inexistência de contornos nítidos do instrumento da proibição de insuficiência – bem como de um conceito preciso da omissão estatal que autorizaria seu uso concreto –, não é descabida a preocupação com possível postura proativa do tribunal sobre os demais poderes: alegando certo dever estatal de proteção implícito ao texto constitucional, poderia passar a controlar todo tipo de omissão – inclusive em áreas já reguladas, sob o argumento de sua insuficiência.⁹⁶ Isso só reforça a necessidade de fiscalizá-la enquanto argumento para decisão.

Para melhor visualização dessas complicações, deve-se ter em mente que os efeitos do dever de proteção dão-se em *relações poligonais*^{97, 98}.

Fora o nome excêntrico, a idéia é simples e retoma a importância da determinação do alcance desses deveres: se eles servem para proteger indivíduos de terceiros (indivíduos), estes também podem ser titulares de direitos fundamentais de defesa que, em alguma medida, colidam com o dever de proteção.⁹⁹ O exemplo do aborto facilita a compreensão: o Estado tem o dever de proteger a vida do nascituro (d1). A mãe tem um direito (tipicamente defensivo) à disposição do próprio corpo, i.e. a uma liberdade em face desse Estado (d2). A vida do nascituro (d1), assim, é protegida pelo Estado contra agressão da mãe (aborto), que *prima facie* é exercício de um direito seu (d2) oponível contra o Estado. Eis o polígono (triângulo):¹⁰⁰ nascituro ^ Estado ^ mãe. Ou: (d1) ^ (E) ^ (d2).¹⁰¹

Por mais teórico que pareça, essa identificação é crucial para se falar em proibição de insuficiência *se, com ela, se quiser aferir proporcionalidade da ação insuficiente*.¹⁰² Afinal, é rigorosamente nesta constelação poligonal que há colisão de direitos, logo, espaço para ponderação.¹⁰³

⁹⁶ Sobre os problemas de tal aplicação direta pelo Tribunal Constitucional, cf. Wahl-Masing Rainer Wahl/Johannes Masing (1990), pp. 553 e ss.

⁹⁷ Ou relações multipolares (*mehrpölige Verhältnisse*), se contrastadas às clássicas relações bipolarizadas (lineares) de direitos fundamentais envolvendo apenas Estado ^ cidadão. Cf. Christian Calliess (2001), p. 258.

⁹⁸ É possível a existência de deveres de proteção em relações bipolares (ou lineares) de direitos. Cf. Lee (2007), pp. 304-305.

⁹⁹ Cf. Christian Calliess (2001), p. 258, bem como tópico 1.2, *supra*.

¹⁰⁰ Essa relação é representada abstratamente pelo Estado, no topo, e os particulares no piso do triângulo: um deles como interveniente (agressor, favorecido) no direito do outro (agredido, prejudicado). Cf. Christian Calliess (2001), pp. 258-261.

¹⁰¹ Estas relações complexas são comumente tratadas em obras acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Cf. Paula Gorzoni (2006).

¹⁰² Essa importância ficará clara na análise da ADI 1800, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Cf. capítulo 6, *infra*.

¹⁰³ Cf. Chien-Liang Lee (2007), pp. 305 e ss.

4.4. O problema entre "proporcionalidade e omissão"

É desse espaço para ponderação que cuida este último tópico da SEÇÃO 2. Aqui se deve lembrar a segunda hipótese de trabalho: além de incoerente, o uso da proibição de insuficiência – contrariando o que por vezes é sua apresentação doutrinária e jurisprudencial – talvez não seja realmente voltado a um juízo de proporcionalidade da inação estatal, ou qualquer outra coisa.¹⁰⁴

Reconhecido expressamente pelo STF há anos, o controle de proporcionalidade das normas – *como dever de proibir o excesso da ação estatal* – é fundamento de diversas de suas decisões,¹⁰⁵ em que pese às críticas sobre a metodologia utilizada para tanto.¹⁰⁶

Não é este o tópico adequado para uma discussão detida sobre o quanto de proporcionalidade rigorosamente está em jogo no argumento da proibição de insuficiência. Voltarei a esse problema à frente.¹⁰⁷ O que importa aqui é a certificação de que o STF veja no argumento algum vínculo entre proporcionalidade e omissão. É com base nessa premissa, desde que estabelecida pelo próprio tribunal, que se pode pensar em dirigir-lhe crítica.

Estes exemplos são retirados das decisões a seguir analisadas:

[Sobre a proibição de insuficiência] Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. (p. 9, RE 418.376-5/MS)¹⁰⁸

Trata-se, esta acima, da decisão que estréia o argumento no tribunal, de autoria do ministro Gilmar Mendes. Nela se pode ver com nitidez que a proibição de insuficiência é entendida como uma das (duas) possibilidades

¹⁰⁴ Como se discutiui acima, quando foi explicado e minimamente desenvolvido o conceito de proibição de insuficiência, ela não precisa ser necessariamente entendida como um controle de proporcionalidade – ainda que sua nomenclatura denuncie esse objetivo. Pode, sim, ser pensada como argumento judicial diante do não-cumprimento de certos deveres de tutela pelo Estado. É de importância crucial para análise, assim, confirmar a pretensão do uso do argumento, porque é seu alcance visado que dimensiona a avaliação possível de seu uso.

¹⁰⁵ Cf. Bruno Ramos Pereira (2009), para estudo detido das decisões do Min. Gilmar Mendes.

¹⁰⁶ Cf. Leonardo Martins (2004), p. 20, e Virgílio Afonso da Silva (2002), pp. 31 e ss.

¹⁰⁷ Cf., em especial, a análise dos julgados ADI 1800 (cf. 6, *infra*) e ADI 3510 (cf. 7, *infra*).

¹⁰⁸ Todas as referências a decisões do STF neste trabalho terão por padrão o número da página correspondente *no voto do ministro*, e não no julgado em si, a não ser quando assim indicado.

da verificação de proporcionalidade. A omissão que lhe serviria de objeto, contudo, não é nomeada nesses termos exatos, senão por via indireta:

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente do excesso do Estado [...], ou] pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social [...].” (pp. 7-8, RE 418.376-5/MS)

E continua o Professor Ingo Sarlet: “A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)”. (pp. 7-8, RE 418.376-5/MS).

As decisões seguintes mantêm essa mesma linha argumentativa:

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

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

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

Elas comprovam, assim, que o STF – na figura dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – entende, sim, estar controlando a proporcionalidade de ações estatais quando utiliza o argumento da proibição de insuficiência.

5. Direito penal

Direito Material	Nº do processo	Data do julgamento	Dever de proteção ¹⁰⁹	Origem do ato normativo ¹¹⁰	Omissão	Ministro responsável
Direito Penal	RE 418.376-5 (MS)	09.02.2006	Criança/Adolescente (art. 227 CF)	Federal	Não há	Min. G. MENDES
	ADI 3112	02.05.2007	Nenhum	---	Não há	

5.1. Análise dos julgados¹¹¹

5.1.1. RE 418.376-5 (MS):

Relato: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 418.376-5 (MS) foi o primeiro caso em que o STF utilizou o argumento da proibição de insuficiência.

Trata-se de recurso contra decisão que ordenou a prisão do autor de estupro praticado contra incapaz. Com fundamento em dispositivo então vigente do Código Penal, o réu defende que a extinção da punibilidade em virtude do posterior casamento entre autor e vítima seria estendível, mediante analogia *in bonam partem*, à união estável (art. 107 VII CP). Do contrário, haveria violação à equiparação constitucional entre casamento e união estável para fins de reconhecimento de unidade familiar (art. 206 §3º CF).

O tribunal, por maioria, indeferiu o recurso nos seguintes termos da ementa:

O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima – a menor impúbere violentada – com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável [...] sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. (p. 649, julgado integral)

¹⁰⁹ Não custa reiterar, aqui, que o dever de proteção aqui considerado nos quadros será sempre aquele declarado (ou pressuposto) pelo ministro no voto, *mesmo que outra terminologia*. Assim, mesmo que nem sempre, com rigor, exista ou se fale efetivamente em um dever de proteção, será indicado o fundamento empregado na decisão para autorizar um *controle de suficiência* das ações estatais.

¹¹⁰ Idem quanto à omissão considerada.

¹¹¹ A análise “dos julgados”, a despeito do nome, se preocupará muito brevemente de um resumo do objeto analisado pelo tribunal e eventuais apontamentos dos ministros, dando espaço ao que mais de perto interessa aqui: uma análise mais detida dos votos que utilizam o argumento-tema.

Argumentação do ministro: Em seqüência ao voto do relator original do caso – o ministro Marco Aurélio, que deferiu o recurso –, iniciou o ministro Joaquim Barbosa divergência que seria acompanhada, na ordem, pelos ministros Eros Grau e Cezar Peluso em termos próximos:¹¹² não haveria relação marital autêntica (necessária à incidência do dispositivo penal benéfico ao autor do estupro) no caso de impossibilidade de consentimento válido de uma das partes, tal qual no presente caso.

Após pedido de vista que, renovado, *atrasou a decisão do tribunal em quase um ano*, o Min. Gilmar Mendes apresentou voto acompanhando a divergência iniciada, sinalizando a existência de deveres do Estado:

[S]e é dever do Estado proteger a família, também é seu dever, conforme preceituado no art. 227 da Constituição Federal, '[...] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], 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*'.
(p. 6 do voto, grifos no original)

Em seguida define união estável como "relação de convivência e afetividade que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantêm com intuito de constituírem família."¹¹³

Embora este pudesse figurar como fundamento em si do voto – na esteira dos ministros que o antecederam –, o ministro não pára por aí. Tomando *ad argumentandum tantum* uma aplicação analógica da união estável ao dispositivo penal benéfico ao recorrente – *que fala em casamento*¹¹⁴ –, Mendes indica que, fosse esta a conclusão do julgado, ela desconsideraria a proteção devida à família e à criança e ao adolescente, a qual, constitucionalmente prevista, seria suficiente para afastar a interpretação pretendida pelo réu, e completa:

[E]star-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade,

¹¹² É sempre tarefa árdua buscar um *consenso real* nas decisões do STF. A ausência de deliberação – denunciada por uma superposição dificilmente racional dos votos de cada ministro – torna um tanto temerária a iniciativa de se conjugar, em grupos, opiniões isoladas e nem sempre compatíveis – mesmo quando se dizem concordantes. Não perdendo isso de vista, tomarei, aqui e ao longo do trabalho, a ementa como norte "interpretativo" para apresentar termos de entendimento entre ministros, mesmo que nem sempre seja expressamente mencionada.

¹¹³ Cf. voto, p. 7.

¹¹⁴ Cf. redação do (revogado) art. 107 VII CP.

caracterizando típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (p. 7)

Assim, Mendes vê diante dos fatos um dever de proteção imposto ao Estado, apontando que seu cumprimento equivaleria, em direito penal, a um *garantismo positivo* que proibiria o Estado de não criminalizar certas condutas lesivas a direitos fundamentais. Eis a proibição de insuficiência:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade [... Ela] adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (p. 7)

A este fragmento seguem citações de doutrina brasileira,¹¹⁵ que aproveitam à conclusão do ministro de que, conferir à situação sob exame *status* de união estável para fins de extinção da punibilidade “não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente” – no que todos os poderes da república estariam vinculados a proteger e garantir a dignidade das pessoas.¹¹⁶⁻¹¹⁷

Análise da argumentação: O ministro Gilmar Mendes procura, no voto, inibir a equiparação entre casamento e união estável – e com isso, a subsunção da situação de estupro de uma criança por seu tutor àquela excludente de punibilidade do Código Penal, hoje revogada.

A questão traz um complicador, já que esse raciocínio afasta a aplicação de norma (penal) mais benéfica ao réu – tranqüila na doutrina e jurisprudência.

Presumindo ser tal aplicação contornável, Mendes peca por excesso: mesmo depois de *definir* união estável – o que impediria *per se* que a

¹¹⁵ Cf. 4.4, *supra*.

¹¹⁶ Esse julgamento lembra os termos da decisão do tribunal alemão, sobretudo quanto à questão de se poder ou não abrir mão da via do direito penal, e quanto à necessidade de se proteger a dignidade das pessoas. Cf. tópico 1.3, *supra*, e Jürgen Schwabe (2005), pp. 273-294.

¹¹⁷ É interessante, ainda, notar que o ministro Carlos Britto, que votou em seguida, acompanha *expressamente* e com elogios os termos do voto do ministro Mendes, *sem qualquer ressalva*. Teria ele também concordado com o argumento da proibição de insuficiência, aqui usado pela primeira vez? Cf. pp. 692-693 do julgado integral.

hipótese dos autos fosse vista como tal –, procura justificar a vedação à analogia *in bonam partem* indicando um dever do Estado de suficiência na proteção a direitos fundamentais. É um argumento necessário?

A construção de Mendes é engenhosa. A interpretação *pro reo*, no caso, não poderia ser aceita porque, sob pretexto de preencher suposto vácuo normativo com *aplicação da norma mais benéfica*, tornaria vulnerável a posição do menor incapaz. Afinal, é disto que se trata: o *casamento* do autor com a vítima de estupro – causa de extinção de punibilidade então vigente – pressupõe vontade válida e expressa *seguidos os requisitos legais*¹¹⁸, sendo ele aqui, de partida, juridicamente impossível, portanto.

Ora, teria sido o legislador penal omissivo quanto não descartou expressamente, naquele artigo do Código Penal, a possibilidade de união estável? Parece evidente que não. Trata-se de hipótese comum de *interpretação sistemática*, como aquela que integra e completa o sentido de normas que, em virtude de limitações naturais dos prognósticos de seu criador – certamente impossibilitado de prever todas as situações fáticas e normativas potencialmente relacionadas àquela hipótese –, exige leitura supletiva do ordenamento vigente.

Não há, assim, com rigor, *qualquer omissão do legislador neste caso* – o que deveria afastar a idéia de uma “ação insuficiente” do Estado. Contudo, Gilmar Mendes utiliza uma concepção peculiar do alcance possível ao controle de proporcionalidade para usá-lo não como *regra de aplicação*, senão como *regra de interpretação*.¹¹⁹

Explico: mesmo não reconhecendo uma omissão estatal – parcial, que fosse –, o ministro se vale do raciocínio de sopesamento inerente à proporcionalidade (aqui, no vetor *proibição de insuficiência*) para abstratamente percorrer a ponderação que o legislador deveria fazer caso tivesse pensado na hipótese dos autos quando da criação do dispositivo penal. Em outras palavras, o ministro repensa o momento de criação

¹¹⁸ Na situação dos autos, por força de presunção do legislador, não poderia, por exemplo, haver casamento – *porque faltaria idade à vítima do estupro*. Daí ter o réu tentado a saída da equiparação à união estável mediante analogia *in bonam partem*.

¹¹⁹ Este me parece rigorosamente o mesmo tipo de raciocínio que o Min. Gilmar Mendes emprega no HC 83.996-7/RJ de 2004, no qual a proporcionalidade – como *proibição de excesso* – era fundamento da não-subsunção do comportamento do réu (o diretor Gerald Thomas) à norma tipificadora de “ato obsceno” (art. 233 CP). Para leitura próxima, entendendo porém a proporcionalidade aqui como *forma de argumentação*, cf. Virgílio Afonso da Silva (2005), p. 63.

legislativa 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.¹²⁰ Caso o fizesse, violaria um dever de proteção constitucional (à criança e ao adolescente) – dando azo ao controle de proporcionalidade pautado na proibição de insuficiência.

Não só esse uso da proporcionalidade é controverso – porque, se levado às últimas conseqüências, implica ingerência constante na atividade criativa do legislador –, como parece *absolutamente desnecessário* à solução do caso: como fez a maioria dos ministros, uma definição consistente de união estável (à luz do ordenamento) seria bastante para afastar sua caracterização nesta situação dos autos.

Não há, por fim, quaisquer critérios objetivos expostos pelo ministro para a determinação de uma medida insuficiente – nem mesmo a transposição eventual dos critérios da proibição de insuficiência (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹²¹

Ao optar por apresentar a proibição de insuficiência neste caso, não posso deixar de perceber uma preocupação mais abrangente do ministro Gilmar Mendes, que em muito extrapola a “mera” solução deste RE. A essa aplicação questionável de proporcionalidade somam-se os problemas da presença de fundamento bastante ao caso e da ausência de um reconhecimento do ministro de que estava, sim, realizando um controle de constitucionalidade do Código Penal – porque, afinal, é disso que trata a proporcionalidade.

5.1.2. ADI 3112:

Relato: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3112, julgada em maio de 2007, pede a inconstitucionalidade da Lei 10.826/03 – o “Estatuto do Desarmamento”. Trata-se de julgamento de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que abrange todas as ADIs a respeito do tema.

¹²⁰ É de se pensar se isso mudaria alguma coisa, aqui: com rigor, o problema dos autos não é de equiparação entre união estável e casamento, mas de definição de união estável e dos contornos da unidade familiar que geral. Seria abrangente o bastante para considerar válida como tal a convivência com menor de 14 anos?

¹²¹ Numa avaliação formal, Bruno Ramos entende possuir esta decisão de Mendes *coerência forte* – retomada escala que apresentei acima, cf. 3.1.2 rodapé –, por reunir três alicerces argumentativos: (i) um conceito (funcional) de proporcionalidade, (ii) justificativa de sua aplicação e (iii) aplicação do conceito em si no caso concreto. Cf. Bruno Ramos Pereira (2009), pp. 102 e 26.

As alegações das partes dividem a inconstitucionalidade da lei nos seguintes pontos: inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e por invasão de competência, e inconstitucionalidade material por violação a garantias e direitos fundamentais (presunção de inocência, propriedade, livre exercício da profissão, segurança, incolumidade física e vida), em parte mediante intervenção irrazoável e desproporcional do Estado.

O tribunal afastou por unanimidade as alegações de vício formal, julgando por maioria a ADI parcialmente procedente quanto aos artigos 14, 15 e 21 da lei, por violação à presunção de inocência e à proporcionalidade.

Argumentação do ministro: Após refutar qualquer vício formal e alegados vícios materiais quanto à propriedade, livre exercício da profissão, segurança, incolumidade física e vida, Gilmar Mendes elege como questões centrais do caso: (i) a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 ED) e de disparo de arma de fogo (art. 15 ED), (ii) e insuscetibilidade de liberdade provisória aos crimes de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal e tráfico internacional (art. 21 c. arts. 16, 17, 18 ED).

Com base nessas questões o ministro propõe um modelo de controle da legislação criminal pautado em dois aferidores: (1) um de proporcionalidade da medida legislativa, e (2) outro baseado em níveis de intensidade possíveis à intervenção judicial possível sobre a margem de ação do legislador penal.¹²²

O primeiro critério deste modelo – que mais de perto me interessa, aqui – é o controle da proporcionalidade das leis em sua dupla-face: uma proibição de excesso e outra de insuficiência, que formatariam a margem de ação constitucionalmente conferida ao legislador na escolha de medidas concretizadoras de mandamentos constitucionais de criminalização^{123 124}.

¹²² Este segundo critério parte da proporcionalidade para dispor um escalonamento das intervenções judiciais possíveis frente à atividade do legislador em três níveis. No terceiro e mais interventivo nível de controle judicial, “o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador”, segundo o ministro (p. 24 do voto).

¹²³ Não parece acertado o uso feito pelo ministro do termo “mandato de criminalização” – abundante e.g. entre autores espanhóis –, pois, com rigor, não há representação implicada, aqui.

¹²⁴ O ministro traz novos refinamentos, sustentando ser a *reserva de lei penal* uma *reserva de lei proporcional*, a proporcionalidade como vedação ao excesso e à insuficiência configuram o espaço de ação do legislador. Para uma análise crítica da existência de tais reservas legais, cf. sobretudo Virgílio Afonso da Silva (2009), *passim*.

Finda a exposição sobre o modelo – não sem antes recorrer a inúmeras citações de doutrina e jurisprudência, sempre estrangeiras –, o ministro passa, de maneira disruptiva, à análise das questões centrais mencionadas. Vota, ao final, apenas pela inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto no que diz ferir a presunção de inocência (art. 5º LVII CF), vedação de prisão *ex lege* (art. 5º LXI CF) e proporcionalidade *como proibição de excesso* – integrando, quanto a este ponto, a decisão majoritária.¹²⁵

Análise da argumentação: No tópico que discorre sobre a (dupla face da) proporcionalidade, Gilmar Mendes está assumidamente empenhado na construção de um modelo teórico que quer fazer integrar à metodologia decisória do tribunal a partir de então.

É dizer: o ministro permite-se uma digressão em meio ao julgamento para expor, paralelamente ao tema sob exame, um modelo que reputa adequado à necessária fiscalização da atividade do legislador penal pelo tribunal – definindo, com ele, a margem de ação legislativa na definição de políticas criminais.

Novamente, portanto, Gilmar Mendes utiliza o argumento de proibição de insuficiência objetivando sua sedimentação como instrumento decisório do tribunal – desta vez acompanhada de outros *empréstimos*.¹²⁶ Não há – e, aqui, reconhecidamente – qualquer utilidade do argumento ao objeto da ADI. Não há qualquer vínculo específico entre o Estatuto do Desarmamento e uma ação deficiente do Estado, nos termos da decisão.

Tal acontecimento possui, parece-me, um significado muito claro: ao construir o que chama de *um modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis penais*, o ministro opta por apresentá-lo numa decisão de grande extensão política e visibilidade social. O Estatuto do Desarmamento propiciou intenso debate público e contou com participação popular direta, em virtude do referendo (art. 35 ED) 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.

¹²⁵ Não obstante, Gilmar Mendes, juntamente com os ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, foi vencido na decisão concernente aos arts. 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento, considerados inconstitucionais pela maioria.

¹²⁶ Modelo de controle trifásico da intervenção judicial sobre atividade legislativa, utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão. Cf. Robert Alexy (2008), pp. 468-469.

É dizer: 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 Estado e sociedade civil que o colocou entre os maiores julgados do STF naquele ano.

Uma construção complexa e demorada de modelo para, nas *nove* páginas finais (de trinta e três) do voto, decidir que o Estatuto do Desarmamento é em parte inconstitucional em função de violação ao princípio da presunção de inocência pelo legislador, o qual, ao proibir a liberdade provisória com ou sem fiança, tornou obrigatória a prisão cautelar do acusado por crimes definidos na lei – retirando, com isso, qualquer poder do juiz de decidir sobre a necessidade dessa medida cautelar à luz de cada caso.

Além de disruptiva, essa parte final do voto é pouco desenvolvida e até contraditória.¹²⁷ Gilmar Mendes limita-se a dizer que se trataria de “um excesso legislativo e, portanto, uma violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), que exige a atuação do tribunal quanto ao controle de sua constitucionalidade”.¹²⁸

5.2. Conclusão do capítulo

Este tópico de conclusão parcial deve ser um *locus* em que se conjugam dados objetivos dos julgados com outros subjetivos da análise então feita. Tais parciais alimentarão a conclusão final, em linhas gerais.

Diante dos primeiros usos feitos do argumento-tema, não me parece exagerado neles reconhecer tentativa do ministro Gilmar Mendes de enxertar um novo instrumento à metodologia decisória do tribunal.

Isso se evidencia na constatação de que a proibição de insuficiência não era necessária para a solução das questões trazidas à análise: na

¹²⁷ Isto porque, logo em seguida, no parágrafo derradeiro, sumariza que o artigo 21 do Estatuto do Desarmamento seria inconstitucional por violar “o princípio da presunção de inocência, o princípio que exige a fundamentação de toda e qualquer ordem de prisão, assim como o princípio da proporcionalidade.” A citação anterior parecia evidenciar que a proporcionalidade não era vista, no caso, como princípio singular, senão como meio de se aferir justamente um excesso na intervenção sobre a norma que garante a presunção de inocência. Aparece, aqui, como desproporcionalidade da sanção em relação às demais previstas pelo Código Penal (como no caso do homicídio, citado pelo próprio ministro). Cf. p. 33 do voto (486 da decisão). Para esta ambigüidade inerente à proporcionalidade, cf. Humberto Ávila (2009), p. 161.

¹²⁸ Cf. p. 33 do voto.

primeira (RE 418.376-5/MS), o argumento serve de fundamento coadjuvante da decisão do ministro, que tem como (sucinto) protagonista aquele defendido pela maioria do tribunal. Mesmo assim, Mendes não se preocupou em detalhar os critérios de uma avaliação de suficiência da ação estatal deficitária – até porque, com rigor, lá não havia uma senão *em potencial*.

No segundo (ADI 3112), o argumento simplesmente foi trazido como anexo a um modelo que se pretende aplicável a todas as questões constitucionais no contexto da legislação penal. Tudo em teoria – e numa das decisões de maior visibilidade social do ano em que foi proferida. Enfeixa certa ironia, contudo, a percepção de que o voto mais bem fundamentado e detido acerca da proibição de insuficiência no STF seja, até hoje, o desta ADI – em que ela assumidamente não é o fundamento da decisão e nem sequer se relaciona à hipótese dos autos.¹²⁹

¹²⁹ Não seria tão problemático o fato de o ministro ter introduzido um modelo teórico num caso que dele prescindisse para sua resolução, não fosse a ausência de referências a ele nas decisões futuras. Em outras palavras: somente faria sentido trabalhar o argumento da proibição de insuficiência em termos abstratos – numa digressão ao caso concreto sob exame – se constituísse precedente/padrão para as próximas decisões. Como se verá, oportunidade para isso houve – mas tais remissões, não.

6. Registros Públicos

Direito Material	Nº do processo	Data do julgamento	Dever de proteção	Origem do ato normativo	Omissão	Ministro responsável
Registros Públicos	ADI 1800 (ADC 5)	11.06.2007	Cidadania (art. 5º LXXVI CF)	Federal	Não há	Min. R. LEWANDOWSKY

6.1. Análise do julgado

Relato: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1800 cuida de pedido formulado por associação de notários e registradores impugnando a Lei nº 9.534/97, no que regula a matéria de registros públicos para conferir gratuidade aos registros de nascimento e óbito, bem como às suas primeiras certidões, pedindo liminarmente a suspensão desse dispositivo.

A autora da ação alega que a garantia à sua remuneração é atingida por dispositivo legal que amplia o dever constitucional de gratuidade de registros a qualquer cidadão e não apenas aos “reconhecidamente pobres” nos termos do art. 5º LXXVI CF. Tratar-se-ia, conclui, de intervenção estatal ilegítima nos serviços exercidos em caráter privado (art. 236 CF).

Relator originário, o então presidente Ministro Nelson Jobim indefere a liminar e, no mérito, julga improcedente a ação num voto breve, que fixa: (i) que tais registros são ligados ao exercício da cidadania nos termos do art. 5º LXXVII CF, que prescreve gratuidade a qualquer cidadão; e (ii) que não há obrigação constitucional do Estado de instituir emolumentos (taxas remuneratórias de serviços públicos) para todos os atos que delega o poder público.¹³⁰

Em seqüência ao voto de Jobim, o ministro Ricardo Lewandoswki pede vista dos autos – paralisando por mais de um ano o julgamento –, para também julgar improcedente a ação à luz de novos argumentos, que o tornam o relator para acórdão do caso.

Argumentação do ministro: Para Lewandowski, haveria congruência entre a prescrição constitucional que garante a gratuidade dos registros de

¹³⁰ A ADC 5, com o mesmo objeto, tem ementa próxima: “Declaração de constitucionalidade de arts. da lei nº 9534/97. Registros públicos. Nascimento. Óbito. Assento. Certidões. Competência da União para legislar sobre a matéria. Arts. 22, XXV e 236, §2º. Direito intrínseco ao exercício da cidadania. Gratuidade constitucionalmente garantida. Inexistência de óbice a que o Estado preste serviço público a título gratuito. [...]” (ADC 5-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19/09/03, sem grifos no original).

nascimento e de óbito e o interesse geral, já que a intervenção estatal na esfera privada somente se justificaria para fazer preponderar o interesse da coletividade sobre o individual. Contudo, essa intervenção estatal não poderia esvaziar por completo o caráter privado da prestação de serviços de registro, devendo ser analisada à luz de uma ponderação de valores constitucionais, sob o prisma do princípio da proporcionalidade em suas *duas* facetas: as proibições de excesso e de proteção deficiente do Estado.¹³¹

Não seria caso, de acordo com Lewandowski, de os dispositivos legais impugnados serem desproporcionais por excesso, porque os notários e registradores exerceriam tantos outros serviços lucrativos que a isenção de emolumentos neles estabelecida não seria capaz de romper o equilíbrio econômico-financeiro da atividade, inviabilizando a sua continuidade.¹³²

Quanto à insuficiência, o ministro a analisa nestes termos:

De outra banda, vejo que a medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos direitos de cidadania. (pp. 6-7)

Com esse argumento, o ministro Ricardo Lewandowski conclui que a limitação imposta aos serviços notariais e de registro pela lei impugnada é proporcional pois *conjugaria as proibições de excesso e insuficiência*. Este é o fundamento da decisão, de acordo com o ministro.¹³³

Dos ministros que votam em seguida – acompanhando o relator, com exceção de Marco Aurélio –, vale reproduzir a opinião de Eros Grau, que a despeito de seguir o voto de Lewandowski, fá-lo com a seguinte ressalva:

¹³¹ Cf. p. 6.

¹³² Idem.

¹³³ É o que também se depreende da leitura do Informativo nº. 471 do STF (11-15.06.2007): “[...] o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, ressaltou que, não obstante o entendimento de se tratar de serviço público prestado por delegação, a intervenção estatal não poderia anular, por completo, o caráter privado (CF, art. 236) - cuja continuidade depende da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro -, o que não vislumbrou no diploma legal em tela, quando examinado à luz de uma ponderação de valores constitucionais, especialmente sob o prisma da proporcionalidade. *No ponto, salientando que o princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente, concluiu que os dispositivos impugnados não incidem em nenhum deles.* Afirmou que [...] tais dispositivos legais buscam igualar ricos e pobres em dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua condição ou sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da CF.”

Não existe constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo o princípio da proporcionalidade. [...] Afirmo e reafirmo que julgamos a constitucionalidade, não a proporcionalidade das leis. [...] Faço registrar essa observação – para todo o sempre. No futuro, quando alguém vier a escrever sobre o Tribunal, saberá que jamais concordei em participar do controle da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. (p. 131, julgado integral)

Análise de argumentação: O ministro Ricardo Lewandowski apresentou voto-vista com fundamento diferenciado do voto já proferido pelo ministro Nelson Jobim: tratar-se-ia, a decisão, da aferição de proporcionalidade de ato estatal (lei) que intervém em direito da autora. Assim, um primeiro questionamento deveria – afastada, por ora, qualquer preocupação com ponderações –, *identificar esse direito da autora, se existente, e fixar seu alcance*. Sem isso, não parece sensato qualquer controle de proporcionalidade, no que faltaria o suporte do direito atingido desproporcionalmente.¹³⁴

O ministro Jobim havia fixado não haver direito constitucional a emolumentos não estabelecidos pelo poder público. O ministro Peluso, em voto com que acompanha a opinião de Lewandowski, parece sustentar o mesmo ao afirmar que a leitura da constituição (art. 236) já bastaria à resolução do caso. O mesmo se pode dizer acerca do voto de Sepúlveda Pertence, baseado no mandamento constitucional ao legislador para que sejam gratuitos os registros de óbito e nascimento (art. 5º LXXVI CF).¹³⁵

Com isso não quero dizer que um ministro está errado e outro correto quanto à existência de determinado direito, senão que, diante de tal divergência de entendimentos, ela deve ser pronunciada. Embora acompanhando o voto condutor, os ministros terminam por conferir notas dissonantes que tornam seus votos, *na prática*, concorrentes. O único a

¹³⁴ Este não é o local adequado para se aprofundar a análise de outras complicações do uso feito pelo ministro Lewandowski do controle de proporcionalidade, como e.g. a inexistência de critérios reconhecidos a essa controle (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito). Contudo, uma vez que o objeto desta monografia é – como sustentam alguns ministros do STF – de fato “uma segunda face da proporcionalidade”, parece-me necessária a análise de seu emprego como tal.

¹³⁵ O voto do ministro Sepúlveda não faz qualquer alusão direta à proibição de insuficiência e é anterior ao voto de Lewandowski. Contudo, é interessante a leitura de suas razões, que indicam um dever do legislador fora de qualquer acepção de proporcionalidade: “o objeto, o significado da garantia de qualquer direito, salvo se expressamente dispuser em contrário a Constituição mesma, é a *garantia de um conteúdo mínimo da lei*: dispor, numa declaração constitucional de direitos, que são gratuitos dois atos é apenas dizer que a lei não poderá torná-los onerosos ou tornar gratuito apenas um dos dois”. (p. 140 do julgado integral, sem grifos no original).

admitir, todavia, tal caráter concorrente da opinião é o ministro Grau, precisamente sobre o uso da proporcionalidade – ao que faz crítica geral.¹³⁶

Um segundo problema da decisão é a introdução do argumento da proibição de insuficiência: não há qualquer preocupação em explicá-la, mesmo não se tratando de instrumento trivial ao STF¹³⁷ e reconhecendo sua origem estrangeira.

No mesmo passo, não há qualquer critério determinado ou avaliação do que seria uma medida insuficiente. Tampouco se aponta qual o dever de proteção, até então utilizado como legitimador do argumento-tema, nas duas decisões anteriores. Esse ponto é especialmente problemático porque ensejaria enxergar nos artigos constitucionais mencionados (art. 5º LXXVI, LXXVII CF) deveres de proteção – da proteção à cidadania, *presume-se* – malgrado todos os problemas já apontados de tal uso intuitivo.¹³⁸ Contudo, o próprio julgado revela falta de consenso entre os ministros sobre qual dos artigos fundamenta a decisão a ser tomada: enquanto o ministro Jobim aponta para um amálgama entre os dois incisos, é contrariado pelo ministro Marco Aurélio que, com alguma verossimilhança, indica sua contradição.¹³⁹

Por fim, mesmo se ignorados esses dois (substanciais) problemas, ainda restaria um, crucial ao fundamento do voto de Lewandowski: de qual medida, exatamente, se está a controlar a suficiência? Se for, de fato, da lei que concede gratuidades, como assevera, é de se perguntar sobre a necessidade do argumento da proibição de insuficiência à solução do caso.

Afinal, não há qualquer medida potencialmente deficiente (ou de algum modo omissiva) em relação aos cidadãos (i.e. titulares do interesse garantido pela lei). Pelo contrário: preocupa – e a isso se prestam a ADI e a ADC – uma possível atuação excessiva do Estado que onera os notariais e registradores. Fosse este um caso de exigisse uma avaliação de proporcionalidade da medida interventiva (Lei dos Registros Públicos), somente se poderia cogitar de um *controle de excesso*. Se tudo o que faz a medida impugnada é reproduzir mandamento constitucional *alargando-o o*

¹³⁶ Cf. p. 131 (julgado integral), recortado na página acima.

¹³⁷ De acordo com a amostra de pesquisa, esta seria a terceira decisão em que o argumento-tema foi utilizado.

¹³⁸ Cf. 4.3, *supra*.

¹³⁹ Cf. p. 137, julgado integral.

alcance – conforme sustenta a autora –, haveria daí menos insuficiência do que eventual excesso a se vislumbrar.

Tentarei explicitar esse último problema: quando o ministro introduz o argumento da proibição de insuficiência, estranho a doutrina e jurisprudência brasileiras, espera-se que tenha alguma utilidade ao caso examinado. O ministro supõe tal utilidade. Contudo, ele é utilizado tão somente para justificar uma intervenção no âmbito do serviço de registros públicos – *ou seja, justificar a existência da lei*. Não só este é geralmente um dos passos da avaliação de proporcionalidade como proibição de excesso – quando se questiona se a medida é *adequada*¹⁴⁰ –, como perde completamente o sentido nos casos alheios à discussão de proporcionalidade. Do contrário, será sempre possível a defesa tautológica de que “determinada lei existe porque deveria existir.”

Para além de qualquer *acacianismo*, isso é indicativo de algo pouco óbvio: o ônus do legislador parece invertido diante do tribunal, que agora passaria a justificar a existência de certas leis. Uma premissa de liberdade de conformação legislativa – trivial à democracia – não parece compatível com justificações quanto à vontade política de se criar leis.

Embora a própria idéia de um controle de proporcionalidade que estabeleça um teto e um piso à margem de ação legislativa impacte esse modelo democrático, isso não acontece no caso em tela – em que não há, com rigor, qualquer conjugação entre proibição de excesso e proibição de insuficiência.¹⁴¹

6.2. Conclusão do capítulo

Novamente, buscou-se aqui a utilidade do argumento da proibição de insuficiência à decisão analisada, sem sucesso.

¹⁴⁰ Talvez sem se aperceber disto, o ministro atingiu um ponto de tensão na dogmática da proibição de insuficiência: a contraposição entre as teorias da convergência e divergência, no que aquela desmente qualquer diferença real entre a estrutura das proibições de insuficiência e excesso.

¹⁴¹ 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. O exemplo do aborto torna o desenho mais claro: o direito do nascituro à vida é atingido pelo direito da mãe sobre o próprio corpo, situação em que o Estado deve priorizar uma de duas posições jurídicas *prima facie* legítimas. Para explicação mais detalhada dessas relações, cf. 4.3, *supra*.

A ADI 1800 tem circunstâncias curiosas: é primeiramente julgada improcedente pelo então presidente Nelson Jobim. Depois de um longo pedido de vista, o ministro Lewandowski chega a um mesmo resultado.

Embora não faça nenhuma menção à jurisprudência do STF sobre o tema – já existente, então –, este seu voto é proferido apenas um mês depois do voto de autoria do ministro Gilmar Mendes na ADI 3112 (Estatuto do Desarmamento). Mendes, impedido, não votou nesta ADI 1800.

Não há preocupação do ministro em apontar a ação insuficiente em si, ou mesmo em fornecer quaisquer definições ou critério, amparando-se numa saliência jurisprudencial e doutrinária acerca da “dupla faceta do princípio da proporcionalidade” questionável.¹⁴² Tanto assim, que termina por fazer uso equivocado do argumento, ao aferir, com efeito, se a intervenção do Estado (lei) era desproporcional porque excessiva.

Contrariando aqui uma conclusão repetitiva, esta é das decisões mais importantes à análise proposta. Em primeiro lugar porque é a única que não é de autoria de Gilmar Mendes. Em segundo lugar, porque o ministro Lewandowski, neste seu primeiro e único emprego do argumento, é aqui *relator para acórdão*.

Isso não é desprezível: na condição de voto condutor do caso, os demais ministros que o acompanharam devem estar de acordo com todos os seus termos. Há, assim, uma legitimidade diferenciada conferida ao emprego da proibição de insuficiência na medida em que é assumidamente o fundamento de um voto que se torna condutor no tribunal, ou seja, aquele que é acompanhado pela maioria do pleno e formata o acórdão. Isso não tornou a acontecer.¹⁴³

Em que pese a usual falta de deliberação nas decisões do STF, apenas um ministro no caso efetivamente acompanha o relator ressaltando que não concorda com o controle de proporcionalidade.¹⁴⁴ Uma vez que os demais não o fazem, sendo *deles* este ônus, não me parece forçado dizer que o tribunal, nesta ADI 1800, reconheceu a proibição de insuficiência.

¹⁴² “*Como se sabe*, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces (...).” (p. 6, sem itálico no original).

¹⁴³ Cf. 9, *infra*.

¹⁴⁴ Cf. voto Grau. É de se ponderar, no entanto, se tal discordância é compatível com a providência de se acompanhar um voto cujo fundamento é a proporcionalidade.

7. Biossegurança

Direito Material	Nº do processo	Data do julgamento	Dever de proteção	Origem do ato normativo	Omissão	Ministro responsável
Biossegurança	ADI 3510	02.06.2008	Vida e dignidade (arts. 5º <i>caput</i> e 1º III CF)	Federal	Legislativa	Min. G. MENDES

7.1. Análise do julgado

Relato: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510 tem por objeto a constitucionalidade de pesquisas científicas com uso de células-tronco embrionárias obtidas a partir de fertilização *in vitro*, nos termos da Lei nº 11.105/05 – “Lei de Biossegurança”. Foi ajuizada pelo então procurador-geral da república Cláudio Fonteles, que via no art. 5º da lei¹⁴⁵ violações ao direito à vida (art. 5º *caput* CF) e à dignidade humana (art.1º III CF).

Após a realização das audiências públicas no tribunal – as primeiras de sua história –, por maioria apertada, recusou-se a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança. Os ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Menezes Direito e Gilmar Mendes apontaram condições para a constitucionalidade da lei, derrotados.

Argumentação do ministro: Após exortar a importância do julgamento em tela e reforçar a legitimidade do tribunal na solução de casos carregados de valores fundamentais, o já presidente Gilmar Mendes é rápido ao apontar seu ponto de partida: “a questão está em saber se a Lei [...] regula as pesquisas científicas com células tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ética e juridicamente complexo, [...] e envolve, assim, uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade”.

¹⁴⁵ “Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

Para ele, a lei brasileira teria tratado tal tema complexo em apenas um artigo, o que indicaria *deficiência na regulação* por parte do Estado.¹⁴⁶ Eis o suporte teórico que acompanha:

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso [... e] de proteção insuficiente. 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. (p. 12, grifos no original)

O ministro esboça, em seguida, critérios minimamente objetivos para o controle de proporcionalidade como proibição de insuficiência – apresentados pela primeira vez também na ADI 3112, quando, pelos motivos já apontados,¹⁴⁷ não foram utilizados:

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.¹⁴⁸

Finalmente, remetendo-se àquela segunda decisão sobre o aborto,¹⁴⁹ dela destaca a seguinte passagem:

[...] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...].

Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.¹⁵⁰ (p. 12 em ambas ADI 3112 e 3510)

¹⁴⁶ Daí se tratar de uma omissão sobretudo legislativa.

¹⁴⁷ Cf. 5.1.2, *supra*.

¹⁴⁸ Cf. p. 12, citando Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e ss.

¹⁴⁹ Cf. 1.2 e 1.3, *supra*.

¹⁵⁰ BVerfGE 88, 203 (254), 1993.

Mendes então recorta legislações estrangeiras para constatar, em comparação, as insuficiências da lei brasileira na ausência (i) de um *órgão central de fiscalização* das pesquisas com embriões humanos – as pesquisas no Brasil seriam apenas submetidas aos comitês de ética de cada instituição –, e (ii) de uma *cláusula de subsidiariedade*, que permitiria pesquisas com embriões humanos “apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se mostrarem adequados para os mesmos fins.”¹⁵¹

As leis estrangeiras aludidas seriam rigorosas no trato desses pontos, tornando-as, à diferença da brasileira, *responsáveis*, segundo o ministro.

Com base nisso, condiciona a constitucionalidade da Lei de Biossegurança à sua *interpretação conforme à constituição com perfil aditivo* – criação de órgão central para fiscalização das pesquisas ligado ao Ministério da Saúde –, o qual, segundo Mendes, poderia atender ao princípio da proporcionalidade, e com ele ao *princípio da responsabilidade*.¹⁵²

Análise da argumentação: Enquanto a posição majoritária do tribunal entendeu a Lei de Biossegurança carecedora de quaisquer reparos, o ministro Gilmar Mendes, reputou-a inconstitucional porque desproporcional (insuficiente).

Em seguida, ponderou que, em virtude do alto potencial de dano causado pela cessação de sua vigência – embora sem detalhar esse potencial ou os riscos, em si, envolvidos –, tal inconstitucionalidade não deveria levar à declaração de sua nulidade. A lei seria ainda “aproveitável”, e como tal, teria o problema de sua inconstitucionalidade resolvido mediante *interpretação conforme à constituição*, a qual, no caso de lei insuficiente (omissão parcial), levaria a uma sentença de perfil aditivo.

A seqüência adotada pelo ministro desmerece qualquer aprofundamento crítico detalhado. Que termina por avocar a função do legislador é de constatação supérflua: o próprio ministro argumenta ser necessária uma evolução do dogma do legislador negativo – tamanho o contorcionismo para justificar a inclusão de um novo dispositivo na lei, que

¹⁵¹ Cf. p. 27 do voto.

¹⁵² Cf. p. 36 do voto.

demandaria a criação de órgão centralizador das pesquisas com embriões.¹⁵³

Com a discussão sobre sentenças de perfil aditivo em casos como o desta ADI, também a questão da “inconstitucionalidade por omissão” volta ao debate – porém sem indicação expressa de que seria aplicável aqui.

Citando doutrinadores como Hesse, Dietlein e von Münch, entre outros, bem como jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão – todos em referências idênticas às trazidas em sua decisão sobre o Estatuto do Desarmamento (ADI 3112), meramente transplantadas – o ministro reforça a existência de deveres estatais de proteção depreendidos de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado”.

Perde, contudo, a chance de desenvolver a aplicação prática desses deveres (ainda pouco explorados na jurisprudência brasileira) num caso que, muito mais do que os anteriores, apresenta potencial para firmar *exigência ao Estado de proteger certos bens contra intervenção de terceiros*, no caso, vida e dignidade do embrião humano atingidas por pesquisas científicas. O cumprimento insatisfatório dessa exigência – que pode, mas não precisa ser tratado sob uma ótica de proporcionalidade¹⁵⁴ – tem sido a hipótese típica de incidência de proibição de insuficiência.¹⁵⁵

O que faz o ministro é (re)forçar insuficiência na lei brasileira sem apontar violação a direitos fundamentais expressos. Embora fique implícito serem estes o direito à vida e a dignidade humana – constantes da petição inicial –, o ministro fala em *responsabilidade* no tratamento de um tema de alta complexidade *ética*.

Interessa, ainda quanto ao argumento-tema, um dado que pode passar batido à leitura incauta: embora as passagens sobre interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentença de perfil aditivo carreguem, no voto, numerosas citações de

¹⁵³ “[É] possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.” (p. 35 do voto).

¹⁵⁴ Conforme se apontou acima, cf. 4.4 [rodapé].

¹⁵⁵ Isso é depreendido do próprio exemplo retirado do Tribunal Constitucional alemão e citado por Gilmar Mendes, da *segunda decisão do aborto*.

precedentes do próprio tribunal,¹⁵⁶ o mesmo não é feito para amparar o argumento da proibição de insuficiência – que não mereceu nenhuma remissão à jurisprudência já existente no STF, apenas colagens de trechos doutrinários e jurisprudenciais estrangeiros que Mendes já usara em votos anteriores.¹⁵⁷

Contudo, nem tudo seriam críticas: ao arriscar critérios minimamente objetivos para a aferição de proporcionalidade de medidas estatais à luz da proibição de insuficiência, Mendes acaba por vincular sua decisão a verificação deles no caso. Isso certamente agrega coerência à decisão, na medida em que serve de parâmetro para a decisão do ministro.

No entanto, os critérios utilizados são por demais amplos, permitindo uma grande mobilidade do ministro na convicção por uma medida estatal deficitária.¹⁵⁸ Não procura, mesmo assim, fazer qualquer ligação entre os critérios e sua conclusão no voto, como desejável.

Com base novamente no direito alemão,¹⁵⁹ Gilmar Mendes repete *classificação* dos deveres de proteção apresentada na ADI 3112:

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

É de se notar mais uma vez que, embora Mendes importe uma tipologia de deveres de proteção, ela parece ter valor meramente estético

¹⁵⁶ Cf. pp. 28-35 do voto.

¹⁵⁷ Neste ponto, um contra-argumento possível seria o de que os precedentes existentes são de autoria do próprio Gilmar Mendes, o que fragilizaria qualquer de suas referências. No entanto, essa posição não se sustenta porque: (i) este, sozinho, não parece motivo bastante para não mencionar os precedentes, sobretudo quando se quer demonstrar solidez do argumento e permitir a verificação comparativa de sua coerência; (ii) o ministro Ricardo Lewandowski utilizara o argumento na ADI 1800, um ano antes; e (iii) como defende o próprio ministro, em estudos doutrinários,¹⁵⁷ poder-se-ia dizer que os ministros utilizam determinados argumentos importados *implicitamente* ou sob outra nomenclatura, tal qual a proporcionalidade (aqui como proibição de excesso) originária do direito alemão que, embora reconhecida como tal apenas mais recentemente, já fora em essência usada em diversas decisões do STF. Cf., analogamente, Lothar Michael (2001), pp. 148-155. Não se quer, com essa menção, defender sem ressalvas o uso desse tipo de argumento. Contudo, parece certo afirmar que esse uso traz uma vantagem grande ao se estabelecer sobre um diálogo freqüente com a jurisprudência do tribunal.

¹⁵⁸ Essa preocupação por critérios objetivos e precisos se justifica pela necessidade de atentar ao aumento de discricção (margem de ação) do Judiciário sobre o Legislativo.

¹⁵⁹ Cf. pp. 9-10 do voto.

na decisão, já que, proposta a classificação, não há qualquer preocupação do ministro em se remeter a ela para uma conclusão. Qual seria, por exemplo, o *dever específico* aplicável ao caso?

Não é um final sem complicações: Mendes aproveita estudos científicos recentes (apresentados na audiência pública) com células-tronco *adultas*, as quais, segundo ele, teriam mostrado avanços que poderiam tornar *desnecessária* a utilização de embriões humanos – o que pediria a mencionada cláusula de subsidiariedade.

Enquanto, até aqui, defendia-se que o controle de proporcionalidade havia sido feito com lastro na proibição de insuficiência, o ministro faz, acerca da questão acima, o seguinte apontamento:

[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. (p.28)

A despeito do acerto quanto a certa relatividade do critério de necessidade – que é condicionado a uma conjuntura, como, no caso, à evolução de técnicas laboratoriais –, a passagem recortada a trata como critério da *proibição de excesso*. Embora alguns sustentem semelhanças¹⁶⁰ e até identidade¹⁶¹ entre a estrutura das proibições de excesso e insuficiência, a definição de *necessidade* (no contexto de proibição de insuficiência) já havia sido dada pelo próprio ministro, linhas acima no voto: o ato não será necessário “na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental”¹⁶² – e *não na hipótese de existirem medidas menos gravosas a direito fundamental atingido*. Esta última definição de necessidade – que Mendes usa para exigir uma cláusula de subsidiariedade na lei –, como se vê, *pressupõe logicamente um direito fundamental atingido*. Daí ser necessária a medida que, tão efetiva quanto as outras, intervenha menos intensamente nesse direito.

¹⁶⁰ Cf., analiticamente, Laura Clérico (2008), pp. 118-157.

¹⁶¹ Cf., por todos, Karl-Eberhard Hain (1993), p. 983.

¹⁶² Embora sejam próximas as redações, deve-se atentar às diferentes perspectivas: no caso da proibição de excesso, o objeto do controle de proporcionalidade é uma medida interventiva em algum direito de defesa. Para a proibição de insuficiência, o objeto deve ser uma medida protetiva (correlata de um dever estatal de proteção). É o cumprimento insuficiente de tal medida que autorizaria falar então em “intervenção” em um direito a proteção.

Com isso, é explicada a fuga do julgador àqueles critérios objetivos que estabeleceria no voto: não são compatíveis com o entendimento do ministro acerca da lei. A ausência de uma cláusula de subsidiariedade na lei brasileira, se problemática, deveria ser aferida com base *ou* numa intervenção excessiva do Estado (lei) nos direitos dos embriões *ou* numa ausência de *proteção efetiva e adequada* desses direitos pelo Estado. Para além de considerações dogmáticas sobre a congruência de tais modelos de aferição, uma coisa é certa: confundi-los é sempre a pior escolha.

Isso fica evidente na conclusão: o ministro retoma a argumentação inicial avocando coerência e linearidade inexistentes:

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º [da Lei de Biossegurança] uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). (pp. 35-36)

Torna-se, diante disso, nebuloso o uso da proporcionalidade: afinal, qual das proibições é fundamento do voto? Seriam, assim, *fungíveis* as “duas facetas” da proporcionalidade? E em caso afirmativo, por que, então, não manter uso apenas da proibição de excesso – já reconhecida pela jurisprudência majoritária do tribunal?

7.2. Conclusão do capítulo

Finda a leitura da decisão, é inevitável deixar de contrastá-la às pretensões com que o ministro Gilmar Mendes abriu seu voto: “o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento [...] um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”.

As linhas seguintes viriam desmentir tal preocupação argumentativa.

A proibição de insuficiência conta, aqui, certamente com alicerce robusto de citações, lastreadas em páginas numerosas do voto do ministro. Seu suporte argumentativo é, formalmente, completo: há definição e considerações (tópicas) sobre o argumento-tema e os deveres de proteção. Contudo, parecem dados jogados no papel. Além de trechos recortados –

literalmente copiados – de julgado antigo (ADI 3112), a decisão é construída de forma desconexa, sem preocupação com a reflexão sobre aquelas informações veiculadas.

Este *mosaico teórico* acerca da proibição de insuficiência é aqui utilizado para autorizar postura ativista, com que Gilmar Mendes assume as vestes de legislador positivo ao *propor* – como também quiseram outros ministros¹⁶³ – a criação de um órgão executivo.

Essa desmedida do ministro vem à custa do argumento de proibição de insuficiência no que poderia ter sido seu primeiro uso adequado numa decisão, tratando do dever do Estado em proteger a vida e a dignidade humanas contra agressões de outros indivíduos – aqui representadas por inovações tecnológicas.

¹⁶³ A preocupação com a fiscalização das pesquisas e sua submissão a órgãos públicos aparece também nos votos dos ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, mas de outra maneira.

8. Direitos Sociais

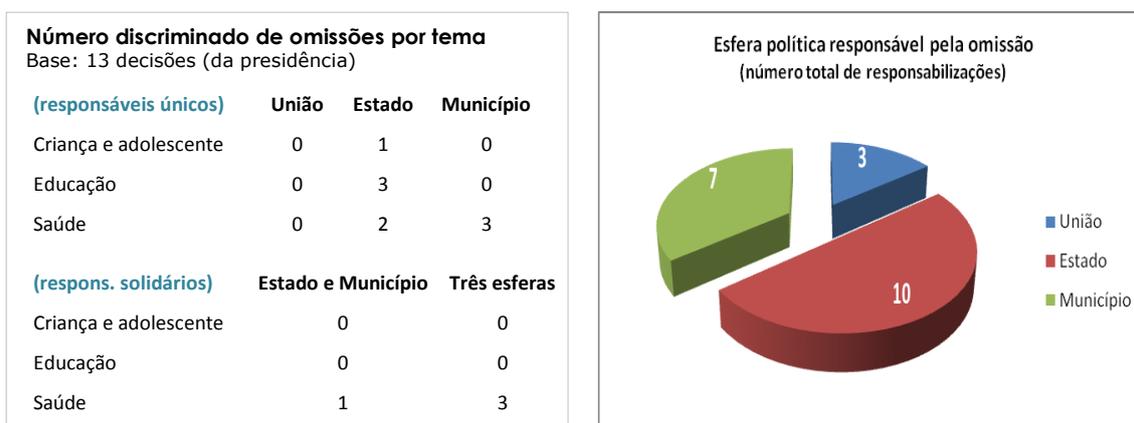
Direito Material	Nº do processo	Data do julgamento	Dever de proteção	Origem do ato normativo ¹⁶⁴	Omissão	Ministro responsável
Direitos Sociais	SL 235-0 (TO)	08.07.2008	Criança/Adolescente (art. 227 <i>caput</i> e §3º CF)	Estadual	Executiva	Min. G. MENDES
	STA 241-7 (RJ)	10.10.2008	Educação (arts. 205 e ss, e 227 CF)	Estadual	Executiva	
	SL 228-7 (CE)	14.10.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Federal, Estadual, Municipal	Executiva	
	SL 263-5 (RJ)	14.10.2008	Educação (arts. 205 e ss, e 227 CF)	Estadual	Executiva	
	STA 238 (TO)	21.10.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Estadual, Municipal	Executiva	
	STA 245 (RS)	22.10.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Federal, Estadual, Municipal	Executiva	
	STA 278-6(AL)	22.10.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Estadual	Executiva	
	STA 277 (AL)	01.12.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Estadual	Executiva	
	STA 198 (MG)	22.12.2008	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Federal, Estadual, Municipal	Executiva	
	STA 318 (RS)	20.04.2009	Educação (arts. 205 e ss, e 227 CF)	Estadual	Executiva	
	SS 3690 (CE)	20.04.2009	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Municipal	Executiva	
	SS 3751 (SP)	20.04.2009	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Municipal	Executiva	
	SS 3741 (CE)	27.05.2009	Saúde (arts. 196 e ss CF)	Municipal	Executiva	

8.1. Análise dos julgados

Todos os julgados deste tópico são decisões da presidência e têm por objeto a suspensão de medida liminar, tutela antecipada ou segurança concedidas por instâncias inferiores. Estas medidas visam a corrigir omissões estatais diante de um dever de prestação material, apontando, em todos os casos, para uma inação do Poder Executivo. Guardam, por

¹⁶⁴ Esta variável merece uma explicação: trata-se do ente da federação responsabilizado, por decisão judicial (na 2ª instância), por omissão frente a direito do cidadão.

esse motivo, estrutura decisória idêntica, variando apenas o direito social pleiteado e o ente federado responsabilizado pela omissão na decisão judicial. Na maior parte das vezes, ela foi imputada ao *estado*:



Em função das semelhanças, irei trabalhar com as 13 decisões em apenas um tópico, indicando eventuais particularidades quando houver.

Relato: Os julgados podem ser divididos em três tipos, de acordo com o direito social envolvido: (1) proteção à criança e ao adolescente,¹⁶⁵ (2) direito à educação e (3) direito à saúde.

Esses direitos sociais, nessa ordem, fundamentam decisões mandando (1) que se construa unidade para cumprimento de medidas sócio-educativas por adolescentes infratores,¹⁶⁶ (2) que se garanta quadro suficiente de professores na escola¹⁶⁷ e se ofereça transporte gratuito até ela¹⁶⁸, e (3) que sejam criados leitos em UTI de hospital público¹⁶⁹, se preste tratamento odontológico¹⁷⁰ e sejam concedidos gratuitamente certos medicamentos, constantes¹⁷¹ ou não constantes¹⁷² da lista do SUS.¹⁷³

Os pedidos de suspensão foram sempre formulados por pessoa jurídica de direito público,¹⁷⁴ e fundamentados em dispositivos legais e

¹⁶⁵ Embora bem sempre visto como um direito social típico, a proteção à criança e ao adolescente tem caráter prestacional e insere-se no contexto de conquistas sociais (igualdade).

¹⁶⁶ SL 235-0 (TO).

¹⁶⁷ SL 241-7 (RJ) e STA 263-5 (RJ).

¹⁶⁸ STA 318 (RS).

¹⁶⁹ SL 228-7 (CE).

¹⁷⁰ STA 238 (TO).

¹⁷¹ STA 277 (AL).

¹⁷² STA 245 (RS), STA 278-6 (AL), STA 198 (MG), SS 3690 (CE), SS 3751 (SP), SS 3741 (CE).

¹⁷³ A relação de medicamentos e doenças atendidas tem como base a Portaria MS nº 2577, recentemente alterada em 04/09/2008 pela Portaria nº 1869/GM.

¹⁷⁴ Trata-se de informação importante, pois implica que o Ministério Público – também legitimado a pedir suspensão de medidas de cautela (art. 4º Lei 8.437/92)–, não o fez em nenhum destes casos levados ao STF.

regulamentares,¹⁷⁵ que, em suma, autorizam suspender execução de liminar, antecipação de tutela e concessão de segurança (i) em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e (ii) para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Em todos os casos, Gilmar Mendes nega o pedido de suspensão¹⁷⁶ por entender – para além de nuances oportunamente apresentadas – que as prestações materiais exigidas do Estado estariam amparadas por um imperativo de tutela, que veda uma proteção deficiente.

Argumentação do ministro: Como se disse, a estrutura dos julgados é fixa: após breve relato do caso, o ministro recorta o argumento à prestação material e os contra-argumentos do Estado (união, estado, município), estes sempre fiados no potencial “efeito multiplicador” da decisão judicial e exigüidade do prazo para a prestação devida, como na violação ao “princípio da reserva do possível” e separação dos poderes.

Em seguida, o Gilmar Mendes traz ponderações acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, como neste exemplo do direito à saúde:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). (p. 4, STA 238/TO, grifos no original)

A construção seqüente é particularmente importante:

[O]s direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*) [sic], expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*) [sic]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization um auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e

¹⁷⁵ Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 RI/STF.

¹⁷⁶ Na verdade, por vezes os julga parcialmente procedente, mas não quanto à exigência de prestação material pelo Estado, mas pela potencialidade de dano à economia em função da multa diária estabelecida em algumas decisões *a quo*.

conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.¹⁷⁷ (p. 5, STA 238/TO, grifos no original)

Pouco à frente, Mendes expõe o atual estágio do debate sobre direitos sociais, tocando *en passant* questões problemáticas sobre a vocação e legitimidade do Judiciário na realização de políticas públicas, sua responsabilidade por deveres impostos ao Estado e as “escolhas trágicas” implicadas na distribuição de recursos. Conclui que, à diferença das liberdades, esses direitos devem ser formatados a necessidades pessoais (variáveis) *sendo inevitável sua solução mediante juízos de ponderação*.¹⁷⁸

Há, começando aí, variações advindas do direito social tratado: no caso da (1) proteção à criança e ao adolescente, ela é garantida com *absoluta prioridade* pela constituição, o que implicaria preferência orçamentária obrigatória. O mesmo se poderia dizer quanto ao (2) direito à educação: sua prioridade é fundamentada no artigo 212 da constituição – sobretudo no parágrafo terceiro – e no mencionado artigo 227, por serem os titulares precípuos do direito público subjetivo ao ensino a criança e o adolescente.¹⁷⁹ Isso enfraqueceria sensivelmente o argumento da reserva do possível, segundo o ministro.

O (3) direito à saúde é destrinchado por Mendes, nos termos da constituição, como direito subjetivo garantido mediante políticas sociais e econômicas de prevenção e repressão a doenças. Sua característica central seria que, na maior parte dos casos, a intervenção judicial não ocorre sobre omissão legislativa absoluta – *há política pública delineada em lei* –, senão para exigir o cumprimento de política já estabelecida.¹⁸⁰ Logo, naquilo em que há discricionariedade do legislador e administrador, ela se manteria rigorosamente imperturbada, nesses casos.¹⁸¹

Dessa parte em diante as decisões voltam a um padrão, terminando com o indeferimento da suspensão quanto à necessidade de o Estado

¹⁷⁷ Cabe aqui uma consideração breve: isso é tudo que se diz sobre proibição de insuficiência nos julgados. Raramente, há os que repetem o termo na conclusão, como na SL 235-0 (TO).

¹⁷⁸ Essa conclusão aparece em todas as decisões da presidência.

¹⁷⁹ Com base nisso, o Min. Gilmar Mendes diz caber inicialmente ao Poder Legislativo verificar se os recursos disponíveis foram efetiva e prioritariamente alocados à concretização desses direitos.

¹⁸⁰ Cf., entre outros, SS 3690 (CE), p. 16.

¹⁸¹ Para o ministro, portanto, é imprescindível que se distinga se a não prestação decorre de uma *omissão legislativa ou administrativa*, ou de uma *decisão administrativa de não fornecer*.

prestar direitos sociais.¹⁸² A conclusão do Min. Gilmar Mendes, diante dos requisitos para suspensão, parte da ausência de comprovação de dano à ordem e economia do ente estatal. Em alguns casos, reforça-se na que a medida judicial analisada visa a garantir proteção suficiente do Estado. Em raríssimos – os mais recentes, como se verá à frente –, aponta serem tais medidas judiciais analisadas *necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito*,¹⁸³ pelo que deveriam ser mantidas.

Análise da argumentação: O exame destas decisões de presidência exige uma cautela prévia: entender o objeto, e com ele, o limite da análise feita pelo Min. Gilmar Mendes nos casos. Com base nisso, pode-se apontar dois grandes problemas quanto à fundamentação das decisões – que, por serem próximas, serão tratadas doravante como se *uma única* fossem – quais sejam, acerca (i) do *objeto da análise judicial*, e (ii) da *identificação e qualificação do direito social envolvido*. Tratá-los-ei separadamente.

Primeiro problema: Qual o objeto da análise judicial?

Ponto de partida: omissões executivas são avaliadas pelo Judiciário e, quando constatadas, condenam o Estado (administração federal, estadual, municipal) à prestação (material) devida – a qual, pela urgência dos direitos envolvidos, é feita aqui em medidas de caráter *cautelar* (SL, STA e SS).¹⁸⁴

É esse mesmo Estado (Poder Executivo) que pede ao STF a suspensão de tais medidas, contrárias a seu interesse político-orçamentário.

À análise deste pedido Mendes parece autorizar dois pólos argumentativos:¹⁸⁵ um primeiro baseado nos requisitos legais para a suspensão pleiteada (interesse público, ilegalidade e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), e um segundo num juízo que extrapola o escopo legal: no caso em tela, o de proibição de insuficiência.

¹⁸² Por vezes dá-se provimento parcial à suspensão, somente no e.g. que toca a multa diária estabelecida por decisão *a quo* ou medida “constritiva” equivalente. Cf., entre outros, SL 263-5 (RJ).

¹⁸³ A ordem dos critérios é escrita como apresentada pelo Min. Gilmar Mendes.

¹⁸⁴ Daí remeter-se o Min. Mendes à “contracautela” pedida nas suspensões. Cf. SL 263-5 (RJ).

¹⁸⁵ “Passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalta-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte [...]” Cf. SL 263-5 (RJ).

Isso é relevante para se apontar peculiaridade destas decisões: seu *objeto primário*, com rigor, é uma decisão judicial (que e.g. concedeu medida liminar). A resposta do ministro deve se pautar, aqui, na existência dos requisitos legais acima ordenados. O *objeto secundário* seria o ato executivo que negou determinado direito social (a prestação material). A resposta do ministro pauta-se, aqui, mediante “juízo mínimo de deliberação”,¹⁸⁶ sobretudo no argumento da proibição de insuficiência.

Em resumo: são tão somente atos executivos que poderiam servir de objeto a um controle de proporcionalidade que avalie sua suficiência, como são tão somente decisões judiciais que poderiam servir de objeto ao pedido de suspensão processual em si. Cada objeto tem seu fundamento, portanto.

Isso não é explicado por Gilmar Mendes e enseja a dúvida: qual seria, afinal, o *fundamento principal* para indeferir o pedido de suspensão?

Em todos os casos, o ministro aponta não haver comprovação, por quem pedia a suspensão, de qualquer lesão à ordem e à economia. Contudo, também neles menciona a proibição de insuficiência como baliza à ação estatal diante de um dever de prestação. Poderiam ambos, mantidas as autonomias, ser incluídos como *fundamentos* da decisão da presidência?

Mendes amalgama os objetos primário e secundário quando assevera que o Judiciário deve avaliar omissões estatais sob o risco de promovê-las:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (pp. 9-10, STA 318/RS)

Isso é fundamental para que se entenda o uso feito do argumento da proibição de insuficiência, e se ele é o fundamento principal da decisão.

Da forma como as decisões são estruturadas, o ministro parece procurar argumentos para justificar aquelas decisões de instâncias inferiores. Poder-se-ia dizer que, com isso, estaria buscando por sua legalidade e legitimidade – requisitos legais à suspensão da decisão *a quo*.

¹⁸⁶ Essa justificativa quanto ao juízo de deliberação aparece em todas as decisões.

Portanto, o argumento da proibição de insuficiência supostamente serviria a justificar um dever do Estado – cumprido deficientemente.

Contudo, deve-se aqui questionar a necessidade deste tipo de argumentação supletiva àquelas decisões. Pode/deve o STF suprir eventuais lacunas na fundamentação de decisões de juízos inferiores?

O deslace é dado nas últimas 3 decisões da presidência do universo de pesquisa: Mendes conclui que a prestação material (e.g. o fornecimento de dado medicamento) *mostra-se necessária, adequada e proporcional*.¹⁸⁷ Tem-se claro, assim, que o ministro está controlando a proporcionalidade não do ato executivo que nega direito social, senão das medidas judiciais objeto do pedido de suspensão – *e como proibição de excesso*.

Isso se aduz sem adentrar-se no mérito dos critérios da proporcionalidade em si – que não necessariamente seriam *nominalmente* diferentes entre excesso e insuficiência¹⁸⁸ –, mas daquela premissa com que comecei a análise: apenas o ato executivo (prestação material) poderia ter, em tese, sua suficiência controlada. A decisão judicial que e.g. concede medicamento nada mais faz do que corrigir o que ela própria entende – embora não a predicando – como *ação insuficiente do Estado*.

Assim, caso o ministro quisesse avaliar aqui a suficiência de alguma medida estatal, teria de ser da política pública que provê determinado direito social. Quando avalia a decisão judicial que exige esta providência do Estado, o faz necessariamente com base no pedido formulado na suspensão processual – *quando a dúvida de legalidade só poderia pairar sobre eventual excesso de tal decisão*.

Analisar decisões judicialmente impugnadas sob o prisma da proporcionalidade é enxergá-las como uma intervenção no âmbito de direitos reclamados em juízo – aqui, necessariamente interesses político-orçamentários das pessoas jurídicas de direito público –, para então concluir se tal intervenção é justificada à luz da constituição.

¹⁸⁷ Cf. SS 3690 (CE), SS 3751 (SP) e SS 3741 (CE). Não custa repetir: a ordem dos critérios é escrita como apresentada pelo Min. Gilmar Mendes. Mais: a STA 318 (RS), *julgada na mesma data* (20.04.2009), não contém tal consideração acerca da proporcionalidade da medida judicial.

¹⁸⁸ Cf. Karl-Eberhard Hain (1993), pp. 983-984, Carlos Bernal Pulido (2008), p. 170, Laura Clérico (2008), pp. 118-157, e Ingo Sarlet (2007), pp. 379-380.

O ministro Gilmar Mendes, assim, nada mais fez do que controlar o excesso de decisão judicial – e não é tranqüila, na doutrina, a aceitação de exame da proporcionalidade com este objeto –, para justificar o acerto das decisões impugnadas, as quais não mencionam a proibição de insuficiência como argumento.

Não admite, contudo, estar utilizando a proporcionalidade como proibição de excesso, o que permite a consideração de que, para o ministro, suas decisões são fundamentadas na proibição de insuficiência.

Segundo problema: Quais os direitos em jogo? Qual é sua extensão?

O que mais chama a atenção nestas decisões da presidência, entretanto, é a pequena preocupação com a fundamentação da proibição de insuficiência alegada: são reservados dois parágrafos, quando muito, a sua apresentação e aplicabilidade ao caso,¹⁸⁹ sem sua definição ou critérios.

Esta vagueza pode ter duas explicações: a primeira se refere ao espaço estreito que teria, nestes julgados, o argumento-tema, para ser invocado. A este lance de complicações dediquei a análise acima (“primeiro problema”). A segunda explicação passo agora a trabalhar: a proibição de insuficiência não é aqui, com rigor, vinculada a um *dever de proteção*.

Com isso deve ter sido justificada minha preocupação – apontada ainda na SEÇÃO 2¹⁹⁰ – em entender deveres de proteção com um significante autônomo, nada intuitivo a partir das palavras que o formam. Seu correlato direito subjetivo – quando existente¹⁹¹ – é um *direito a proteção*.¹⁹²

Num exemplo: Gilmar Mendes fala em proteção à criança e ao adolescente, apontando dever constitucional dirigido ao Estado.¹⁹³ Contudo, não fala textualmente em deveres de proteção (*Schutzpflichten*) e nem menciona aquela doutrina que então apontara nas ADIs sobre os tais, senão limita-se a apontar, citando Canaris, que haveria dentre as funções dos

¹⁸⁹ O parágrafo central ao argumento-tema é uma colagem de trecho do jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris, em *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS, 1989, p. 161. Cf. 4.1, *supra*.

¹⁹⁰ Sobretudo no tópico 4.3.

¹⁹¹ Nem sempre há um direito subjetivo correlato daquela dimensão objetiva. Cf. Ingo Sarlet (2004), p. 83.

¹⁹² Cf. Robert Alexy (2008), pp. 450 e ss.

¹⁹³ SL 235-0 (TO).

direitos fundamentais um imperativo de tutela (*Schutzgebot*).¹⁹⁴ Se é verdade que Canaris não diferencia *dever de proteção* de *imperativo de tutela*, é de se perceber que coincidentemente Mendes se remete somente aos segundos nestas decisões específicas acerca de direitos sociais.

Poder-se-ia defender o ministro: ainda que possam figurar como sinônimos, um imperativo de tutela diz com uma função dos direitos fundamentais: além de proibir intervenções no âmbito de certas liberdades, quando exigem do Estado uma *omissão*, servem também à proteção de direitos mediante uma *prestação* visando à sua garantia. Seria ele, assim, uma forma genérica de justificar deveres do Estado, dentre os quais estariam os deveres de proteção estritos (*Schutzpflichten*). *Por hipótese argumentativa*, tal imperativo, pela definição dada, abarcaria assim também os direitos sociais.

Ainda assim, poder-se-ia apontar que direitos sociais não são correlatos de deveres de proteção do Estado – direitos a proteção o são, como categoria autônoma –, e portanto não seriam, à primeira vista, o tipo de direito que autorizaria falar-se em proibição de insuficiência.¹⁹⁵

Numa brevíssima digressão dogmática: uma das doutrinas citadas por Mendes¹⁹⁶ aponta deveres estatais na proteção de indivíduo contra agressões ou riscos advindos predominantemente de terceiros, ou seja, de concidadãos. Não parece ser o caso dos direitos sociais – direitos a prestação em sentido estrito –, em que tais direitos nada dizem com terceiros, senão com sua garantia mediante prestações positivas pelo Estado. Não há constelação triangular aqui, ao menos diretamente.¹⁹⁷

Mas, afinal, qual a implicação disso nas decisões? Inexistindo nos casos propriamente um dever de proteção – que, como se viu, é o objeto da avaliação de suficiência da ação estatal –, o uso do argumento de proibição de insuficiência se dá fora de seu contexto “habitual”.

¹⁹⁴ Ele também usa esta passagem na ADI 3510. Cf. 7.1, *supra*.

¹⁹⁵ Este é o entendimento de Laura Clérico (2008), p. 117: “Se os direitos fundamentais são violados *também* por omissões ou ações insuficientes, então se supõe que cada vez que o tribunal examina a proporcionalidade de um direito fundamental à prestação (em sentido amplo, seja como direito à proteção, direito social ou direito à organização e procedimento), está aplicando o mandado de proibição por omissão ou insuficiência ainda que não o diga expressamente.” Grifo no original.

¹⁹⁶ Cf. Johannes Dietlein (1992).

¹⁹⁷ Novamente, pela estreiteza do escopo da pesquisa, não desenvolverei tal consideração.

É o que optei por denominar, nesta monografia, de uma *concepção ampla* de proibição de insuficiência.¹⁹⁸ Deve ser evidente que, na medida em que menos precisa – e ainda mais problemática do que a já criticada aplicação *estrita* do argumento –, essa concepção deve ser mais intensa e criticamente analisada.¹⁹⁹ Isso porque, no limite, deixaria ao Judiciário, entre outras, a decisão fundamental sobre toda política pública no país.²⁰⁰

Essa aplicação inusual da proibição de insuficiência pode ainda ser confirmada por indicador mais objetivo: o ministro justifica seu uso do argumento numa aproximação que faz entre aquele imperativo de tutela e *direitos a organização e procedimento*, “aqueles que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.”²⁰¹

Esses direitos garantiriam, segundo Mendes, a efetividade da proteção devida à criança e ao adolescente, educação e saúde – porque “sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.”²⁰² O ministro, contudo, não se refere aos direitos sociais envolvidos expressamente como direitos a organização e procedimento. Diz, apenas, que na perspectiva de imperativos de tutela, eles assumem posição de relevo. Afinal, seriam os direitos tutelados na decisão (saúde, educação) direitos a organização e procedimento, como parece indicar Gilmar Mendes? Ou direitos sociais? Há diferença entre eles?

A resposta a tais perguntas integram o ônus argumentativo do julgador, já que introduziu os conceitos. A ausência de uma preocupação em dissecá-los, firmando seu alcance e separando as hipóteses respectivas de incidência tornam-nos meros recortes – sem sentido contextual, tal qual numa colcha de retalhos. Se nada explicam, e se não são intuitivos, então, por exclusão, devem ser meramente *estéticos*.

Se se aceitar que tal lacuna abre espaço para uma investigação dogmática, o problema parece aumentar: segundo posição bem aceita na

¹⁹⁸ Cf. 3.1.2, *supra*.

¹⁹⁹ Para autores que defendem tal uso amplo, cf. Laura Clérico (2008), p. 117, e Carlos Bernal Pulido (2008), pp. 169 e ss.

²⁰⁰ Diante dos limites estreitos da presente monografia, não irei adentrar nesta discussão.

²⁰¹ Cf., entre outros, STA 277, p. 5.

²⁰² *Idem*.

doutrina, direitos sociais não se confundiriam com direitos a organização e procedimento nem com direitos a proteção. Seriam, isto sim, todos, espécies do gênero *direitos a prestação em sentido amplo*.²⁰³

Assim, mesmo uma argumentação que classificasse direitos sociais como imperativos de tutela deveria se preocupar com a fungibilidade de suas espécies, especialmente à luz destes julgados sob exame.²⁰⁴

Isso importa porque, se tal extensão da proibição de insuficiência for possível neste caso, haverá de sê-lo em todos. Poder-se-ia pensar no argumento-tema como a nova ferramenta para cada decisão acerca desses direitos? Todos os direitos que implicam prestação estatal para sua garantia poderão ter sua suficiência controlada pelo Judiciário?

Não há resposta do ministro Gilmar Mendes a respeito. A impressão é de que a proibição de insuficiência aqui é o contrapeso à reserva do possível, ainda que não nominalmente vinculada, pelo ministro, à idéia de mínimo existencial. Por mais que assevere, nas decisões, tanto a necessidade de juízos de ponderação em cada caso concreto – como solução para os problemas inerentes aos direitos sociais, que elenca – e o uso da proporcionalidade, termina decisões acerca do direito à educação e proteção à criança e adolescente falando da *absoluta prioridade* com que devem ser realizados.²⁰⁵ Com tal redação da constituição, onde haveria espaço para tal ponderação?²⁰⁶

Mais: nas decisões envolvendo direito à saúde, assevera serem os direitos à vida e à saúde prioritários²⁰⁷ no que as decisões judiciais impugnadas pelo pedido de suspensão buscaram assegurar tais direitos ao autor. Porém, em seguida afirma que o Estado não comprovou dano à ordem e economia. E se comprovasse? Que diferença isso poderia causar?

²⁰³ Cf. Robert Alexy (2008), pp. 444 e ss.

²⁰⁴ Poder-se-ia perguntar: se saúde e educação são, ao que parece, “direitos sociais clássicos”, qual a serventia em se fiar nos direitos a organização e procedimento?

²⁰⁵ “A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade.” (SL 235-0/TO)

²⁰⁶ Vale observar que, *embora julgadas no mesmo dia* (20.04.2009), a STA 318 (RS) não contém menção sobre proporcionalidade das decisões *a quo* tal qual em SS 3690 (CE), SS 3751 (SP) e SS 3741 (CE).

²⁰⁷ Cf. STA 238 (TO).

8.2. O impacto da audiência pública nas decisões sobre concessão de medicamentos

No desenvolvimento desta monografia, deparei-me com uma situação curiosa: já de posse das decisões da presidência que usavam o argumento-tema (13 julgados) – sobretudo envolvendo direito à saúde (9 julgados) –, tomei conhecimento, na seção de notícias do sítio do STF,²⁰⁸ de que três novas decisões haviam sido proferidas após a “audiência pública da saúde”:

Com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), o presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado. Esta é a primeira vez que o Supremo utiliza subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão.

Datadas de 18.09.2009, pareceu-me oportuna sua comparação às decisões do meu universo de pesquisa – a última proferida em 27.05.2009, quase quatro meses antes, portanto –, com expectativa de apreender eventual novidade quanto ao resultado dos julgados em si, e, no geral, buscar pelo impacto das audiências públicas nas decisões da presidência: qual seria o vínculo com a proibição de insuficiência?

Nº do processo	Data	Origem do ato normativo	Omissão	Ministro
STA 175 (CE)	18.09.2009	Federal, Estadual, Municipal	Executiva	Min. G. MENDES
STA 178 (CE)	18.09.2009	Federal, Estadual, Municipal	Executiva	
STA 244 (CE)	18.09.2009	Estadual	Executiva	

A novidade superou a expectativa. As três decisões seguintes à “audiência pública da saúde” mantiveram a estrutura decisória (mesmos termos) e o resultado (indeferimento do pedido de suspensão) das anteriores, *mas extirparam, por completo, o argumento da proibição de insuficiência*. Não só: também as breves considerações sobre a reserva do possível e o mínimo existencial deixaram a decisão.

²⁰⁸ Em 19.09.2009: <http://www.stf.ius.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Último acesso em: 13.10.2009.

Cederam lugar, ao que parece, a breves informações sobre a audiência pública realizada, com recortes de depoimentos de especialistas da área médica.²⁰⁹ Fora esta, as demais mudanças são pequenas em número e em importância, ao menos a esta monografia.

A pergunta que segue este resultado é óbvia: qual seu significado?

Em termos gerais poderia simplesmente significar uma mudança de entendimento – como tantas outras, em tantos tribunais mundo afora – acerca da questão dos direitos sociais. Motivos a isso não faltariam.²¹⁰

Numa leitura pontual, contudo, é de se observar que não houve, por parte do ministro, qualquer menção mínima a tal mudança; não expõe que a proibição de insuficiência deixou fundamentar as decisões. De maneira simples (e abrupta), o argumento foi aposentado, sem satisfações.

8.3. Conclusão do capítulo

De 13 decisões da presidência, percebe-se que são julgadas em conjunto, com espaçamento médio de três, quatro meses entre tais “pacotes decisórios”.²¹¹ Todas envolvem direitos sociais e apresentam como problema uma omissão do Poder Executivo, no que deixa de cumprir (ou o faz defeituosamente) uma prestação de caráter material – que na maioria das vezes é de responsabilidade estadual²¹²

Assim, à diferença das ADIs e RE analisados, estas decisões versam sobre omissões que não se referem à falta de regulação normativa e/ou a um dever de proteção (contra terceiros), senão a falta de prestação material depreendida de um direito social – aplicado, portanto, *diretamente*. Isso equivale dizer que há uso de concepção ampla da proibição de insuficiência.

Também aqui não se percebe utilidade do argumento-tema sobre as decisões analisadas. Ela é, dentre todas as decisões do universo de

²⁰⁹ Cf. STA 175, p. 10.

²¹⁰ As próprias preocupações de Mendes apresentadas nas decisões quanto à complexidade do tema justiciabilidade de direitos sociais concorrem, autonomamente, com argumentos, para tanto.

²¹¹ As 13 decisões datam de 9 datas diferentes (embora algumas difiram entre si em 1 dia). Cf. 8, quadro, *supra*.

²¹² Pelo tipo de direitos envolvidos (sociais), à luz da CF 88 o resultado não é inesperado.

pesquisa, explicada de forma mais superficial e breve, surpreendendo por, ainda assim, ser apontada como o fundamento decisório.

A ausência de utilidade se dá, em primeiro lugar, porque o ministro confunde o objeto da ação que está julgando (i.e. decisão judicial impugnada) com o que foi o objeto dessa exata decisão (i.e. ato executivo). Não faz qualquer sentido avaliar a suficiência daquele, e não há espaço para fazê-lo com este. Em segundo lugar, porque busca utilizar a proibição de insuficiência em casos de *direitos a prestação material*, quando seu uso habitual se dá em deveres de (e, correlatamente, em direitos a) proteção contra terceiros indivíduos – cujo bem jurídico é mais próximo, com rigor, de uma *liberdade*.²¹³

Além dessas, há uma última complicação: as decisões da presidências são, por excelência, monocráticas. Portanto, dentre todas decisões, a proibição de insuficiência teve sua argumentação mais lacunosa e incoerente²¹⁴ nas tomadas no gabinete da presidência, longe do tribunal.

As decisões analisadas puderam ainda ser comparadas com três novos julgados proferidos após a recente audiência pública da saúde, de modo a aferir o impacto destas, naquelas: os julgados são muito próximos entre si, sendo a mudança substancial a substituição completa do argumento-tema por argumentos não-jurídicos, mas fáticos (médico-científicos). Essa troca não mereceu, ademais, qualquer menção do ministro a respeito. Isso é indicativo forte da (in)utilidade que aproveita a proibição de insuficiência na solução desses casos – *ela, enquanto argumento, é fungível*. Então fundamento de decisões anteriores, em casos semelhantes, pôde ser substituída em sua integralidade por argumento não-jurídico.

Ao cabo, pode-se arriscar que tal solução não sofreria óbices com a ausência do argumento-tema: as decisões já pautam muito mais numa cautela-geral do julgador do que na avaliação de proporcionalidade. Esta, se existe, só poderia ser aferida na vertente de proibição de excesso, já que seu objeto, pelo uso feito por Mendes, é uma decisão judicial cuja legalidade e acerto, nos pedidos de suspensão, se quer verificar.

²¹³ Cf. 1.2, *supra*.

²¹⁴ O embasamento de tal incoerência é tanto instrumental (cf. 9, *infra*) quanto pautado em convicções pessoais acerca da argumentação esperada de uma corte constitucional. Cf., para o lançamento dessas bases, tópicos 2.1, 3.1.2 e 3.1.3, *supra*.

9. Panorama final

Aspectos da Decisão

Proibição de Insuficiência

Ação	Tipo de decisão	Voto condutor, concorrente, dissidente?	Integra decisão unânime, majoritária, minoritária?	Há especificação do que seria a medida suficiente?	Função para a decisão	Em que concepção é utilizada? (a)	São apresentados critérios objetivos para sua aferição? (b)	É o fundamento da decisão? (c)	Há coerência (formal)? (R)
RE 418.376-5	Pleno	Concorrente	Majoritária	Sim	Inibir incidência de norma penal benéfica	Estrita	Não	Sim	Sim
ADI 3112	Pleno	Concorrente	Majoritária	Não	Firmar modelo de controle de leis penais	Estrita	Sim	Não	Não
ADI 1800	Pleno	Condutor	Majoritária	Indiretamente	Justificar lei impugnada	Ampla	Não	Sim	Não
ADI 3510	Pleno	Divergente	Minoritária	Sim	Dar-lhe perfil aditivo	Estrita	Sim	Sim	Sim
SL 235-0 (TO)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 241-7 (RJ)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
SL 228-7 (CE)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
SL 263-5 (RJ)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 238 (TO)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 245 (RS)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 278-6 (AL)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 277 (AL)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 198 (MG)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
STA 318 (RS)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
SS 3690 (CE)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
SS 3751 (SP)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não
SS 3741 (CE)	Presidência	---	---	Indiretamente	Indeferir suspensão de prestação material	Ampla	Não	Não	Não

10. Conclusão.

Afinal, qual a utilidade da proibição de insuficiência para o STF?

Esta monografia buscou mapear o uso feito pelo STF do argumento da proibição de insuficiência, apresentado pela corte como meio de controle de proporcionalidade de omissões estatais em sentido amplo.

Não pretendo aqui repetir as numerosas informações de relevo obtidas ao longo da pesquisa.²¹⁵ Finda análise exaustiva, limito-me apenas a retomar aquelas hipóteses de trabalho para verificar sua confirmação:

(1) O STF e seus ministros são incoerentes no uso de tal argumento.

Confirmada. A proibição de insuficiência foi utilizada em áreas diversas, sem qualquer vínculo com o reconhecimento explícito de deveres de proteção. Isso impede, entre outras coisas, qualquer indução sobre suas hipóteses de cabimento: não há como controlar o emprego do argumento pelos ministros – nomeadamente Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – ou antecipá-lo em decisões futuras, porque em nenhum dos casos analisados figura como único fundamento possível, como provam os votos dos demais ministros. A conclusão evidencia-se por fato objetivo: a corte até hoje não reconheceu precedente judicial em qualquer das 17 decisões, relegando à proibição de insuficiência uma mística de exceção, *ad hoc*.

(2) O STF e os ministros não realizam controle de proporcionalidade de omissões.

Confirmada. Embora tal seja a sua finalidade aludida, que legitimaria o controle judicial da suficiência de ações estatais como condição para sua constitucionalidade, não houve até aqui efetivo controle de proporcionalidade de omissões do Estado. O que se viu foram julgados raros que alternaram tal controle na vertente de proibição de excesso, com outros mais que, sob argumento de avaliação da suficiência, tudo o que faziam era canalizar temperamentos prudenciais dos ministros, encurtando a motivação decisional pelo atalho oferecido por instrumento emprestado do repertório alemão.

²¹⁵ Repeti-las aqui seria, além de enfadonho, também repetitivo, já que a análise de todos os julgados existentes acerca do argumento-tema conta, em cada capítulo, com conclusão respectiva. Cf. 5.2, 6.2, 7.2, 8.3, *supra*.

Qual será o futuro da proibição de insuficiência no STF?

Em virtude da incoerência apresentada em seu uso, um prognóstico torna-se sobremaneira difícil. Poder-se-ia, com cautela, indicar sua provável queda a partir do próximo ano, tão logo o ministro Gilmar Mendes – responsável por 16 de 17 decisões que formalmente empregam a proibição de insuficiência – deixar a presidência. Pela representatividade destas decisões da presidência (13) no total de decisões do universo de pesquisa (17), tratar-se-ia de decréscimo sensível.

Em adição, os próprios julgados seguintes à audiência pública da saúde demonstram, ao menos nesta área, uma mudança geral de entendimento. Não me parece ainda, todavia, porto seguro para profecias.

As próximas decisões da presidência, sobretudo as afetas a áreas como educação e proteção da criança e adolescente (que pode envolver desde saúde e educação até adequação do cumprimento de sanção criminal), poderão, estas sim, vocacionar uma previsão, apontar uma tendência neste tipo de decisão.

Quanto às decisões plenárias, não há como se oferecer mais do que palpites. Quatro anos passados da primeira vez em que se ouviu da proibição de insuficiência, a verdade é que o argumento parece não ter emplacado: o único ministro que a arriscou, Ricardo Lewandowski – além daquele que a introduziu entre as variantes decisórias do tribunal, Gilmar Mendes –, não tornou a repeti-la.

Mesmo assim, há de se ter em vista que não seria surpreendente um aprofundamento doutrinário do argumento – devido há tempos entre nós –, o que animaria novas decisões. Tal a expectativa normal num país de Estado frágil, em que direitos protetivos – prestacionais, se se aceitar uma concepção ampla²¹⁶ – são sistematicamente desautorizados.

É de se fixar, neste ponto, que o argumento da proteção deficiente em si não é necessariamente exagerado ou fundamentalista: é o uso que os tribunais podem vir a fazer dele que o insere como motivo de preocupações.

²¹⁶ Cf. 3.1.2, *supra*.

Retomando prognóstico já feito acima,²¹⁷ uma decisão que tende a registrar novo emprego do argumento-tema é a ADPF 54. O próprio ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI 3510 (Biossegurança) adianta, para além de semelhanças entre os casos,²¹⁸ também um possível desfecho comum.²¹⁹

Qual, afinal, a utilidade da proibição de insuficiência para o STF?

Da forma como é estruturada, mesmo quando há coerência formal – ou seja, quando se observa solidez mínima no relacionamento entre sua concepção precisa, existência de critérios objetivos para sua verificação concreta e sua participação como fundamento decisório (cf. tópico 3.1.3 e capítulo 7) –, a proibição de insuficiência gera a impressão de que é amparada por pontos meramente teóricos, que são enxertados na decisão mas que a ela não competem, na medida em que não se relacionam entre si e com a hipótese fática que lhe serve de contexto.

Em termos mais simples: não há nada que jogue a favor do reconhecimento de uma utilidade ao argumento da proibição de insuficiência, se por tal for entendida a qualidade de servir aos fins concretos a que se propõe. Não serviu, assim, para controlar a proporcionalidade de omissões do Estado, como visto e constatado, e nem se manteve como a “única resposta certa” às decisões.

Ora, se não há utilidade visível no uso desse argumento, deve-se exigir tratamento diferenciado, partindo de agora, do Supremo Tribunal Federal – ou simplesmente esquecê-lo, se coerência e segurança jurídica ainda forem de algum valor.

Por que, então, o STF vem utilizando o argumento-tema?

²¹⁷ Cf. 4.1.

²¹⁸ Mote da já mencionada monografia de Flávia Annenberg (2008).

²¹⁹ “Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente preferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva” (p. 34).

10.1. Epílogo: Da margem de ação para decisão

“Conselho dramaturgico: Não encaixe profundidade. Não acrescente nada de novo à charada.”
F. Dürrenmatt

A confirmação pontual das hipóteses deixa certo vazio paradoxal sobre as conclusões. O que dizer depois de constatado o mau uso de argumento pela mais alta corte do país? Como se comportar diante de evidências que apontam para a ausência de sua finalidade colimada e desprendimento de critérios de (auto-)controle?

Não se deve, aqui, imaginar que este seja problema isolado. Ou, ainda, que se fez aqui descoberta sem precedentes. Tampouco é a intenção da monografia forjar, com liga forte, amarras estreitas a domar o Supremo Tribunal Federal. Seria ingenuidade demais cogitar – e tomei algum cuidado, que espero perceptível, nas proposições críticas – de um órgão de cúpula de um poder da república isento de ingerências políticas e preocupações conjunturais. Qualquer corte constitucional no mundo – todas as que conheço, ao menos –, conscientemente ou não, *cria* direito, resolve *hard cases* e decide sobre a extensão de sua própria competência.

Contudo, uma análise crítica deve escapar a ingenuidades com o mesmo vigor com que se afasta de arbitrariedades.

Ao importar argumento estrangeiro – coincidentemente de país de língua pouco acessível a nós, brasileiros, e de um tribunal constitucional notoriamente proativo e poderoso –, o STF blinda determinadas decisões dos desejados controles social (povo) e institucional (demais poderes).

Com isso, o Supremo Tribunal Federal – e eis aquela única conclusão sensata, de cuja necessidade alertei ainda no início do texto –, não pode querer mais do que ampliar artificialmente sua margem de ação para decisão. Em termo sinônimo: sua *discrição política*.²²⁰

²²⁰ Em opinião de Leonardo Martins (2003, p. 20) acerca do (mau) uso da proporcionalidade (em geral) pelo STF, tem-se bom retrato de situação válida a esta monografia: “Como consequência de tais incertezas e imprecisões, vislumbra-se o risco para a segurança jurídica da aplicação de um princípio tão aberto que nada mais traz do que descrever o processo de aplicação da idéia de justiça ao caso concreto, aplicação esta feita por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos. Chega-se, desta maneira, à imagem da balança, onde se pode livremente misturar e combinar os mais variados pesos e medidas. Por consequência, a argumentação perde fatalmente sua natureza jurídica. No seu lugar,

A “palavra mágica” >>*Untermassverbot*<< não tem aplicação regular, não reconhece precedentes brasileiros e não permite antever novos usos – ao menos, não com segurança –, em função da forma com que vem sendo empregada pelo tribunal brasileiro. Abre, sim, o “palco” para apresentar argumento essencialmente dogmático,²²¹ sob as luzes de novidade.

Em que pese serem apenas dois os ministros que historicamente se valeram do argumento-tema – e esta é uma primeira crítica possível à conclusão –, é notável, como se pretendeu demonstrar, a ausência de contraposição a ele ainda quando figura como fundamento de uma decisão.

Isso porque, essa conhecida ausência de deliberação entre os ministros – dificultando a redação de ementas, no curto prazo, e a construção de precedentes sólidos, de um “romance em cadeia” no longo prazo –, conforta a cada ministro espaço para modificação de entendimentos, para juízos de conjuntura, para equidade não assumida.

Não me pareceu, por fim, de qualquer utilidade especial a comparação das decisões coletadas – em que se usa a proibição de insuficiência expressamente – com outras que, implicitamente, seguem o raciocínio nela presente. Uma vez que se concluiu pela completa ausência de coerência e preocupação com uniformidade dos julgados acerca do tema, nas entrelinhas permanece a impressão de que seriam muitos, tais casos.²²²

Assim pretendo encerrar minha monografia: esperando que, entre trivialidades e digressões, alguma contribuição ao debate dos deveres de proteção e da (infelizmente) malfada proibição de proteção insuficiente ela possa ter trazido.

Perdoado o trocadilho, restam aqui os votos ao STF pela observância à proibição de insuficiência – argumentativa.

trava-se uma discussão política por órgãos e auxiliares não legitimados constitucionalmente para tanto, ofendendo potencialmente o art. 2º CF.”

²²¹ A figura é de Karl-Eberhard Hain (1993), p. 984.

²²² Cf., novamente, Lothar Michael (2001), pp. 148-155, como sugestão de iniciativa.

11. Referências bibliográficas

- ALEXU, ROBERT. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANNENBERG, FLÁVIA. *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Existe relação de precedente entre eles?* Escola de Formação, SBDP, 2008.
- ÁVILA, HUMBERTO BERGMANN. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. "Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais. Uma crítica a 'Existem direitos sociais?' de Fernando Atria." In: SOUZA NETO, C. / SARMENTO, D. (ORG.) *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 137-175.
- CALLIESS, CHRISTIAN. *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- _____. "Schutzpflichten." In: MERTEN, D. / PAPIER, H.-J. (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II (4. II.). Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 963-992.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. In: JuS (1989), pp. 161-172.
- CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra, 2007.
- CASTRO, MARCUS FARO DE. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. In: "Revista Brasileira de Ciências Sociais", v. 12, n. 34, 1997, pp. 147-156.
- CLÉRICO, LAURA. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto." In: CARBONELL, M. (Org.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, pp.115-160.
- DIETLEIN, JOHANNES. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Dunker & Humblot, 1992.
- DIMOULIS, DIMITRI / MARTINS, LEONARDO. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOODE, WILLIAM J. / HATT, PAUL K. *Métodos em pesquisa social*. Trad. Carolina Martuscelli Bori. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.
- GORZONI, PAULA. *Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Escola de Formação, SBDP, 2006.
- GRIMM, DIETER. "The protective function of the state". In: NOLTE, G. (Ed.). *European and US Constitutionalism*. New York: Cambridge, 2005, 1992, pp. 137-155.
- HAIN, KARL-EBERHARD. "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?" In: DVBl (1993), pp. 982-984.

LEE, CHIEN-LIANG. „Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot.“ In: GROTE, R. / HÄRTE, I. / HAIN, K.-E. / SCHMIDT, T. I. / SCHMITZ, T. / SCHUPPERT, G. F. / WINTERHOFF, C. (Hrsg.). *Die Ordnung der Freiheit. Freiheit für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr, 2007, pp. 297-317.

MARTINS, LEONARDO. “Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros.” In: *Cadernos de Direito da UNIMEP*, v. 3, 2003, pp. 15-45.

MAYER, MATTHIAS. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

MENDES, GILMAR / COELHO, INOCÊNCIO / BRANCO, PAULO. *Curso de direito constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. “Jurisdição constitucional do Brasil: o problema da omissão inconstitucional” (07.10.2008). Acesso: <http://www.mediafire.com/file/zmnu22unc42/Omisao+Legislativa+v+Port.pdf>

MICHAEL, LOTHAR. „Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Dogmatik über des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssatz.“ In: *JuS* (2000).

PEREIRA, BRUNO RAMOS. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SABADELL, ANA LÚCIA. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 47 (2004), pp. 60-122.

SCHWABE, JÜRGEN. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese de Titularidade, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. “O proporcional e o razoável.” In: *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 23-50.

_____. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão prática.” In: *Revista de Direito Administrativo* 250 (2009-a), pp. 197-227.

_____. “Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?” In: SOUZA NETO, C. / SARMENTO, D. / BINENBOJM, G. (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009-b, pp. 605-618.

VIANNA, LUIZ WERNECK. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. (et al.). “Dezessete anos de judicialização da política”. In: *Tempo Social*, v. 19, nº 2 (2007), pp. 39-85.

WAHL, RAINER. / MASING, JOHANNES. “Schutz durch Eingriff.” In: *JZ* 12 (1990), pp. 553-563.

12. Referências jurisprudenciais

Supremo Tribunal Federal (STF)

ADI 1800 (ADC 5)
ADI 3112
ADI 3510
ADPF 45
ADPF 54
PSV 30
RE 410.715-5-AgR
RE 418.376-5 (MS)
RE 431.773 (SP)
RE 436.996-AgR (SP)
SL 228-7 (CE)
SL 235-0 (TO)
SL 263-5 (RJ)
SS 3690 (CE)
SS 3724
SS 3741 (CE)
SS 3751 (SP)
STA 175 (CE)
STA 178 (CE)
STA 198 (MG)
STA 238 (TO)
STA 241-7 (RJ)
STA 244 (CE)
STA 245 (RS)
STA 277 (AL)
STA 278-6 (AL)
STA 318 (RS)
STA 408

Tribunal Constitucional alemão (BVerfG)

BVerfGE 7, 198
BVerfGE 39, 1
BVerfGE 39, 210
BVerfGE 46, 160
BVerfGE 49, 89
BVerfGE 53, 50
BVerfGE 66, 39
BVerfGE 77, 170
BVerfGE 77, 381
BVerfGE 88, 203