



André Caixeta da Silva Mendes

O STF E A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA
a proporcionalidade na litigância de direitos sociais

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP,
sob a orientação da
Professora Fernanda
Mascarenhas Marques.**

SÃO PAULO

2018

Resumo: A monografia investiga de que maneira o Supremo Tribunal Federal (STF) emprega o instituto da proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) no julgamento de casos em que se pleiteia uma prestação estatal fática relativa a direitos sociais. A proibição de insuficiência é tida como a face menos conhecida da proporcionalidade. Ela analisa a constitucionalidade de omissões estatais, enquanto a sua contraparte mais popular – a proibição de excesso – trata das intromissões estatais. Ambas buscam conferir maior racionalidade ao exame e à justificação na limitação de direitos fundamentais. Através do estudo de 29 decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais o conceito é mencionado, busquei descobrir o que os ministros entendem por proibição de insuficiência e como a aplicam nos casos de prestação fática de direitos sociais. Concluiu-se que os Ministros não concebem a proibição de insuficiência como um instrumento decisório; para eles, sua natureza é similar à de um mandamento de otimização, não à de um teste de constitucionalidade. Ainda, nas poucas ocasiões em que há algum vestígio dela sendo aplicada como teste, o controle feito, na verdade, se aproxima de uma proibição de excesso.

Palavras-chave: proibição de insuficiência/*Untermassverbot*; proibição de excesso; direitos sociais; proporcionalidade; direitos fundamentais; princípios.

Agradecimentos

Escrever a primeira monografia acadêmica é empreitada árdua, especialmente se o autor não contar com um resiliente elenco de apoio ao seu lado. Felizmente, não foi o meu caso.

Agradeço em primeiro lugar à minha orientadora, Fernanda Mascarenhas Marques, que me guiou de maneira paciente, mas resoluta, através de todo o processo de organização e redação do trabalho. Numa primeira incursão à vida acadêmica como essa, o receio e o nervosismo teimam em aparecer a cada passo do caminho. Devo à Fernanda, por me ajudar a superá-los. A atenção e o esmero que ela dedicou à minha monografia fizeram do produto final um trabalho melhor e mais condizente com o debate jurídico. Grande parte das virtudes que possam vir a aparecer nesta monografia é atribuível também a ela.

À minha arguidora na banca de avaliação, Maria Claudia Girotto do Couto, agradeço pelos comentários, observações e provocações. Busquei assimilar tudo o que foi debatido e, pela sua crítica, acredito ter em mãos uma monografia melhor do que aquela apresentada à banca.

Ao meu tutor, Pedro Gama. Quando eu mal sabia sobre o que queria escrever, foi Pedro quem me ajudou a organizar os pensamentos e sistematizar minhas ideias, a fim de criar um esqueleto daquilo que viria a se tornar minha pesquisa.

Ao Professor Virgílio Afonso da Silva, que se dispôs a esclarecer conceitos e tirar dúvidas que dificultavam o desenvolvimento da pesquisa.

À Mari, Rebeca e Yasser, que fizeram de 2018 o melhor ano da minha graduação. A Escola de Formação é uma experiência incrível por muitos motivos, mas o maior deles é, sem dúvida, o empenho e o carinho empreendidos pelos coordenadores.

Às colegas e aos colegas da Escola de Formação. Mal posso acreditar na sorte que tive de encontrar um grupo tão variado de pesquisadores sensacionais e amigos melhores ainda.

Às amigas e amigos da San Fran, que tiveram de me aturar por seis meses lamuriando, fazendo drama e os negligenciando. Agora acabou!

Finalmente, agradeço à minha mãe, Nely Caixeta, e ao meu pai, Armando Mendes. Vem do berço a lição de que, na escrita, deve-se evitar a pompa prolixa e prezar, sobretudo, pela facilidade na hora de ler. Busquei, como em seus textos, a clareza *jornalística*. Espero tê-la alcançado.

1. Introdução	7
1.1. Apresentação da monografia	7
1.1.1. Objetivo	10
1.1.2. Pergunta e hipótese	14
1.1.3. Metodologia	17
1.1.3.1. Como avaliar a proibição de insuficiência?	22
2. Conceitos importantes para a compreensão do tema	25
2.1. Direitos fundamentais	25
2.1.1. Direitos de defesa e direitos a prestação.	27
2.1.2. Direitos a prestação normativa e direitos a prestação fática	29
2.1.3. Direitos a organização e procedimento, a proteção e sociais	29
2.1.4. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	32
2.1.4.1. A exigibilidade dos direitos sociais	35
2.2. A proibição de insuficiência	38
2.2.1. Relembrando o imperativo de tutela e os direitos a proteção.....	39
2.2.2. Gênese da proibição de insuficiência	40
2.2.3. Proporcionalidade e proibição de insuficiência	41
2.2.3.1. Proporcionalidade em sentido amplo.....	42
2.2.3.2. Proibição de excesso (<i>Übermassverbot</i>)	44
2.2.3.3. Proibição de insuficiência (<i>Untermassverbot</i>)	49
3. Análise de casos.....	53
3.1. Pesquisa de amostra	54
3.2. Análise qualitativa.....	59
3.2.1. Criança e adolescente	60
3.2.1.1. Gilmar Mendes.....	60
3.2.1.2. Celso de Mello	64
3.2.2. Saúde	67
3.2.2.1. Celso de Mello	67
3.2.2.2. Gilmar Mendes.....	71
3.2.3. Educação.....	79
3.2.3.1. Gilmar Mendes.....	80
3.2.3.2. Luiz Fux	83
3.2.4. Cárcere	89
3.2.5. Acesso à justiça	92

3.2.6. Seguridade Social.....	93
3.3. Conclusão do capítulo.....	97
4. Conclusão.....	100
4.1. O que é proibição de insuficiência para o STF?.....	100

1. Introdução

1.1. Apresentação da monografia

Esta monografia tem por objetivo analisar o emprego da *proibição de insuficiência* pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgarem casos que envolvem reivindicações de direitos sociais.

A proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)¹ é ferramenta argumentativa usualmente tida como constituinte da regra da proporcionalidade. Assim entendida, ela se contrapõe à outra face da proporcionalidade, a proibição de excesso. As duas diferenciam-se na medida que uma (a proibição de proteção insuficiente) avalia limitações estatais em direitos a prestações, ao passo que a outra (a proibição de excesso) avalia limitações estatais em direitos a abstenções².

A proibição de proteção insuficiente figura como instrumento decisório no STF desde 2006³. Seu acréscimo ao arsenal de técnicas argumentativas do tribunal deu ensejo a um estudo, feito em 2009, dedicado exclusivamente à análise de sua aplicação pelos ministros⁴. O presente trabalho procura, 9 anos depois, novamente responder à indagação: como o STF usa a proibição de insuficiência? No entanto, o âmbito de análise dessa vez será mais restrito.

A pesquisa terá como foco os julgamentos nos quais é pleiteada a prestação estatal fática de algum direito social. Como se verá mais à frente (no tópico 2.1.3), os direitos que os indivíduos têm a ações positivas do Estado podem ser dispostos em três categorias distintas. Os direitos sociais

¹ Pelo fato de seu nome ser originalmente em alemão, a proibição de insuficiência não conta com tradução exata para o português. Verifica-se variação no tratamento do conceito, inclusive, entre os próprios ministros do STF. Sendo assim, para fazer referência à *Untermassverbot*, serão empregadas expressões que intercalam *proibição* com *vedação*, e de *proteção insuficiente* com *insuficiente*, *deficiente* e de *proteção deficiente*. O que isso significa é que, neste trabalho, *proibição de proteção insuficiente* deve ser entendido como sinônimo de *proibição de insuficiência*, *vedação de proteção insuficiente*, *vedação de deficiência*, etc.

² A distinção entre direitos a prestações e direitos a abstenções é pormenorizado no tópico 2.1.1, enquanto o tema da proporcionalidade, proibição de excesso e proibição de insuficiência é abordado no tópico 2.2.3.

³ Cf. RODRIGUES (2009), p. 25.

⁴ Ibid.

compõem uma delas. Optou-se por estabelecer este recorte temático em função do crescente protagonismo que o Poder Judiciário brasileiro vem assumindo ao tratar-se da efetivação dos direitos sociais. Nesse cenário, a emergência de um conceito tal qual a proibição de proteção insuficiente poderia servir tanto como método argumentativo que racionaliza o processo decisório e o controle intersubjetivo quanto como pretexto para uma maior interferência judicial em áreas tidas tradicionalmente como de competência dos poderes eleitos. Busca-se, neste trabalho, verificar se alguma dessas alternativas de fato ocorre no contexto brasileiro.

O capítulo 1 é dedicado à apresentação do trabalho. Nele, será explicado qual a importância de uma monografia que estude o uso da proibição de insuficiência para direitos sociais (tópico 1.1.1), quais são a pergunta e a hipótese da pesquisa (tópico 1.1.2) e qual foi a metodologia empregada, na busca por material (tópico 1.1.3) e na análise dos casos (tópico 1.1.3.1).

No capítulo 2 serão apresentados tópicos teóricos de direitos fundamentais importantes para entender o tema, as decisões dos ministros e as análises delas. Primeiramente, tocar-se-á em diversas subdivisões de direitos fundamentais (tópico 2.1), como aquela relativa aos direitos de defesa ou a prestações (tópico 2.1.1), a prestações normativas ou fáticas (tópico 2.1.2), a direitos a organização, proteção ou sociais (tópico 2.1.3) e às dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais (tópico 2.1.4).

Uma vez assentados tais conceitos de direitos fundamentais, chegará a hora de abordar a proibição de insuficiência (tópico 2.2). Haverá duas exposições sobre o conceito separadas: uma histórica (tópico 2.2.2) e uma conceitual (tópico 2.2.3), na qual será abordado também o tema conexo da proporcionalidade (tópico 2.2.3.1) e da proibição de excesso (tópico 2.2.3.2). A parte dogmática da proibição de insuficiência está reservada para o tópico 2.2.3.3.

É no capítulo 3 que os julgados do STF finalmente serão analisados. Em primeiro lugar, haverá a breve apresentação de alguns dados levantados

pela pesquisa, que respondem às subperguntas a) e c) (tópico 3.1). Em seguida, o exame do conteúdo das decisões, separadas em seis temas: criança e adolescente (tópico 3.2.1), saúde (tópico 3.2.2), educação (tópico 3.2.3), cárcere (tópico 3.2.4), acesso à justiça (3.2.5) e seguridade social (3.2.6). No fim do capítulo, há ainda uma breve recapitulação e conclusão sua (tópico 3.3). O capítulo 4 conta com a conclusão da monografia, a resposta à pergunta central e às subperguntas b) e d).

É preciso, antes de passar à apresentação de conceitos, fazer uma observação preliminar importante. A literatura sobre vedação de insuficiência é crescente ao redor de todo o mundo, mas ainda parca se comparada à da proibição de excesso. A produção acerca do tema, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, concentra-se fortemente na Alemanha. Disso decorrem duas consequências: i) as fontes aqui apresentadas serão, em sua maioria, autores alemães ou autores com linhas de estudo provenientes da escola alemã, bem como algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão; ii) pouco do que foi escrito sobre o tema está disponível em uma língua que não o alemão. Dessa forma, não há muito material teórico disponível para o jurista que não lê a língua. Seria esse fato um impedimento para que uma pesquisa relativa ao tema fosse feita por alguém que não fala alemão? Acredito que não.

Como já mencionado, a proibição de proteção insuficiente chegou no STF há mais de uma década. O Ministro que primeiro introduziu o conceito às suas decisões, Gilmar Mendes, domina o alemão e pode adquirir conhecimento diretamente da fonte mais profícua. Os outros ministros, leiam alemão ou não, também adotaram esse método argumentativo às suas razões. Se o STF assimila um conceito às suas razões de decidir, é porque está preparado para ser escrutinado quanto a esse uso. No caso do presente trabalho, esse escrutínio virá de alguém capaz de acessar um número de fontes que, não obstante poucas em número, conseguem apresentar o emprego da vedação de deficiência como estruturado, ordenado e racional⁵. Parece razoável, portanto, esperar o mesmo de seu uso pelos ministros.

⁵ As fontes utilizadas neste trabalho são trabalhos escritos em português, inglês e espanhol.

1.1.1. Objetivo

*"Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são parte de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema"*⁶

O objetivo deste trabalho passa, em grande medida, pela resposta a uma indagação geral: por que é necessário justificar decisões judiciais? O tema é extenso e intrincado, mas ainda assim estrutural para qualquer pesquisa relacionada a argumentação jurídica, como é o caso. Nas linhas seguintes buscar-se-á, sinteticamente, oferecer uma breve relação de motivos que explicam o dever argumentativo do jurista.

Antes de ser um conjunto de normas, julgamentos, valores e competências, o Direito é atividade humana compartilhada. Os elementos listados na frase anterior fazem, sim, parte do Direito, mas não o definem. Sua definição, na verdade, se aproxima mais daquela tipicamente dada a jogos. Um jogo é atividade constituída por regras que determinam sua constituição, quais são as movimentações certas e erradas, qual é o seu objetivo e, conseqüentemente, como ganhar. O mesmo vale para o Direito.

Assim como os participantes de qualquer jogo devem seguir certas regras para efetivamente fazer parte dele (um jogador de xadrez que insiste em movimentar sua torre na diagonal não está, no fim das contas, jogando xadrez), o sujeito do Direito também deve seguir as regras impostas pela

⁶ Citação retirada de HART (2011), p. 159. A referência do autor à incontestabilidade das decisões refere-se tão somente ao caráter definitivo que elas têm uma vez proferidas pelos supremos tribunais. A correção delas, não obstante, continua em aberto.

atividade para ser considerado como participante dela. Qualquer ação, jurídica ou não, tem um porquê que lhe dá sentido. Este, a princípio, é restrito ao íntimo do agente, que pode escolher exteriorizar suas razões de agir ou não. É o caso, por exemplo, da mãe que coloca o filho de castigo sem explicar o motivo; ainda que essa seja uma atitude não muito bem vista, ela ainda está de acordo com a dinâmica que rege relações entre pais e filhos. O mesmo não é verdade para o Direito. Entre muitas de suas regras, podemos destacar o dever de explicitar a motivação dos atos. Um juiz ou legislador que, no exercício do cargo, resolver tomar certa atitude sem explicar sua linha de pensamento não está praticando Direito, já que sua ação fugiu completamente às regras que compõem essa atividade.

Mas o dever de explicitar razões não é a única regra à qual o participante do Direito está vinculado. Outras regras que constituem o Direito são, por exemplo, a igualdade e a não-contradição. Delas decorrem, principalmente, a obrigação de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, bem como a vedação de agir de maneira a contradizer alguma premissa. Essa digressão é importante para mostrar que existem regras das quais é possível retirar parâmetros de correção e qualidade para a atividade jurídica; é dizer, *"(...) parece claro que pode haver decisões mais ou menos justificadas, justificadas de modo mais adequado ou menos adequado. E para dizer isso é preciso ter padrões de excelência, adequação e bondade que não são dados na esfera "regulativa" da prática, mas na sua esfera constitutiva"*⁷. Há ações deficientes a ponto de não poderem ser tidas como parte do Direito; há ações que – mesmo ultrapassando o patamar mínimo constitutivo da atividade – são consideradas ruins por não cumprirem o suficiente com os critérios de correção da prática; há ações que transpassam os parâmetros que constituem o excelente no exercício jurídico e, por isso, são consideradas boas. Os agentes públicos têm o dever de se esforçar ao máximo para lograr atingir tais padrões de corretude, e a sociedade tem o direito de fiscalizar essa empreitada.

⁷ Citação retirada de LOPES (2009), p. 78.

É certo que o juiz julga do jeito que julga por motivos conhecidos, a priori, só por ele. E é certo que essa situação engendra uma espécie de paradoxo⁸: de um lado, um sistema institucional baseado em regras compartilhadas pré-constituídas que exigem, dos atores, práticas conforme aos seus ditames; do outro, pessoas que devem, no exercício de sua função e na medida do possível, assumir uma “*persona* diferente” e agir não conforme as suas razões, mas segundo as razões do Estado, ao mesmo tempo que são vistoriadas por elementos exteriores a si. Ainda que esse problema seja ontologicamente insolúvel, a sociedade não pode contentar-se com uma indefinição por completo. Até agora, a melhor maneira encontrada para constranger os representantes estatais a agir de acordo com os parâmetros institucionais a eles impostos foi forçá-los a explicar de que maneira suas ações condizem com o regramento que os rege. No caso dos juízes, essas explicações costumam ser as justificativas para suas decisões. O Direito não pode ser entendido como atividade discricionária, movido a bel prazer pela vontade de seus agentes que, uma vez dentro do sistema, não se vinculam a nada ou a ninguém. Pelo contrário, é dever do ator jurídico envidar esforços no sentido de comprovar sua conformidade àquilo que dele é socialmente e institucionalmente exigido e, conseqüentemente, esperado.

Junto à ideia de *correção* no Direito, corre o conceito de *objetividade*⁹. A objetividade nessa seara traz consigo a possibilidade de controlar decisões judiciais, a fim de se aferir em que medida elas foram capazes de satisfazer os critérios que constituem uma decisão boa¹⁰. Nesse sentido, exige-se do juiz, sobretudo, clareza, nas palavras e na argumentação. Clareza nas palavras para que o texto do julgamento não fique hermético, para que a ideia que o juiz deseja passar seja mais facilmente assimilada pelo leitor;

⁸ Um paradoxo similar (porém não idêntico) é apresentado em MacCORMICK (2008), p. 17-42. O autor contrapõe o aspecto institucional do direito ao seu caráter eminentemente argumentativo. Essa aparente antinomia certamente se relaciona também com o presente trabalho.

⁹ Em SILVA (2011-A), a objetividade na interpretação do direito corresponderia a aumentar a realização do controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade das decisões.

¹⁰ É fundamental notar, no entanto, que o Direito, por se tratar de prática humana, conta com uma objetividade diversa daquela proporcionada pelas ciências naturais. Esperar uma precisão e rigor igualmente elevados nos dois campos é exigência ingênua e inalcançável. Nesse sentido, cf. LOPES (2016).

clareza na argumentação de maneira a possibilitar a compreensão da linha de raciocínio trilhada pelo juiz para alcançar seu veredito.

Os precedentes relativos à proporcionalidade não são animadores. Em artigo seu, José Reinaldo de Lima Lopes narra o emprego da técnica por um ministro do STF no notório caso Ellwanger¹¹. Segundo conta,

“O voto do Ministro Gilmar Mendes estende-se didaticamente muito mais para explicar o que é o princípio da proporcionalidade (inclusive com citações de doutrina), do que para motivar sua decisão. Quem lê o voto tem uma espécie de aula sobre a definição de proporcionalidade segundo a doutrina alemã, mas fica em dúvida sobre os fatos do caso e sobre como e por que no caso sob julgamento o juízo de condenação do requerente do habeas-corpus deveria ser mantido. Não há explicitação longa das circunstâncias do fato, do delito, etc. Em poucas palavras, o voto está tão preso às generalidades das definições, que não é fácil extrair dele a ratio decidendi. Não se gasta tempo suficiente com as qualidades do caso concreto que justificariam, ou motivariam, seu enquadramento nos termos e conceitos longa e didaticamente explicados”¹²

Para conferir objetividade e corretude à decisão judicial, a proporcionalidade precisa ser empregada de acordo com seus pressupostos teóricos e técnicos. Ela conta com uma forma estruturada e ordenada, sobretudo, para que o caminho cursado pelo agente público em seu esforço decisório seja mais transparente para quem o analisa. Ela é, afinal de contas, mais um modelo para auxiliar juízes e legisladores a justificar racionalmente

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ o Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003. No caso Ellwanger, um escritor e editor de livros que negavam o nazismo e exprimiam descarado conteúdo antissemita foi denunciado por praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de religião (conforme o artigo 20 da Lei 7.716/89). O seu pedido de Habeas Corpus chegou até o STF, onde foi negado. O Tribunal acordou que o conteúdo das publicações do Réu era flagrantemente antissemita.

¹² Citação de LOPES (2009), p. 77.

o modo como agem. A mera enunciação de sua fórmula não pode ser considerada como um emprego da proporcionalidade, exatamente por não cumprir as exigências que conferem a ela sua capacidade de explicitar linhas de raciocínio. Ao ser “empregada” da maneira como relatada no excerto acima, a proporcionalidade não mais serve como método esclarecedor de justificativas.

Tendo em mente que a comunidade acadêmica é um dos principais controladores da atividade pública, estudar uma ferramenta argumentativa como a proibição de insuficiência é importante para averiguar se, do seu uso pelos ministros do STF, decorre de fato uma maior evidenciação das razões dos magistrados ou se, pelo contrário, o instituto serve para disfarçar uma ampliação sub-reptícia na margem de atuação do Judiciário¹³. Meu objetivo é alcançar uma resposta para esse questionamento.

1.1.2. Pergunta e hipótese

A pergunta central que norteará a pesquisa é: *De que maneira o STF tem empregado a proibição de proteção insuficiente nos casos de tutela de direitos sociais?*¹⁴

Dessa indagação central, derivam outras quatro subperguntas. São elas:

a) Quais os direitos sociais que mais ensejam o emprego da proibição de insuficiência?

b) A proibição de insuficiência é empregada como teste decorrente da proporcionalidade? Se não, de que maneira ela figura na decisão?

¹³ Essa possibilidade é similar à hipótese levantada em RODRIGUES (2009), p. 14. Mais adiante, no tópico 1.1.2, ficará claro que a hipótese do presente trabalho também não está muito distante dessa aventada nove anos atrás.

¹⁴ Como será explicado no tópico 1.1.3, referente à metodologia da pesquisa, o universo de casos analisados será restrito a pleitos por prestações *fáticas* de direitos sociais. Isso significa que as respostas para a pergunta central e para as subperguntas só poderão referir-se a decisões em que esse tipo de pretensão está em jogo. A pergunta central e as subperguntas devem, portanto, ser entendidas como circunscritas a esse universo.

c) Os ministros comparam a intensidade da interferência sobre os princípios constitucionais no caso concreto?

d) Quando empregada a proibição de insuficiência, foi mais frequente o provimento ou a denegação do pleito por direito social?

Como se percebe, as subperguntas *a* e *d* contam com respostas objetivas: ou trata-se de direito à saúde, ou de direito à segurança; ou o pleito foi provido, ou ele foi denegado. As subperguntas *b* e *c*, por outro lado, são mais dependentes da subjetividade do pesquisador. Tal desafio é inerente à pesquisa qualitativa. Para enfrenta-lo, buscar-se-á argumentar expondo sempre o que foi escrito na decisão. O intuito é mitigar ao máximo essa subjetividade.

A hipótese do trabalho é a seguinte: *os ministros do STF, ao julgar pleitos por prestações fáticas de direitos sociais, não empregam a proibição de insuficiência, ainda que o conceito seja mencionado.*

Esta hipótese está fundamentada em três motivos principais. Primeiro, e mais importante, essa foi a conclusão alcançada no trabalho de Luís Fernando Matricardi Rodrigues, que, em 2009, estudou pela primeira vez o tema da vedação de deficiência no STF¹⁵. Ainda que haja diferenças importantes entre as duas pesquisas¹⁶, a proximidade evidente entre elas permite afirmar que a presente monografia serve, ao menos parcialmente, para dar continuidade à investigação de nove anos atrás. Supõe-se, aqui, que a tendência dos ministros a não aplicar efetivamente a proibição de deficiência manteve-se.

A hipótese tem por base, em segundo lugar, o emprego insatisfatório da proporcionalidade – na forma de proibição de excesso – pelo STF. A proibição de excesso, quando comparada à proibição de insuficiência, é há mais tempo conhecida e aplicada, no STF e ao redor do mundo. A experiência de nossa corte constitucional com ela não é animadora¹⁷. Partindo-se desse

¹⁵ Cf. RODRIGUES (2009). Esse estudo foi seguido por RODRIGUES (2012).

¹⁶ Destacando-se, principalmente, a limitação do presente trabalho aos casos que versam sobre prestações fáticas relativas a direitos sociais (vide tópico 1.3).

¹⁷ Cf. SILVA (2002), HERCK (2014), DALLA BARBA; STRECK (2016) e TRINDADE (2013).

pressuposto, imagina-se que o emprego, pelo mesmo tribunal, de uma versão menos conhecida e desenvolvida da proporcionalidade não logrará maior sucesso.

Em terceiro lugar, por fim, é relevante notar que as prestações estatais são tipicamente providas pelo Legislativo e Executivo, os poderes eleitos por voto popular. Ao se tratar da interferência do Estado na esfera dos indivíduos, o Judiciário tem como função clássica, pelo contrário, impor abstenções ao Poder Público. A vedação de insuficiência dá ensejo a uma abertura na margem de atuação dos tribunais. Uma vez demonstrado que os outros poderes têm performance insatisfatória no provimento de direitos à população, o Judiciário poderia intervir e tomar ele mesmo as rédeas da situação. O grande desafio seria, precisamente, demonstrar a insuficiência da atuação dos outros poderes. É justamente para transpor esse incremento no encargo argumentativo que serviria o exame de proporcionalidade da omissão estatal, ou seja, a proibição de proteção insuficiente.

Mesmo desconsiderando o quão polêmica essa teoria é, há nela ainda outra aresta. Se os tribunais adotassem essa nova incumbência sem, no entanto, aceitar o maior ônus argumentativo, haveria uma expansão injustificada das atribuições do Judiciário sobre áreas usualmente reservadas aos outros poderes. É a isso que Matricardi Rodrigues faz referência quando expõe sua "hipótese não científica" de que *"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 descrição decisória"*¹⁸. O fato de que os direitos sociais, foco deste trabalho, sejam caracteristicamente dependentes da alocação de recursos do Estado, via orçamento público, apenas agrava o cenário aventado. A hipótese da presente monografia também tem como fundamento a teoria (a qual é impossível de se provar através da simples leitura de decisões) de que o STF se vale da ideia por trás da proibição de insuficiência, qual seja, a de que o Judiciário pode adentrar território tipicamente político, para expandir sua área de atuação, sem,

¹⁸ Citação retirada de RODRIGUES (2009), p. 14

contudo, cumprir com o maior ônus argumentativo que essa teoria pressupõe.

1.1.3. Metodologia

Três esclarecimentos sobre o recorte temático da pesquisa são já necessários. Primeiramente, já foi mencionado que serão analisados somente casos relativos a direitos sociais. Apesar das divisões teóricas entre os tipos de direitos fundamentais – apresentadas no tópico 2.1 – aparentarem serem bem delimitadas entre si, a prática teima em fornecer ao pesquisador situações em que a identificação da espécie de direito tratado no caso concreto é tarefa árdua e controversa. Nem sempre se alcançará um consenso sobre se o direito em jogo no caso X exige uma prestação ou abstenção, se é organizacional ou social. Para lidar com essa indefinição, esta monografia referiu-se aos direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal e a o que foi escrito pelos ministros nas decisões. Isso quer dizer que o caso foi considerado referente a direitos sociais quando se tratava de algum dos exemplos elencados no dispositivo constitucional, ou quando o próprio ministro decisor dava expressa indicação nesse sentido.

Outro esclarecimento devido refere-se ao tipo de direito social aqui abordado e, mais uma vez, diz respeito às diferentes espécies de direitos fundamentais. Optou-se, neste trabalho, a restringir os casos analisados àqueles que tratam de prestações fáticas¹⁹ do Estado. Isso quer dizer que os julgamentos envolvendo prestações estatais de direitos sociais normativas não serão analisadas. O intuito desse recorte diz respeito ao curto prazo existente para a elaboração desta monografia. Sendo as prestações fáticas aquelas mais usualmente relacionadas aos direitos sociais e visando a evitar uma sobrecarga de material a ser analisado num período exíguo de tempo, não serão estudados casos com prestações normativas.

¹⁹ A distinção entre prestações fáticas e normativas é abordada no tópico 2.1.2.

Finalmente, há de se esclarecer o que será considerado como um *emprego* da proibição de proteção insuficiente, vide a pergunta e as subperguntas de pesquisa. O intuito deste trabalho é entender como a vedação de deficiência, ao ser levantada, figura na decisão do ministro ou ministra do STF. Por isso, a mera menção do instituto já será considerado como qualificador para análise. Uma vez mencionado o nome do conceito, será averiguado de que maneira ele foi entendido na decisão. Os julgados em que o instituto foi apresentado unicamente em alguma citação – seja de jurisprudência, seja de doutrina – não foram utilizados. Considerou-se que mencionar algum excerto no qual o termo está presente, sem contudo adotar o conceito para suas razões de decidir, não constitui emprego da proibição de insuficiência.

Chegou-se à conclusão, portanto, de que as decisões do STF a serem estudadas nesta monografia seriam aquelas que versassem sobre prestações estatais fáticas a direitos sociais e que mencionassem a proibição de insuficiência.

O âmbito de incidência da pesquisa por jurisprudência foram todos os julgados do Supremo Tribunal Federal. Não houve recorte de tipo processual. Devido à relativa novidade da proibição de insuficiência no leque decisório do STF, não foi necessário estipular uma baliza temporal para a pesquisa; o ineditismo do conceito constitui uma limitação cronológica por si só.

A pesquisa foi feita inteiramente por meio do sítio eletrônico do STF. Na página da “Pesquisa de Jurisprudência”, com todos os tipos de decisões selecionadas, foram digitados os seguintes termos de busca (data e horário de pesquisa entre parênteses):

Untermassverbot (17/06, 22:30)

3 acórdãos (0 conformes)

13 decisões monocráticas (0 conformes)

14 decisões da presidência (**13 conformes** – STA 419; SS 3741; SS 3690; SS 3751; STA 318; STA 198; STA 277; STA 245; STA 238; SL 228; SL 263; STA 241; SL 235)

Proibição adj2 insuficiência (17/06, 22:42)

3 decisões monocráticas (0 conformes)

Proibição adj2 deficiência (17/06, 22:45)

1 decisão monocrática (0 conformes)

Vedação adj2 insuficiência (17/06, 22:48)

0 resultados

Vedação adj2 deficiência (17/06, 22:50)

1 acórdão (0 conformes)

2 decisões monocráticas (0 conformes)

Proibição adj2 proteção adj2 insuficiente (17/06, 22:52)²⁰

4 acórdãos (0 conformes)

21 decisões monocráticas (**2 conformes** - Rcl 25.363; Rcl 18.636)

13 decisões da presidência (*13 conformes, todas repetidas* - STA 419; SS 3741; SS 3690; SS 3751; STA 318; STA 198; STA 277; STA 245; STA 238; SL 228; SL 263; STA 241; SL 235)

²⁰ Durante a leitura das decisões em que esse termo era usado, descobri um outro caso (STA 278) em que a expressão “proibição de proteção insuficiente” era usada de maneira a se encaixar com a minha linha de pesquisa. Esse caso, no entanto, não aparece dentre os resultados de pesquisa do site do STF. Ainda assim, o usarei em minha monografia, por ser mais uma decisão em que a *Untermassverbot* é usada de acordo com o suporte fático proposto.

1 decisão da presidência que não aparece entre os resultados de pesquisa do site do STF (**1 conforme** - STA 278)

Vedação adj2 proteção adj2 deficiente (17/06, 23:31)

3 acórdãos (0 conformes)

10 decisões monocráticas (0 conformes)

2 decisões da presidência (0 conformes)

Proibição adj2 proteção adj2 deficiente (26/06, 21:15)

18 acórdãos²¹ (**1 conforme** - RE 597.854)

33 decisões monocráticas (0 conformes)

1 decisão da presidência (0 conformes)

Vedação adj2 proteção adj2 insuficiente (26/06, 22:30)²²

6 acórdãos (**6 conformes** - ARE 745.745; ARE 727.864; AI 598.212; RE 581.352; RE 763.667; Ag. Reg. STA 223)

66 decisões monocráticas (8 conformes - 2 *repetidas* = **6 conformes e novos** - RE 816.626; RE 795.749; AI 759.543; RE 488.208; RE 738.255; RE 763.667; AI 764.969; RE 598.212)

1 decisão da presidência (0 conformes)

Ademais, foi utilizada a ferramenta "Solicitação de Pesquisa", que o site do Supremo Tribunal Federal oferece. A solicitação foi enviada no dia 14

²¹ Foi mencionada a proibição de proteção deficiente na análise de restrição a direitos sociais no RE 567.985 e na Rcl 4.374, mas tais casos tratavam de prestações normativas do Estado, a saber, a suficiência da proteção que a LOAS conferia ao idoso e ao miserável.

²² Durante a pesquisa pelo termo, deparei-me com um aparente erro do Min. Celso de Mello. No AI 598.212 e nos REs 488.208, 738.255 e 581.352, o ministro, ao invés de "vedação de proteção insuficiente", escreveu "vedação da proibição insuficiente". É possível afirmar tratar-se de um equívoco dele por conta do contexto em que a expressão foi usada, igual a outros em que ele usou o instituto.

de junho, às 20:00. Recebi a resposta no dia 15 de junho, ao 12:40. Foram apontados 19 acórdãos, 51 decisões monocráticas e 14 decisões da presidência. Parti a analisa-los uma vez encerrada a minha própria busca. Todos os resultados da pesquisa solicitada já haviam sido anteriormente computados.

O trabalho contará, então, com a análise das **29 decisões**²³ que se encaixam no suporte fático proposto.

Uma vez selecionadas, as decisões foram primeiramente ordenadas cronologicamente e, em seguida, separadas por tema. Algumas delas tratavam de assuntos razoavelmente semelhantes entre si, mas ao mesmo tempo significativamente diferentes. Tomemos a SL 235, por exemplo. Nela, trata-se da obrigação estatal de implantar unidades socioeducativas de internação para menores de idade infratores. O conteúdo aproxima-se, em certa medida, daquele presente nos julgamentos em que o Poder Público é instado a construir novos estabelecimentos prisionais. Seria possível, por exemplo, aglutinar tais casos como se fossem relativos ao “cárcere”. Pelo outro lado, a SL 235 aproxima-se, também, das instâncias nas quais é pleiteada a instalação de novas escolas; dessa vez, ambos os temas podem ser considerados como se se tratassem de “direitos da criança e do adolescente”.

Optou-se, no entanto, por ser deferente à argumentação das decisões. Isso significa que, por mais que possa haver sobreposição entre certos pontos de julgamentos, o caso que o magistrado decidiu dando uma maior ênfase à “educação” em sua justificção foi classificado como tal; na mesma linha, quando o ministro preferiu argumentar com base nos “direitos da criança e do adolescente”, definiu-se o caso como pertencente a essa categoria.

Delimitadas as classificações, passou-se ao fichamento dos casos. Fichou-se um tema de cada vez, seguindo a ordem cronológica interna a eles.

²³ Em ordem cronológica, da mais antiga até a mais recente: Ag. Reg. STA 223; SL 235; STA 241; SL 263; SL 228; STA 238; STA 278; STA 245; STA 277; STA 198; SS 3751; SS 3690; STA 318; SS 3741; STA 419; AI 598.212; AI 764.969; RE 488.208; RE 763.667; RE 581.352; AI 759.543; RE 738.255; RE 795.749; ARE 727.864; ARE 745.745; Rcl 18.636; RE 812.626; Rcl 25.363; RE 597.854.

Ou seja, fichava-se todos os casos relativos ao direito à saúde, começando pelo mais antigo e terminando no mais recente. Prosseguia-se, então, a um outro tema (direito à educação, por exemplo). O intuito desse modelo foi verificar a existência de desenvolvimento jurisprudencial relativo a cada direito fundamental.

Os fichamentos buscavam aferir, principalmente, em que contexto a proibição de proteção insuficiente foi citada, qual seu papel para o deslinde do julgamento, se o ministro aplicava os subtestes da proporcionalidade e se as particularidades relevantes de cada caso figuravam como importantes nas razões do ministro.

1.1.3.1. Como avaliar a proibição de insuficiência?

O estudo do conteúdo de decisões judiciais é sempre uma questão controvertida. Há a opção de exames meramente expositivos, que buscam somente apresentar o que é dito pelo juiz, bem como a forma com que ele diz aquilo. Nessas hipóteses, apesar de ainda estar se tratando de pesquisa qualitativa, não recai sobre o investigador um encargo pesado de justificar suas observações, já que elas, teoricamente, não contêm uma opinião.

A jornada complica-se, porém, caso a pesquisa emita juízos de valor. O ônus argumentativo do autor acentua-se; pesa sobre ele o fardo do dever explicar por que sua visão está correta. A busca por critérios objetivos de correteza passa longe de ser unívoca e, ainda que seja possível chegar a alguns acordos mínimos sobre o que constitui um traço desejável ou indesejável numa decisão, nem sempre será tranquila a tarefa de averiguar se o objeto de estudo está de fato conforme a o que se considera bom ou ruim. Por exemplo, mesmo que se chegue à conclusão de que “decisões judiciais devem sempre levar em conta o que é mais justo para as partes”, ainda restará necessário um esforço para definir o que significam os termos dessa proposição universal e, mais ainda, se a decisão examinada efetivamente “leva em conta o que é mais justo para as partes”.

É indesejável estudar o emprego da proibição de insuficiência sem passar por estas duas fases – expositiva e propositiva. A parte expositiva é importante, principalmente, porque se trata de conceito ainda muito indefinido e aberto. Descobrir de que forma o STF o concebe passa, em larga medida, por simplesmente averiguar de que forma ele foi relevante para a decisão. No entanto, uma análise propositiva, na qual busca-se proferir juízo acerca da correção de seu emprego, é especialmente desafiador nesse caso.

Seria possível tomar o modelo da doutrina, apresentado no capítulo 2, como a única maneira correta de entender o que é vedação de proteção deficiente. Nesse caso, a decisão judicial só estaria aplicando o instituto corretamente se empregasse os subtestes da proporcionalidade para examinar quão justificável foi uma omissão estatal; este seria o padrão ótimo, e quanto mais o julgamento concreto desviasse dessa fórmula, mais errado ele estaria. Não obstante, tal modo inflexível de ver seria, sobretudo, inadequado para os fins da pesquisa. Como mencionado, a proibição de proteção insuficiente é um conceito parcamente desenvolvido, cercado por um número escasso de certezas. Além dos fatos de que ela se contrapõe à proibição de excesso e de que ela controla omissões estatais decorrentes da violação de direitos a prestação, quase não há consenso: ainda que a maioria a relacione à proporcionalidade, essa visão não é unânime²⁴; enquanto há quem a conceba como uma ferramenta argumentativa composta por subtestes, não necessariamente todos a entendem assim²⁵. Existem muitas dúvidas sobre a proibição de deficiência para se poder afirmar, categoricamente, qual é o seu uso correto.

Tendo tudo isso posto, há de se esboçar para esta monografia um critério de corretude que enseje uma análise crítica do emprego da vedação de proteção insuficiente nas decisões. Esse critério será baseado,

²⁴ Como pode ser depreendido pelo **título** da monografia – e como ficará claro no tópico 2.2 –, neste trabalho considera-se a proibição de insuficiência parte da proporcionalidade. Esse é o entendimento da grande maioria da doutrina. A opção por, durante a análise dos votos, admiti-la também como ferramenta ponderativa alheia ao teste da proporcionalidade tem o intuito de garantir maior margem de tolerância para o uso empregado pelo magistrado. O embasamento teórico para tal possibilidade é elucidado na nota de rodapé 27.

²⁵ Esses conceitos serão, também, mais detalhados no tópico 2.2.

especialmente, nos poucos pontos pacíficos existentes quando se fala do conceito. Conforme mencionado acima, considera-se, aqui, que eles são: 1) sua contraposição à proibição de excesso e 2) sua função como controle de omissões estatais decorrentes de violações a direitos a prestação positiva²⁶. Outros dois pontos de partida para a elaboração desse critério, dessa vez baseados nas regras essenciais de argumentação, são: 3) iguais devem ser tratados como iguais, ao passo que diferentes devem ser tratados como diferentes e 4) todo fato relevante deve ser considerado para se chegar a uma decisão final.

A partir desses quatro *topoi*, foram elaboradas três regras norteadoras que constituem o que se considerará como um emprego satisfatório da proibição de insuficiência nas decisões examinadas: i) a proibição de proteção insuficiente é um juízo ponderativo que analisa necessariamente uma omissão estatal; ii) as particularidades do caso concreto devem ser levadas em conta na hora de empregar a ferramenta; iii) o exame das particularidades do caso não precisa ser tão minucioso caso se deseje decidir uma demanda alegando que ela é similar a alguma outra já resolvida, contanto que seja justificado por que ambos os casos merecem ser tratados como iguais. Evidentemente anotar-se-á outros fatores das decisões que podem contribuir ou prejudicar a caracterização do emprego conceitual como de qualidade. Contudo, são esses os principais elementos investigados no estudo.

Existe outro cenário mais específico que é relevante. Ainda que não seja unanimidade, a proibição de proteção insuficiente é amplamente identificada como uma face da proporcionalidade. Caso o ministro faça essa relação na decisão, serão esperadas duas coisas: primariamente, será esperada a análise da omissão por meio da aplicação do teste da proporcionalidade no molde de vedação de insuficiência; caso essa exigência não seja cumprida, será exigida subsidiariamente, como um mínimo, uma exposição comparando o nível de afetação de cada princípio colidente (nessa

²⁶ O conceito de direito a prestação positiva é explicado no tópico 2.1.1.

hipótese, será colocada uma ênfase maior ainda na apresentação e argumentação baseada nas particularidades do caso)²⁷.

2. Conceitos importantes para a compreensão do tema

2.1. Direitos fundamentais

Não há como tratar da vedação de deficiência sem antes dar algumas breves pinceladas acerca de certos temas de direitos fundamentais dos quais depende o instituto. Serão abordadas aqui diversas tipologias que auxiliam na compreensão do conceito.

É, porém, relevante fazer aqui, antes de tudo, um breve esclarecimento: muito se falará de direitos de defesa, direitos prestacionais, pretensões, obrigações, deveres, etc. As classificações expostas a seguir têm como objetivo fazer justamente essas distinções. Há, contudo, um ponto importante que merece ser tocado. Ao se abrir a Constituição Federal e ver os diversos direitos fundamentais elencados, deve-se sempre ter em mente que tais direitos são, antes de tudo, complexos de posições jurídico-deônticas; isso significa que o direito à saúde, por exemplo, não é somente um direito a prestações estatais, mas sim um direito composto por diversas pretensões, liberdades e competências do indivíduo frente ao Estado. Para se manter no exemplo, dentro do direito à saúde encontram-se pretensões ao fornecimento de remédios, à construção de hospitais, à edição de leis que protejam a saúde dos indivíduos, à criação de órgãos de controle e, até, a

²⁷ Conceber a proporcionalidade nesse sentido fraco aproxima-se da primeira lei do sopesamento de Alexy (“quanto mais intensa a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências quanto à importância do objetivo perseguido”). Mais detalhes no tópico 2.2.3.2.). Essa concepção bebe da fonte de YOUNG (2017), a qual difere o teste escalonado da proporcionalidade do princípio da proporcionalidade; este se assemelharia à lei do sopesamento apresentada. Nesse sentido, a proporcionalidade estaria mais próxima da razoabilidade. Defendendo a separação entre os dois conceitos, cf. SILVA (2002).

que o Estado se abstenha de tomar alguma medida que prejudique a saúde de um indivíduo²⁸.

Todo direito fundamental é formado por numerosas pretensões do indivíduo²⁹ contra o Estado e pelas correspondentes obrigações do Estado frente ao indivíduo³⁰. Essas pretensões vêm em diferentes formas e tamanhos: podem ser a uma prestação ou a uma abstenção; podem ser a prestações normativas ou fáticas; podem ser a abstenções de abolir posições jurídicas ou alterar uma situação de fato, e assim por diante. O importante a perceber é: a concepção de que o direito fundamental à educação, tipicamente tido como direito social, equivale simplesmente a um direito a prestação é demasiado simplista. E o mesmo vale para os direitos considerados de defesa. Todos eles, na verdade, contêm posições jurídico-deônticas ativas, relacionadas a abstenções e a prestações. É verdade que o direito à liberdade de expressão pode conter um maior número de pretensões a abstenção do que o direito à moradia. Isso não significa, porém, que certas ações estatais não sejam imprescindíveis para garanti-lo. E o particular tem o direito de reivindicar tanto tais ações quanto as omissões³¹.

As diferentes taxologias apresentadas nos tópicos que se seguem devem ser entendidas dizendo respeito não aos direitos fundamentais como um todo, é dizer, como complexos de posições jurídico-deônticas, mas sim

²⁸ O exemplo de Jorge Reis Novais é elucidativo: "*Assim, podemos, por exemplo, sob a menção genérica de direito ao ensino, considerar analiticamente o direito a ensino primário gratuito ou o direito ao acesso aos vários graus de ensino, enquanto faculdades ou pretensões, que assumem uma natureza de direitos sociais, tal como podemos, referidas ao mesmo direito global ao ensino, considerar especificamente as liberdades de aprender e de ensinar que, tomadas em si, assumiriam já uma estrutura típica de direitos de liberdade. Mas, podemos também considerar e referir-nos ao direito como um todo e qualificá-lo, enquanto tal, como direito de liberdade ou como direito social consoante consideremos que a dimensão principal que resulta da norma de direito fundamental é um direito de liberdade ou um direito social. Poderíamos, assim, classificar simplesmente o direito ao ensino como direito social, considerando que, apesar da presença de algumas faculdades particulares identificáveis especificamente como direitos de liberdade, a sua dimensão principal reveste a natureza de direito social*". Citação de NOVAIS (2010), p. 51.

²⁹ Às pretensões somam-se outras posições jurídicas, como as liberdades e competências.

³⁰ Os direitos a prestação já são largamente aceitos no Brasil. Mais que isso, reconhece-se não somente a dimensão objetiva deles, como também sua face subjetiva. Essas considerações iniciais partiram desse pressuposto: direitos a prestação são reivindicáveis por particulares por serem direitos públicos subjetivos. De qualquer modo, o tema das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais será abordado ainda no ponto 2.1.4, bem como nas decisões analisadas.

³¹ Nesse sentido, cf. NOVAIS (2010), p. 123-140, SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 378-379 e ALEXY (2017), p. 193-253.

às próprias posições. Ainda que tecnicamente inadequado, a fim de facilitar a compreensão e a leitura, tomar-se-á “*pretensão*” como sinônimo de “*direito*”, e “*obrigação*” como sinônimo de “*dever*”; essas expressões referem-se a posições deônticas. Pelo contrário, quando se desejar fazer referência ao direito fundamental como um todo – o “*feixe de posições de direitos fundamentais*”, no linguajar de Alexy –, a expressão “*direito fundamental*” será usada.

Finda essa introdução, passemos às categorias de pretensões.

2.1.1. Direitos de defesa e direitos a prestação.

Os direitos fundamentais foram originalmente concebidos como formas de evitar que o Estado interviesse ativamente no âmbito de liberdade dos indivíduos³². Se entendidos a partir desse prisma, direitos postulam que **E** (esfera do Estado) *não pode* agir de maneira a interferir em **I** (esfera do indivíduo)³³; eles são os chamados “*direitos de defesa*”, “*direitos negativos*” ou “*direitos de resistência*”. Deles, emanam posições jurídico-deônticas para ambas as partes: o Estado tem a *obrigação* de não intervenção na esfera do indivíduo, enquanto o indivíduo tem a correlata *pretensão* de não intervenção pelo Estado em sua esfera.

Há, porém, uma outra categoria de direitos, que se contrapõe aos direitos de defesa. Ao invés de *vedar* uma intervenção de **E** em **I**, essa outra categoria de direitos *prescreve* uma interferência de **E** em **I**. Em outras palavras, o Estado tem a obrigação de agir positivamente de modo a alterar alguma situação na esfera jurídica do indivíduo³⁴. Esses são os chamados “*direitos a prestações*” ou “*direitos a ações positivas*”.

Eles são contrários aos direitos de defesa porque o objeto de um (intervenção) é o oposto do objeto do outro (não intervenção). Eles são,

³² Cf. MENDES; BRANCO (2017), p. 128.

³³ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 50.

³⁴ *Ibid.*, p. 52.

também, complementares aos direitos de defesa, por completarem o *feixe de posições* que constitui um direito fundamental. Isso quer dizer, mais uma vez, que o direito fundamental à vida não impõe ao Estado somente uma obrigação de não matar, mas também uma obrigação de zelar ativamente pela vida do indivíduo. Igualmente, o direito fundamental à liberdade religiosa obriga o Estado a não intervir nas práticas religiosas, bem como a atuar de maneira positiva no sentido de protegê-las. Por fim, além de abster-se de cercear a livre iniciativa, o Estado deve agir para garanti-la.

Existe mais uma diferença entre pretensões a prestações e pretensões a abstenções que merece ser destacada aqui. Direitos de defesa obrigam o Estado a não interferir na esfera dos privados. Assim, a proibição de interferência implica uma obrigação de não executar *qualquer* ato que venha a destruir, obstruir ou intervir no âmbito protegido pelo direito. Por sua vez, direitos a prestações obrigam o Estado a interferir na esfera dos privados. Mas isso não significa que o Poder Público tem o dever de fornecer todas as prestações que sejam capazes de realizar sua obrigação. Com efeito, na situação em que o Estado precisa agir para prover um direito, é eleita, entre o extenso rol de opções aptas a cumprir o dever, *apenas uma* delas. A fim de fornecer moradia à população, por exemplo, a administração tem a opção de construir casas através de licitações, criar uma empresa pública, fornecer incentivos e subsídios para a construção privada e mais tantas outras saídas criativas³⁵. Dessas alternativas, basta escolher *uma*. Nos direitos de defesa, ao contrário, não se escolhe uma maneira de se abster a intervir; é necessário o cumprimento de *todas* as abstenções. Enquanto em um caso se tem o direito a todas as abstenções, no outro tem-se o direito a somente uma prestação.

A consequência desse leque de opções oferecidas pelas obrigações prestacionais é de que não existe uma contradição exata à não prestação, ou

³⁵ O exemplo dado por Alexy é o de prestar socorro a alguém que se afoga: “*It may be possible to save a drowning man by swimming to him, or by throwing him a life raft, or by sending out a boat, but it is not the case that all three acts are simultaneously required. Rather, what is required is that either the first act, or the second, or the third be performed*”. A citação é retirada de ALEXY (2009), p. 5.

seja, à omissão. Enquanto uma ação que viola um direito de defesa tem como seu contrário a abstenção desse ato, a omissão estatal não conta com um oposto certo, mas sim com várias alternativas aptas a supri-la³⁶.

O nome dado por Alexy a esse tipo de estrutura dos direitos prestacionais é *estrutura disjuntiva*. A ela se contrapõem os direitos de defesa, que contam com uma *estrutura conjuntiva*.

2.1.2. Direitos a prestação normativa e direitos a prestação fática

Dentro do grupo dos direitos a prestação, existem mais algumas subdivisões. Uma dessas subdivisões distingue o direito a uma prestação *normativa* do direito a uma prestação *fática*.

Prestações normativas são efetivadas através da criação de normas pelo Estado. Quando há uma pretensão a esse tipo de prestação, o Estado tem a obrigação de editar regras legais a fim de provê-la³⁷. No direito brasileiro, ressalta-se os Mandados de Injunção e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão como ferramentas processuais destinadas à reivindicação de direitos a prestação normativa.

As prestações materiais fornecem aos particulares bens e serviços adquiríveis no mercado ou serviços de monopólio estatal, como segurança pública³⁸. Nesse tipo de prestação, é irrelevante de que maneira o Estado provê o recurso material ao particular. As prestações normativas, pelo contrário, só poderão ser reconhecidas como tal se fornecidas através de ato normativo, como uma lei ou portaria do Executivo³⁹.

2.1.3. Direitos a organização e procedimento, a proteção e sociais

³⁶ Cf. ALEXY (2009), p.5, KLATT; MEISTER (2012), p. 88-89 e BERNAL PULIDO (2004), p. 116.

³⁷ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 53.

³⁸ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 53.

³⁹ Cf. ALEXY (2017), p. 202.

Outra classificação interna no grupo dos direitos a prestações é aquela que os distingue em direitos a proteção, direitos sociais e direitos a organização e procedimento⁴⁰.

Os direitos a proteção⁴¹ são direitos dos indivíduos a que o Estado os proteja de violações de terceiros, e decorrem de deveres de proteção (*Schutzpflichten*)⁴² destinados ao Poder Público. Esse é o caso, por exemplo, do direito que o Tribunal Constitucional Federal Alemão conferiu ao nascituro no caso conhecido como *Aborto I*⁴³. Nele, foi julgada a constitucionalidade de uma lei que descriminalizava o aborto feito até o terceiro mês de gravidez. Ao declarar tal lei inconstitucional, o tribunal reconheceu a existência de um dever de proteção que impunha ao Estado a tutela do titular do direito. Nessa situação, a ameaça ao direito fundamental seria proveniente não do Estado, mas de um terceiro (médicos, mãe, familiares ou amigos da gestante) que interromperia a gravidez, afetando a esfera jurídica do nascituro⁴⁴. A discussão ao redor dos direitos de proteção desde então tem se concentrado, principalmente, na irradiação que os direitos fundamentais exercem nas relações entre privados e nos perigos que o desenvolvimento tecnológico oferece à liberdade individual. O tribunal alemão valeu-se do conceito para julgar casos relacionados à ameaça da energia atômica, engenharia genética, poluição, proteção de dados, entre outros⁴⁵.

⁴⁰ A distinção é de Robert Alexy e foi feita expressamente com a Lei Fundamental Alemã em mente. Ainda assim, a estrutura dos direitos fundamentais daquela constituição é semelhante o suficiente à estrutura dos direitos fundamentais da constituição brasileira, de modo que essa taxonomia já foi adotada por parte da doutrina nacional. Por exemplo, SILVA (2017), p. 78, SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 379.

⁴¹ Tendo em mente que o foco deste trabalho são os direitos sociais, a exposição feita sobre os direitos a proteção será breve. Para aprofundamento no tema, cf. RODRIGUES (2009), GRIMM (2005), ALEXY (2017), p. 450-470.

⁴² Em RODRIGUES (2009), p. 67-68, o autor trata da aproximação entre deveres de proteção (*Schutzpflichten*) e imperativos de tutela (*Schutzgebot*). A discussão se dá durante um questionamento acerca da possibilidade de se empregar a proibição de proteção insuficiente em casos de direitos sociais, hipótese contemplada por boa parte da doutrina. Para este trabalho, considerar-se-á deveres de proteção como sinônimo de imperativos de tutela. Ainda que provenientes de duas palavras diferentes, a diferenciação entre eles não é clara e seu significado é semelhante o suficiente para trata-los como tal.

⁴³ BVerfGE 39, 1.

⁴⁴ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 121.

⁴⁵ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 122, GRIMM (2005) e CLÉRICO (2008), p. 127.

Ainda que os direitos de proteção visem a proteger os indivíduos de interferências de privados, seu destinatário continua sendo o Estado. Sendo assim, nenhum privado é obrigado por eles; é o Poder Público que tem o dever de proteger as esferas de liberdade individuais. Sua efetivação pode se dar tanto por meio de prestações fáticas quanto através de prestações normativas⁴⁶.

Os direitos a organização e procedimento formam a segunda espécie de direitos a prestações. Entende-se por “procedimento” um conjunto ordenado de regras e/ou princípios com vistas a atingir um resultado. Essa definição é propositalmente abrangente. A teoria adotada defende que todo direito fundamental material tem a si vinculado alguns direitos a organização e procedimento, que possibilitam a efetivação dele através da estrutura estatal. Certo trecho proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão é esclarecedor para se tratar da importância desse tipo de direitos: “(...) *de acordo com a concepção da Constituição alemã, uma proteção jurídica efetiva – que garanta a existência da propriedade – [é] um elemento essencial do próprio direito fundamental*”⁴⁷.

A última espécie de direitos a prestação são os direitos sociais. Estes são os direitos que obrigam o Estado a tomar medidas, instituídas por políticas públicas, que fornecem aos indivíduos – especialmente aqueles mais necessitados – bens materiais ou imateriais imprescindíveis para uma vivência digna numa sociedade democrática de fato. As ações fomentadoras de direitos sociais oferecem recursos comumente obteníveis em mercado, mas cuja aquisição não está disponível a todos, seja por motivos econômicos, seja por motivos sociais. A disponibilidade desses bens no mercado significa ainda que a aquisição deles pelo Estado, para posterior atribuição à população, é onerosa. Por conta disso⁴⁸, a escassez dos recursos públicos

⁴⁶ Cf. ALEXY (2017), p. 451.

⁴⁷ BVerfGE 24, 367, (401). Retirado de ALEXY (2017), p. 475.

⁴⁸ Outro motivo, apontado menos frequentemente, para a não realização dos direitos sociais são as estruturas já sedimentadas da máquina estatal, que privilegiam sobretudo direitos considerados comumente de defesa, tal qual a propriedade, a liberdade de expressão e a privacidade. Assegurar esses direitos fundamentais, ao contrário do que dita o senso comum, demanda prestações estatais onerosas, assim como os direitos sociais (ainda que não necessariamente na mesma intensidade). Não obstante, eles costumam ser concretizados de

impossibilita a promoção plena de todos os direitos sociais ao mesmo tempo, pelo menos no contexto brasileiro atual⁴⁹.

Ainda que muitas vezes tratados como direitos coletivos, deve-se ressaltar que os direitos sociais continuam sendo individuais. Com isso se quer dizer que, independentemente de seu caráter social, esses direitos têm titularidade individual e são exercidos por pessoas individualizadas, não uma coletividade⁵⁰.

A prestação dos direitos sociais pode ser proporcionada por bens materiais ou pela edição de leis⁵¹. Isso quer dizer, prestações sociais são efetuadas tanto por vias fáticas quanto por vias normativas⁵².

2.1.4. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tidos como *de defesa* antecederam, de certa maneira, os direitos fundamentais tidos como *a ações positivas*. A recepção destes últimos dentro do rol de normas jusfundamentais criou, porém, um dilema: seriam eles tão exigíveis quanto os direitos de defesa? Sua concepção como direitos a um *fazer*, muitas vezes oneroso, contribuiu para que parte da doutrina (incluindo aí autores como Carl Schmitt) e da jurisprudência os concebesse como não vinculantes ao Estado; nesse caso, seriam eles meras

maneira muito mais eficiente pelo Estado, em grande parte por conta das escolhas políticas daqueles que estão (e já estiveram) no poder. Privilegia-se uns em detrimento de outros. Nesse sentido, cf. SILVA (2017), p. 240-244.

⁴⁹ A descrição de direitos sociais oferecida baseou-se nas seguintes obras: ALEXY (2017), p. 499, DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 52-53 e NOVAIS (2010).

⁵⁰ Cf. NOVAIS (2010), p. 47 e DIMOULIS; MARTINS, p. 52-53.

⁵¹ DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 52-53 e NOVAIS (2010), p. 61-62.

⁵² Sendo essa espécie de direito caracterizada pela concessão de algum bem ao particular, pode ser difícil conseguir conceber algum cenário em que um direito social seja concedido através de lei, e não através de prestação material. Mesmo assim, eles de fato existem. Por exemplo, pode-se imaginar um dever estatal de incluir certo medicamento na lista de remédios fornecidos pelo SUS. Mais ainda, gastos estatais referentes ao oferecimento de livros didáticos ou à construção de hospitais devem estar previstos em lei orçamentária. Há, portanto, um dever do Estado de contemplar os diversos direitos fundamentais (tipicamente tidos como) sociais em seu orçamento, sob pena de ferir o direito dos indivíduos a uma prestação normativa. Nesses casos, a lei serve como meio para o fornecimento fático – o fim –, que verdadeiramente concluirá a prestação social.

sugestões ou fontes de inspiração⁵³. Havia também aqueles que, seguindo outra linha, conferiam às obrigações prestacionais caráter vinculante frente ao Estado e que, contudo, não gerariam as correspondentes pretensões do indivíduo à prestação. Entre teorias que conferem maior ou menor vinculação e exigibilidade aos direitos prestacionais, diverge-se acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva origina-se, primeiramente, na função clássica dos direitos fundamentais, que veda a intervenção estatal no âmbito de liberdade dos indivíduos. É ela que conferia ao sujeito a pretensão de resistir às intervenções do destinatário do direito fundamental (o Estado), bem como a competência de produzir efeitos sobre determinadas relações jurídicas⁵⁴ e liberdades fundamentais. Hoje em dia, a dimensão subjetiva mantém sua função. Contudo, houve alterações importantes relativas à dogmática dos direitos fundamentais. A emergência dos direitos fundamentais tidos tipicamente como prestacionais trouxe consigo a indagação: são esses “novos” direitos também exigíveis frente ao Estado⁵⁵? A polêmica ainda não foi completamente dirimida, mas, pelo menos no contexto brasileiro, a resposta tipicamente encontrada é afirmativa⁵⁶. Os direitos sociais, assim como os direitos a resistência, são reivindicáveis pelos indivíduos frente Poder Público⁵⁷.

A dimensão objetiva do direito fundamental, por seu lado, emana um dever estatal de fomentar o direito – seja através de ações, seja através de abstenções – que, ao contrário do aspecto subjetivo, independe da saída da inércia pelo titular⁵⁸. Isso significa, do ponto de vista axiológico, que o Estado se guia, a todo momento, pelos valores subjacentes aos direitos fundamentais; já da perspectiva deontológica, quer dizer que o Estado é detentor de posições jurídicas passivas – como obrigações, sujeições e não liberdades.

⁵³ Cf. BERNAL PULIDO (2004), p. 118-121.

⁵⁴ Cf. MENDES; BRANCO (2017), p. 153

⁵⁵ Uma exposição clara de diversas posições a respeito do tema é feita em BERNAL PULIDO (2004).

⁵⁶ Nesse sentido, cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 117, MENDES; BRANCO (2017), p. 153, SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 644.

⁵⁷ Cf. SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 371-373.

⁵⁸ DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 117

Essa face dos direitos fundamentais acaba por representar valores objetivos axiológicos do sistema jurídico, que se projetam através de toda a Constituição e norteiam a atividade pública e a coletividade⁵⁹. Neles se cristaliza a “expressão normativa do conjunto de valores básicos de uma sociedade”⁶⁰.

As dimensões subjetiva e objetiva não jogam um jogo de soma-zero, ou seja, uma não se fortalece na medida em que a outra se enfraquece. Pelo contrário, elas são complementares entre si, de modo a formar o todo de um direito fundamental, a sua dupla-função. Cada uma serve para evidenciar funções que os direitos fundamentais cumprem na sua concepção atual, qual seja, a de normas regentes do Estado Democrático de Direito. A dimensão subjetiva enaltece a parte relativa ao detentor do direito fundamental, o indivíduo, ao mesmo tempo que a face objetiva exalta a vinculação e participação estatal⁶¹.

Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, elabora uma tabela que auxilia na compreensão das funções exercidas pelas duas dimensões dos direitos fundamentais. A tabela ora apresentada é uma variante mais simples – porém não menos didática – da versão original⁶².

Tabela 1

Vinculante		Não-vinculante	
Subjetivo (1)	Objetivo (2)	Subjetivo (3)	Objetivo (4)

Uma norma vinculante é aquela cuja violação seria passível de análise pela corte constitucional; uma norma não vinculante é aquela cuja violação

⁵⁹ DO VALE (2006), p. 186.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ DO VALE (2006), p. 187.

⁶² Tabela retirada de ALEXY (2017), p. 501. Abaixo à linha referente às faces subjetiva e objetiva, existe na versão original ainda mais uma linha, com duas colunas para cada dimensão, que as divide em direitos *prima facie* e direitos definitivos. Estes, que oferecem proteção mais intensa, formam a estrutura das regras; aqueles, que protegem menos intensamente, formam a estrutura dos princípios. Optou-se por omitir esse detalhamento a fim de simplificar a exposição.

não seria passível de análise pela corte constitucional; uma norma com dimensão objetiva é aquela pela qual o destinatário da norma estaria obrigado, ainda que seu titular não tivesse capacidade de pleitear seu cumprimento; uma norma com dimensão subjetiva é aquela pela qual o destinatário estaria vinculado e que conferiria ao titular a pretensão de exigí-la frente ao destinatário.

O nível de proteção mais forte é conferido por um direito vinculante e que conta com dimensão subjetiva (posição (1)), porque ele é exigível por seu titular numa corte constitucional. O direito de posição (2) é vinculante e conta somente com dimensão objetiva, ou seja, ainda que não possa ser exigido juridicamente por seu titular, ele obriga o Estado a agir conforme seus mandamentos. O nível de proteção mais fraco é conferido por um direito não vinculante e detentor somente de dimensão objetiva (posição (4)). Um direito com essas características seria unicamente moral, e criaria somente uma obrigação para o destinatário. Qual exemplo, então, melhor representa os direitos sociais, parcela do objeto de estudo deste trabalho?

2.1.4.1. A exigibilidade dos direitos sociais

Como mencionado anteriormente, o debate sobre em que medida se pode exigir algum direito social do Estado é extenso e tortuoso. Carlos Bernal Pulido, em artigo de 2004, expôs cinco concepções diversas sobre o grau de exigibilidade desses direitos⁶³. Essa sistematização será usada aqui – de maneira ligeiramente simplificada⁶⁴ – para uma breve explanação.

⁶³ Cf. BERNAL PULIDO (2004), p. 117.

⁶⁴ Ao explicar o entendimento dos direitos sociais como detentores de dimensão subjetiva, Bernal Pulido fez ainda a diferenciação entre eles como direitos definitivos e direitos *prima facie*. A concepção de direitos sociais como direitos *prima facie* os conceberia como emanados de princípios, enquanto a visão deles como direitos definitivos os teria como emanados de regras, de acordo com a divisão alexyana. Bernal Pulido acredita que o entendimento mais correto acerca da estrutura dos direitos sociais os concebe como direitos *prima facie*. Essa diferenciação não será detalhada aqui, primeiramente porque a distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos não foi feita, e também porque ela não é necessária para se ilustrar a dimensão subjetiva dos direitos sociais.

A primeira concepção de direitos sociais nega que eles tenham caráter vinculante (ao mesmo tempo que o reconhece no caso dos direitos de defesa). Eles seriam, nas palavras do autor, disposições programáticas⁶⁵ de natureza política, não jurídica. O direito social positivado no Constituição, então, serviria como mera fonte de inspiração para o legislador, que poderia optar por agir de forma a promovê-lo ou não. Nenhum dever ou pretensão jurídica – sequer uma legítima expectativa do indivíduo – poderia emanar desse tipo de direito. A função exercida pelo direito social constitucional seria de simples ferramenta argumentativa para a restrição de liberdades. Diante do exposto, a primeira concepção de direitos sociais aproxima-se da posição (4) da Tabela 1⁶⁶.

Na segunda concepção apresentada, os direitos sociais obrigam constitucionalmente o legislador a agir de forma a promovê-los, ainda que não gere pretensões aos indivíduos. Não obstante, por conta da estrutura dos direitos sociais como norma de programação final (deve-se atingir o objetivo A e, portanto, adotar-se o meio B1 ou B2 ou B3 etc.⁶⁷), somente as instâncias políticas – legislatura e administração – teriam a legitimidade para deliberar acerca de como e quando alcançar esses direitos. A vinculação do Legislador à perseguição do direito estaria condicionado ao nível de abstração ou

⁶⁵ Cf. BERNAL PULIDO (2004), p. 118-121. Há aqui uma ressalva a ser feita. É comum no direito brasileiro o uso da expressão “programática” para definir normas de direitos fundamentais. Contudo, nessa acepção corrente, a norma programática ainda é entendida como vinculante e geradora de pretensões individuais. Não se deve confundir o termo usado pelo autor com o significado que a mesma palavra tem na prática jurídica brasileira.

⁶⁶ Uma das razões usadas pelos defensores dessa primeira concepção seria a de que direitos sociais são imprecisos na hora de definir que ações devem ser tomadas pelo Poder Público a fim de promove-los. Em resposta a essa justificativa, Bernal Pulido traça considerações relevantes, relativas às (não) diferenças entre direitos sociais e direitos de defesa, bem como quanto ao lugar do Judiciário na efetivação dos direitos sociais: “*Todas las disposiciones que establecen los derechos en una constitución son indeterminadas, em el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben. Esta indeterminación normativa afecta tanto a las libertades, como a los derechos políticos, sociales, procesales y al derecho a la igualdad. Y es por causa de esta indeterminación que frente a todos los derechos fundamentales (...) la lucha ideológica se desplaza desde el ámbito de la política hacia la interpretación constitucional, y por consiguiente, desde el Parlamento hacia los Tribunales Constitucionales. Por esta misma razón, estos tribunales asumen competencias extrañas a las concepciones clásicas del poder judicial y ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional. Abandonan su papel ideal como legisladores negativos y se convierten em verdaderos legisladores positivos*”. Trecho retirado de BERNAL PULIDO (2004), p. 116. Nesse mesmo sentido, cf. NOVAIS (2010), p. 141-155.

⁶⁷ Cf. BERNAL PULIDO (2014), p. 122.

concretude que a norma constitucional apresentasse. A inércia do legislador só poderia ser controlada pelo Judiciário em casos pontuais⁶⁸. Remetendo à Tabela 1, esse segundo entendimento representa uma versão fraca da posição (2). Existiria vinculação jurídica do Estado frente ao direito social, mas não apenas o indivíduo não poderia reclamá-lo, como também a ampla margem de discricionariedade do legislador e da administração limitaria o poder de controle judicial.

A teoria dos direitos sociais como mandados jurídicos objetivos reafirma a vinculação do Poder Público a eles, sem ainda conferir aos indivíduos a capacidade de reivindicá-los judicialmente. Esse modelo defende que a concreção das normas de direitos sociais deve ser feita por via legislativa, e por isso os tribunais não poderiam deduzir pretensões individuais delas; já que a constituição não define um meio determinado para efetivar o direito, este direito não é reivindicável. No entanto, o problema da indeterminação dos meios tem aqui uma outra solução. A prescrição constitucional nesta terceira visão, ao contrário da anterior, seria um mandado objetivo ao qual o legislador estaria estritamente vinculado. Ainda, haveria uma proibição à omissão estatal, compreendida como omissão também a adoção de meio demasiadamente não efetivo. Por último, uma medida legislativa já implementada, que fomentasse um direito social, estaria protegida de qualquer supressão que apequenasse o nível de proteção do direito a um patamar equivalente ao da "desatenção grosseira"⁶⁹. Valendo-se da Tabela 1, essa concepção de direitos sociais seria um exemplo de versão forte da posição (2).

Finalmente, a quarta e última concepção de direitos sociais reconhece neles a existência de uma relação triangular entre titular-objeto-

⁶⁸ Ibid., pg. 122-127.

⁶⁹ Ibid., p. 127-133. O autor traça severas críticas à lógica desse modelo – defendido pelo ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde –, em especial à figura do "mandado jurídico objetivo". Para ele, a introdução da lógica-deôntica à seara dos direitos sociais é bem-vinda, mas feita de maneira contraditória: como poderia haver uma relação de direito sem que houvesse um titular, apenas um destinatário e um objeto? E mais, uma vez feitas as proibições de retrocesso e "desatenção grosseira", de que maneira o mandado jurídico objetivo diferiria dos direitos subjetivos, pleiteáveis frente ao Judiciário?

destinatário. É dizer que, nessa visão, os direitos sociais conferem aos seus titulares posições jurídicas ativas frente ao destinatário, ou seja, conferem aos indivíduos pretensões, liberdades e competências perante o Estado. Dá-se um passo além da ideia defendida anteriormente de que existiria somente uma obrigação estatal, ao afirmar que tal obrigação seria complementada por uma pretensão⁷⁰. Na Tabela 1, a ideia de direitos sociais como direitos subjetivos equivale à posição (1).

A proibição de insuficiência pressupõe que direitos prestacionais – como os direitos sociais ou a proteção – sejam judicializáveis. Por isso, o grau de exigibilidade deles tem de ser, no mínimo, equivalente à posição (2) da Tabela 1, ou seja, é necessário que possa haver um controle judicial de omissões estatais para valer-se da vedação de deficiência. Em termos deontológicos, isso equivale a dizer que o direito prestacional deve contar com, no mínimo, uma dimensão objetiva, que obriga o Estado a fomentá-lo. É claro que, no caso de haver concomitantemente uma dimensão subjetiva (posição (1)), que confere pretensão jurídica ao titular, também é possível o controle por meio da proibição de deficiência. Como se verá adiante, já é amplamente reconhecido que os direitos sociais detêm, de fato, essas duas faces.

2.2. A proibição de insuficiência

Uma vez feita a exposição sobre alguns temas de direitos fundamentais relevantes para a presente pesquisa, chega a hora de tratar do principal conceito para nossa análise: a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Este tópico será dedicado para apresentar mais detidamente o instituto da vedação de insuficiência a partir de variadas referências doutrinárias para, então, investigar de que maneira ele é empregado pelo STF.

⁷⁰ Ibid., p. 133.

2.2.1. Relembrando o imperativo de tutela e os direitos a proteção

A apresentação dos direitos a proteção – feita no tópico 2.1.3 – é especialmente importante. Como abordado anteriormente, os direitos prestacionais de proteção decorrem de uma obrigação estatal diversa daquela concebida pelas teorias clássicas dos direitos fundamentais, que tinham como foco a abstenção. Essa espécie de direitos tem como origem o dever estatal de proteger os indivíduos de ataques, praticados por terceiros, à sua esfera jurídica.

A ideia de deveres de proteção é decorrente de uma concepção de direitos fundamentais que, para além de seu caráter deontológico, possuem uma dimensão axiológica. É dizer, direitos fundamentais não apenas definem o que se deve ou não fazer, por exemplo, mas também apontam, a partir de uma *ordem objetiva de valores*⁷¹, aquilo que é valioso e bom⁷². Essa face axiológica dos direitos fundamentais se espraia por todas as esferas do direito, de modo que é indevido um entendimento do ordenamento jurídico apartado desses valores. Daí a incidência dos direitos fundamentais, também, nas relações privadas; ainda que, a princípio, o Estado não se envolva nelas, não se poderia deixar essa área do direito alheia aos valores constitucionais que norteiam todo o sistema jurídico. Note-se, porém, que mesmo admitindo a radiação dos direitos às relações privadas, a única parte obrigada por eles continua sendo o Estado⁷³, que tem o dever de tutelar os titulares dos direitos de ameaças provenientes de terceiros.

⁷¹ O termo *ordem objetiva de valores* aparece em RODRIGUES (2009), p. 8, que atribui sua origem ao caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198).

⁷² Para mais acerca da distinção entre conteúdo deontológico e axiológico, cf. DO VALE (2006). Um exemplo didático usado por ele é o do direito à vida. Ao mesmo tempo que deste direito emana um enunciado como “Não se deve matar” (face deontológica), também é possível extrair um enunciado de outro tipo, como por exemplo “A vida é um bem valioso” (face axiológica). Cf. *Ibid*, p. 180.

⁷³ Em DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 121, afirma-se que os deveres de proteção são cumpridos, principalmente, pelo Legislativo. Rodrigues (RODRIGUES (2009), p. 9) oferece uma justificativa para essa constatação: “(...) os riscos e lesões a particulares que o Estado se

2.2.2. Gênese da proibição de insuficiência

O aprofundamento acerca dos imperativos de tutela foi necessário porque é a partir deles que se origina a proibição de proteção insuficiente. A criação do termo é de 1984 e atribuída ao privatista Claus-Wilhelm Canaris que, ao versar sobre a irradiação dos direitos fundamentais sobre a relação entre particulares, se valeu do papel exercido pelos deveres de proteção para cunhar o conceito.

A proibição de insuficiência estaria contraposta à proibição de excesso. Figura amplamente reconhecida, a proibição de excesso seria uma forma de controle de intervenções estatais na esfera dos privados, efetuada por meio de proporcionalidade. O debate travado rondava a possibilidade de normas de direito privado poderem violar direitos fundamentais por serem demasiado interventivas no âmbito dos indivíduos ou se, pelo contrário, teriam elas o dever único de vedar omissões estatais. Em outras palavras: era unânime a opinião de que direitos fundamentais impunham deveres de proteção ao Estado; questionava-se, porém, se eles também poderiam, através da proibição de excesso, vedar intervenções exageradas provenientes de leis de direito privado⁷⁴.

Ao responder de maneira afirmativa ao questionamento, Canaris imaginou uma zona de conformidade na qual todas as normas de direito privado deveriam estar. Essa zona seria constituída por um limite superior e um limite inferior. Caso a Lei X fosse insuficientemente protetiva de certo direito fundamental, ela estaria abaixo do limite inferior de conformidade e seria, portanto, inconstitucional; ao avesso, caso a Lei X interviesse

obriga a proteger nascem de um grupo de outros particulares que, nesta condição, são titulares de direitos fundamentais – nomeadamente de direitos de defesa. Assim, não fica difícil ver que o cumprimento de deveres estatais de proteção não-raro implica restrições a liberdades garantidas pelo mesmo Estado. 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".

⁷⁴ CANARIS (2009), p. 32-37.

excessivamente em certo direito fundamental, ela estaria acima do limite superior de conformidade e seria, igualmente, inconstitucional. Entre o limite inferior e o limite superior restaria a zona de conformidade, constitucional porque respeitosa aos direitos fundamentais. O legislador poderia criar leis somente que se encontrassem nesse espaço de conformação constitucional⁷⁵. Ainda que a teoria fosse relativamente simples, restava a pergunta essencial: ora, como aferir quais seriam os limites inferior e superior? Para encontrar o limite superior, existia a proibição de excesso. Para encontrar o limite inferior, criou-se a proibição de proteção insuficiente⁷⁶.

A primeira aparição da vedação de insuficiência em decisões judiciais foi no caso *Aborto II*⁷⁷, julgado pelo Corte Constitucional Federal Alemã em 1993, no qual foi revisto o veredito do caso *Aborto I*. Nele, foram adaptados critérios da proporcionalidade na sua vertente da proibição de excesso – tais quais importância dos direitos em questão, probabilidade de interferência neles e intensidade de interferência neles – para a análise de uma omissão estatal⁷⁸.

2.2.3. Proporcionalidade e proibição de insuficiência

Apesar de haver quem defenda a potencial dissociação entre proibição de deficiência e proporcionalidade⁷⁹, o fato da vedação de insuficiência ter sido concebida como uma contraparte da proibição de excesso comunga para a aproximação dos dois conceitos. De fato, tanto a doutrina⁸⁰ quanto a

⁷⁵ Ibid., p. 34-35 e DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 127.

⁷⁶ Ibid., p. 59-64.

⁷⁷ BVerfGE 88, 203 (254).

⁷⁸ Cf. GRIMM (2005) e RODRIGUES (2009), p. 11.

⁷⁹ RODRIGUES (2009), p. 35-36.

⁸⁰ Identificando a proibição de insuficiência como uma das faces da proporcionalidade, cf. SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 409-413, DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 127, ALEXY (2009), p. 11-12, CANARIS (2009), CLÉRICO (2008), GRIMM (2005), SARMENTO; SOUZA NETO (2012), p. 392, KLATT; MEISTER (2012), p. 97, LAURENTIIS (2017), p. 96 e BERNAL PULIDO (2007), p. 806-807.

jurisprudência⁸¹ são taxativas nesse sentido. Mas o que isso significa? Antes de avançar no assunto, será feita uma breve introdução à proporcionalidade.

2.2.3.1. Proporcionalidade em sentido amplo

O conceito de proporcionalidade no direito constitucional está longe de ser assunto pacífico, não obstante a hegemonia que ele tem hoje no mundo jurídico⁸². Não há unanimidade acerca de sua estrutura, eficiência, emprego, segurança, fundamento ou racionalidade. Ainda assim, é possível traçar elementos básicos que definem a proporcionalidade e que constituem um conteúdo mínimo que permeiam todos seus diferentes modelos. Por isso, afirma-se que a proporcionalidade é um método decisório racional e estruturado, que fornece uma base argumentativa para a restrição de direitos fundamentais pelo Poder Público. Ou seja, a proporcionalidade visa a conferir racionalidade ao encargo estatal de restringir direitos fundamentais⁸³. Tal afirmação parte do pressuposto que direitos fundamentais não são absolutos e, a depender de cada caso concreto, precisam sofrer limitações para que algum outro fim legítimo seja atingido.

Não obstante ser defensor de uma concepção de direitos fundamentais e proporcionalidade que destoa em grande medida do *mainstream* jurídico brasileiro, Lucas Catib de Laurentiis é esclarecedor ao afirmar que "(...) os direitos fundamentais são (...) normas de segundo grau, que distribuem cargas de argumentação e possibilidades de legitimação entre ação interventiva e a situação protegida juridicamente"⁸⁴, para, então, completar "(...) a proporcionalidade nada mais é do que um instrumento voltado a aferir a justificação da intervenção estatal"⁸⁵.

⁸¹ Além do já mencionado caso *Aborto II*, no qual foram adaptadas partes do teste da proibição de excesso, a jurisprudência do STF também largamente reconhece a conexão entre proibição de insuficiência e proporcionalidade. Nesse sentido, cf. RODRIGUES (2009), p. 35-36.

⁸² Cf. KLATT; MEISTER (2012), p. 1-3 e GARDBAUM (2017), p. 221-222.

⁸³ Cf. BARAK (2012), p. 2-4, SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 409, BERNAL PULIDO (2007), p. 81 e DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 177.

⁸⁴ LAURENTIIS (2017), p. 59.

⁸⁵ Idem. Categorizar a proporcionalidade como tão somente "instrumento voltado a aferir a justificação da intervenção estatal" não é compatível com os pressupostos da proibição de

Outro aspecto da proporcionalidade importante para este trabalho é a sua caracterização. Já vêm de longa data as ressalvas no sentido de que sua denominação mais comum, o “princípio da proporcionalidade”, apresenta de maneira inadequada o caráter do instituto. Isso se dá porque os princípios, segundo o entendimento moderno, são normas que prescrevem *mandamentos de otimização*, que podem ser realizados em maior ou menor medida, a depender das condições fáticas e jurídicas de cada caso. Regras, por sua vez, postulam *determinações com mandamentos definitivos*, cuja concretização não se pode dar parcialmente, mas somente na forma tudo ou nada. Isso significa que, segundo essa concepção, as regras só podem ser cumpridas em sua totalidade ou não cumpridas, enquanto os princípios admitem gradação na realização do fim prescrito. Os conflitos entre regras são resolvidos por cláusulas de exceção, aferição de hierarquia entre elas ou pelos já conhecidos adágios *lei posterior derroga lei anterior* e *lei específica derroga lei geral*. Conflitos principiológicos, no entanto, devem ser dirimidos através de uma ponderação entre eles, de modo a avaliar a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto, sem que qualquer um seja declarado inválido⁸⁶. Essa ponderação, finalmente, é uma das partes da proporcionalidade. A maioria das normas de direitos fundamentais teriam estrutura de princípios, ou seja, de *mandamentos de otimização*⁸⁷.

É compreensível, então, o problema de entender a proporcionalidade como princípio. Se ela é uma ferramenta usada justamente para resolver colisões entre princípios, como pode ser a própria também um princípio? Alexy já alerta que:

“A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [os três subtestes que compõem a proporcionalidade] não são sopesadas contra algo. Não se

proteção insuficiente, que partem da premissa que a proporcionalidade pode justificar não só intervenções, como omissões estatais. Ainda assim, é valiosa a citação de Laurentiis para o esclarecimento acerca da função da proporcionalidade.

⁸⁶ Cf. ALEXY (2017), p. 90-94.

⁸⁷ Cf. BOROWSKI (2000). Para uma concepção diversa, que identifica os direitos fundamentais não como princípios, mas como regras derivadas do sopesamento entre princípios, cf. BARAK (2012), p. 39-42.

*pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras*⁸⁸.

Fugindo do binômio regra-princípio, Humberto Ávila sugeriu a caracterização da proporcionalidade como um *postulado normativo aplicativo*, ou seja, uma norma que estabeleceria como aplicar outras normas⁸⁹; Laurentiis, por sua vez, preferiu a expressão “prova da proporcionalidade”⁹⁰, enquanto Dimoulis e Martins utilizam “critério da proporcionalidade” em seu livro⁹¹. Não se adotará aqui uma posição preferida. O intento dessa exposição foi salientar a diferença ontológica entre a estrutura da proporcionalidade e a estrutura dos princípios. Estes devem ser realizados na maior medida possível, considerando os aspectos fáticos e jurídicos; aquela é uma ferramenta usada para resolver conflitos entre princípios. Essa distinção é importante para a análise das decisões do STF que (supostamente) empregaram o instituto da proibição de insuficiência.

2.2.3.2. Proibição de excesso (*Übermassverbot*)

Por muito tempo, a proibição de excesso foi tomada como sinônimo de proporcionalidade⁹². Jorge Reis Novais, por exemplo, em seu tratado sobre restrições a direitos fundamentais, substitui o termo proporcionalidade por

⁸⁸ Citação retirada de ALEXY (2017), p. 117, nota de rodapé 84. A observação entre colchetes é nossa. Entendimento semelhante em SILVA (2017), p. 168-169.

⁸⁹ Cf. ÁVILA (2009), p. 88.

⁹⁰ Cf. LAURENTIIS (2017).

⁹¹ Cf. DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 177-178.

⁹² Cf. SILVA (2002), p. 26.

proibição de excesso⁹³, ainda que reconheça a existência de uma proibição de proteção insuficiente, que se contrapõe à de excesso⁹⁴.

Essa identificação ocorria porque a proporcionalidade, como concebida e aplicada durante a maior parte de sua existência, era ferramenta usada para medir unicamente a constitucionalidade de *intervenções* do Estado sobre a esfera dos particulares. Em outras palavras, a proibição de excesso é instrumento utilizado para verificar a constitucionalidade de violações estatais sobre direitos de defesa. Usada nesse sentido, analisa-se se uma medida estatal positiva – voltada à promoção de um bem jurídico X – intervêm proporcionalmente no direito fundamental Y do indivíduo. Com o desenvolvimento da proibição de proteção insuficiente, não mais é próprio identificar a proporcionalidade e proibição de excesso como sinônimas.

Os testes de proporcionalidade – como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente – têm como marca distintiva suas várias fases encadeadas e estruturadas de modo a averiguar quão justificável foi a violação ao direito fundamental, frente à Constituição. Quais são e no que consistem essas fases, porém, é matéria controvertida.

O modelo de proibição de excesso mais popular na América Latina e, conseqüentemente, no Brasil é aquele com três sub-regras⁹⁵: a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Ainda assim, essa divisão está longe de ser unânime. É possível, por exemplo, dividir o subteste da adequação – que visa a aferir a legitimidade do fim promovido pela intervenção estatal e quão apta essa intervenção está a fomentá-lo – em dois subtestes, justamente: a) legitimidade do fim promovido e b) conexão racional. Nessa versão, a proibição de excesso é composta por quatro sub-

⁹³ Cf. NOVAIS (2003), p. 731. Além dos clássicos subtestes da proporcionalidade, o autor ainda encaixa sob a alcunha de proibição de excesso outros termos, como razoabilidade e determinabilidade. A palavra proporcionalidade para ele, então, fica reservada somente para a terceira fase do teste, comumente conhecida como “proporcionalidade em sentido estrito”.

⁹⁴ Ibid., p. 77-79.

⁹⁵ Cf. SILVA (2017), ALEXY (2017), BERNAL PULIDO (2007), NOVAIS (2003), ÁVILA (2009), SARMENTO; SOUZA NETO (2012), SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), MENDES; BRANCO (2017) e CLÉRICO (2008). LAURENTIIS (2017) também adota três as mesmas subregras para o teste, mas sua teoria dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da proporcionalidade, é tão diversa dos autores citados que vale mencioná-lo apartadamente.

regras⁹⁶. Há também quem a conceba somente com dois subtestes: a) adequação e b) necessidade. Nesta última variante, a proporcionalidade em sentido estrito – fase em que tipicamente ocorre a ponderação – é preterida. Por ser a versão mais utilizada no Brasil – inclusive pelo STF –, apresentar-se-á aqui como padrão a proibição de excesso composta por três sub-regras. Elas devem ser aplicadas na sequência apresentada e, no caso da medida estatal em questão falhar em algum dos testes, não é necessário passar para o próximo⁹⁷; a intervenção é inconstitucional. A exposição que se segue busca apresentar um panorama geral da estrutura da proibição de excesso, estrutura essa que, como se verá adiante, pode ser em grande parte aproveitada pela proibição de insuficiência.

O primeiro subteste é o da *adequação*. Nele, averigua-se, com base em fatos empíricos, se a medida estatal interventiva é apta a fomentar o fim a que ela se propõe. É analisada também a legitimidade constitucional desse fim⁹⁸. Caso ela seja constitucionalmente legítima e apta a promover o fim almejado, deve ser considerada adequada. Passa-se, então, à próxima sub-regra.

O segundo subteste é o da *necessidade*. A primeira coisa a se ter em mente é que o exame de necessidade é um teste comparativo. Nele, a medida interventiva em questão é contraposta com diversas outras medidas alternativas que seriam capazes de fomentar o mesmo fim constitucional.

⁹⁶ Cf. BARAK (2012), KLATT; MEISTER (2012) e GARDBAUM (2017). Há uma variante do modelo com quatro subtestes, que é o proposto em DIMOULI; MARTINS (2014). Nele, deixa-se de lado a proporcionalidade em sentido estrito e desmembra-se a subregra da adequação (como tipicamente entendida) em três subregras. O resultado final é o seguinte: a) licitude do propósito perseguido, b) licitude do meio utilizado, c) adequação do meio utilizado e d) necessidade do meio utilizado. Essa versão é a que mais diverge da proporcionalidade como entendida no direito brasileiro, já que, pretensamente, não ocorre ponderação em nenhuma fase. Nesse sentido, o modelo proposto por Dimoulis e Martins mais se aproxima daqueles em que existem apenas dois subtestes.

⁹⁷ Em CLÉRICO (2018), p. 34, advoga-se que o uso da proporcionalidade para direitos sociais seja cumulativa, é dizer, onde a falha em um subteste não implique a falha em toda a proporcionalidade. Essa versão teria como benefício um ganho de racionalidade, já que todos os argumentos – relativos a todos os subtestes – teriam de ser considerados, ao invés de simplesmente acabar o julgamento se um dos subtestes não for satisfeito.

⁹⁸ Cf. SILVA (2017), p. 169-170, CLÉRICO (2008), p. 129-133 e BERNAL PULIDO (2007), p. 693. Como dito anteriormente, alguns autores dividem os dois passos da subregra da adequação, quais sejam, aferir a legitimidade do fim e aferir se o meio é apto a fomentar o fim, em duas subregras independentes. Por todos, cf. KLATT (2014), p. 27-28.

São traçados, então, para cada uma das opções postas – tanto a medida efetivamente analisada quanto suas alternativas hipotéticas –, o nível de interferência sobre o direito fundamental que cada uma implicaria, bem como a intensidade em que a medida conseguirá promover o fim almejado. Ou seja, para cada alternativa, atribui-se duas grandezas: o seu nível de interferência sobre o direito fundamental e a intensidade com que ela fomentará o fim constitucional. O ato estatal escrutinado será necessário caso *“a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”*⁹⁹. Isso significa que

*“em primeiro lugar, o meio efetivamente empregado deve fomentar ou promover o objetivo almejado, no mínimo, na mesma medida em que o teria feito o meio alternativo. Em segundo lugar, pode o meio efetivamente empregado levar, no máximo, a uma interferência tão intensa sobre o princípio constitucional restringido quanto o emprego – hipotético – do meio alternativo. Assim sendo, para a aferição da necessidade, é preciso determinar e – conforme o caso – comparar os efeitos do meio alternativo hipotético e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional”*¹⁰⁰.

Caso exista medida alternativa que promova o fim almejado e intervenha no direito fundamental nos mesmos graus que o ato estatal em análise, prestigia-se a opção do legislador, que optou por uma das várias alternativas possíveis. Uma vez confirmadas todas essas exigências, é possível afirmar que a medida estatal interventiva é necessária¹⁰¹. Chega a hora de aplicar o último subtteste.

⁹⁹ Citação retirada de SILVA (2017), p. 171.

¹⁰⁰ Citação retirada de KLATT (2014), p. 29.

¹⁰¹ Cf. BERNAL PULIDO (2007), p. 740-742.

A proporcionalidade em sentido estrito, consistente numa ponderação entre o direito fundamental e o fim almejado, é a sub-regra mais polêmica da proporcionalidade. Não são poucas as críticas relativas a uma subjetividade demasiada e suposta irracionalidade do sopesamento, bem como à ameaça que ela representa à separação de poderes¹⁰². Não obstante, a proporcionalidade em sentido estrito faz parte da maioria dos modelos de proibição de excesso. Nela, parte-se da ideia central de que restrições a um princípio devem ser proporcionais à intensidade com que se promove o princípio colidente. Em outras palavras, no que ficou conhecido como a primeira lei do sopesamento de Alexy, "*quanto mais intensa a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências quanto à importância do objetivo perseguido*"¹⁰³. O subteste da proporcionalidade em sentido estrito pode ser dividido em três momentos diferentes: primeiramente, averigua-se o nível de interferência que recai sobre o direito fundamental no caso concreto; depois, apura-se qual a intensidade de fomento do fim constitucional no caso concreto promovido pela medida interventiva; finalmente, contrapõe-se ambas as grandezas, a fim de emitir um juízo acerca da proporcionalidade entre afetação do direito fundamental e promoção do fim almejado¹⁰⁴.

Paralelamente à intensidade de interferência ao direito fundamental no caso concreto, certas variações da ponderação costumam levar em conta também o valor abstrato do direito fundamental. Nas palavras de Klatt, "*O peso abstrato é o significado que o princípio possui independentemente do caso concreto. Quanto maior for o peso abstrato, maior será a chance de o princípio sobrepor-se, no sopesamento, diante de um princípio colidente*"¹⁰⁵. O peso abstrato altera a dinâmica de distribuição do ônus argumentativo, ao

¹⁰² Cf. MARTINS (2003), p. 36-37 e DIMOULIS; MARTINS (2014), p. 221-227, que apresentam outras objeções à proporcionalidade em sentido estrito além das duas mencionadas. Boa parte delas é retrucada em KLATT (2015), KLATT; MEISTER (2012), p. 45-73, SILVA (2011-B) e ALEXY (2017), p. 575-627.

¹⁰³ Citação retirada de KLATT (2014), p. 31-32.

¹⁰⁴ Idem. Com o intuito de ser claro e sucinto, este trabalho não tratará de detalhes da ponderação como a Fórmula Peso, as justificações interna e externa ou as discricionariedades estrutural e epistêmica. Sobre esses temas, cf. BARAK (2012), KLATT; MEISTER (2012).

¹⁰⁵ Ibidem, p. 34. Para mais acerca dos pesos abstratos dos princípios, cf. KLATT; MEISTER (2012), 30-38.

dar preferência a um dos princípios colidentes; é necessário um maior esforço argumentativo para o outro princípio prevalecer. A atribuição de intensidade à promoção e afetação de princípios costuma ser levada a cabo com o auxílio de uma escala triádica, que classifica as interferências e importâncias nos níveis *leve*, *moderado* e *sério*. Proporcional em sentido estrito é aquela intervenção cujo nível de fomento do fim é maior ou igual ao nível de afetação do direito fundamental. Uma vez chancelada nesta última sub-regra, a intervenção terá passado no teste da proibição de excesso, já que considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

2.2.3.3. Proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)

A proibição de proteção insuficiente é um conceito relativamente novo e inexplorado. Sua estrutura e modo de emprego ainda são pouco desenvolvidos pela doutrina ou jurisprudência, e os escritos sobre o tema são esparsos e pouco dialogam entre si¹⁰⁶. Disso tudo resulta um cenário em que muitas pessoas estão cientes da existência da vedação de deficiência, mas não há consenso sobre do que objetivamente se trata ou como ela é usada.

Sua menção em manuais nacionais costuma limitar-se a apontar que ela é a outra face do princípio da proporcionalidade, decorrente dos imperativos de tutela e formada pelos mesmos três subtestes da proibição de excesso¹⁰⁷. Parte da literatura estrangeira acessível em português, inglês e espanhol também costuma se limitar a delinear os contornos básicos de como seria um teste de proibição de insuficiência, ainda que de maneira mais

¹⁰⁶ Em GARDBAUM (2017), p. 241-242, aventa-se quatro hipóteses para o parco desenvolvimento jurisprudencial acerca da vedação de deficiência: a) a incompatibilidade entre a estrutura de direitos prestacionais e a proporcionalidade, b) a redundância dos testes de adequação e necessidade para direitos prestacionais, c) desconforto dos juízes em prescrever uma ação ao invés de proibi-la, e d) desconforto dos juízes em usar uma ferramenta tal qual a proporcionalidade, que de certa forma relativiza o valor inerente aos direitos fundamentais, para justificar a situação de miséria de tantas pessoas.

¹⁰⁷ Cf. SARMENTO; SOUZA NETO (2012), p. 392-394, SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2017), p. 409-413 e MENDES; BRANCO (2017), p. 431-432.

detalhada¹⁰⁸. Há, porém, quem se arrisca a desenvolver para ela um modelo de aplicação e demonstrá-lo num caso prático¹⁰⁹. A exposição do instituto, portanto, será feita principalmente com base na doutrina estrangeira, que levou o desenvolvimento da proibição de insuficiência além do que fez a literatura brasileira até aqui¹¹⁰.

Antes da exposição, porém, deve ser repisado: assim como ao tratar da proibição de excesso, não está aqui se tentando impor um modelo de vedação de deficiência com três sub-regras. A opção por ele é decorrência das fontes encontradas. Caso, durante a análise dos casos, seja empregado algum modelo de teste da proibição de insuficiência que varie do que foi ora descrito, não haverá alteração nos critérios de análise.

Como apresentado no tópico 2.2.3.2, a proibição de excesso é tida como a face da proporcionalidade que analisa a interferência do Poder Público no âmbito de um direito de defesa de um indivíduo. Considerando que os direitos de defesa são pretensões a abstenção estatal, a violação a um deles deve necessariamente se dar por meio de uma ação. Esse tipo de direito tem como contraparte, portanto, um dever estatal de não ação. Direitos a prestações estatais, por outro lado, não são ameaçados por ações. O indivíduo que tem pretensão a uma ação positiva do Estado terá esse direito violado justamente no caso dessa pretensão não ser fornecida. Direitos a prestação têm como contraparte um dever estatal de agir, e sua violação ocorre por meio de uma omissão ou ação insuficiente do Poder Público. Por isso, enquanto a proibição de excesso tem como objeto de análise uma *ação*, o objeto de análise da proibição de insuficiência é uma *omissão* ou uma *ação insuficiente*. Essa mudança implica diferenças importantes no modo de

¹⁰⁸ Cf. BARAK (2012), p. 429-434 e BERNAL PULIDO (2007), p. 806-811.

¹⁰⁹ Cf. ALEXY (2009), CLÉRICO (2008), CLÉRICO (2013) e KLATT; MEISTER (2012), p. 85-108.

¹¹⁰ Exceção a essa tendência é RODRIGUES (2009) e RODRIGUES (2012), que apresentam extenso conteúdo concernente ao tema.

aplicação das sub-regras¹¹¹. Por mais que nenhum dos autores analisados¹¹² tenha alterado a quantidade ou as características principais das fases da proibição de excesso, todos, com a exceção de Mendes e Branco, ressaltaram as alterações necessárias para se aplicar os testes como vedação de insuficiência.

O pressuposto na proibição de deficiência, assim como na proibição de excesso, é que existem dois princípios se chocando. Um deles é o direito fundamental que está sendo prejudicado pela omissão ou ação insuficiente estatal. O outro é o fim que o Estado busca promover ao se omitir.

Por exemplo, caso se julgue que o Estado não regula o setor financeiro de maneira rigorosa o suficiente, poderá ser argumentado que ele está aquém de fornecer o dever mínimo de diligência e, por isso, incorrendo em insuficiência. Nesse sentido, uma associação representante dos consumidores, por exemplo, poderia entrar com uma ação reivindicando maior proteção estatal através do endurecimento na regulação financeira. Para averiguar se a proteção atualmente dispensada pelo Estado é suficiente ou insuficiente – como alega a associação –, o Judiciário pode se valer da proibição de insuficiência. Pelo outro lado, há o argumento de que o Estado

¹¹¹ Isso não foi percebido por todos. Enquanto dois dos autores trouxeram um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos no qual é afirmado que não é importante definir se o direito em questão tem como objeto uma ação ou abstenção (KLATT; MEISTER (2012), p. 88), Mendes e Branco vão além e transpõem os testes da proibição de excesso para a proibição de deficiência (MENDES; BRANCO (2017), p. 431-432). Ao tratar dela, afirmam: “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”. Basta substituir a palavra “ato” pela palavra “omissão” para perceber o erro. Parte-se do pressuposto que a omissão estatal que interfere num direito fundamental tem uma razão de ser, uma finalidade. Portanto, o propósito da omissão tem de ser o fim estatal (mencionado somente no último subteste), não a proteção do direito fundamental, como é afirmado na subregra da adequação; a omissão, pelo contrário, fomenta o fim estatal *em detrimento* do direito fundamental. A exposição do subteste da necessidade também não satisfaz. Novamente, ao trocar a palavra “medidas” pela palavra “omissões”, percebe-se a incongruência do que é afirmado. Mesmo que se trate de uma omissão que interfira num direito fundamental com o intuito de proteger algum outro direito fundamental – o que muitas vezes não é o caso –, é errado afirmar que, caso existam omissões alternativas que protejam mais o fim estatal, a omissão escolhida é não necessária. Ela só o será se existir alguma outra opção omissiva que afete menos o direito prejudicado e, ao mesmo tempo, afete igualmente, ou menos, o direito protegido. Percebe-se que, mesmo se se tratasse da proibição de excesso, a explicação de Mendes e Branco estaria errada.

¹¹² São aqueles citados nas notas de rodapé 107, 108, 109.

não interfira nesse setor justamente para preservar a liberdade de iniciativa, que é direito fundamental dos particulares. Caso alguma federação de bancos mova ação judicial alegando regulação excessiva do Estado, poderiam as juízas resolver o pleito utilizando a proibição de excesso. Nesses exemplos, os dois princípios em conflito são, de um lado, a higidez do sistema financeiro – materializada no artigo 192 da Constituição Federal – e, do outro, a livre iniciativa – prevista no Art. 1º, IV da Constituição Federal.

Passa-se, então, a analisar a estrutura do teste da proibição de insuficiência.

Diante de uma omissão ou ação insuficiente estatal, o subteste da adequação, no contexto da proibição de suficiência, tem a mesma finalidade que sua contraparte da proibição de excesso. Isso significa: deve-se averiguar, no teste da adequação, se 1) a omissão estatal analisada foi perpetrada com um fim legítimo em mente e, mais, se 2) ela é apta a de fato fomentar tal fim¹¹³. Ao tratar da proibição de proteção insuficiente, a questão do fim legítimo se agudiza. É possível que o Estado, com o intuito de preservar algum direito fundamental, se omita e, colateralmente, interfira em algum outro. É inequívoco, nesse caso em que a finalidade é resguardar um direito fundamental, se tratar de um fim legítimo. A resposta não é tão clara, contudo, quando a omissão estatal tem como fim algum outro objetivo que não é direito fundamental individual, como a saúde financeira pública¹¹⁴. Ainda que não seja o objetivo desse trabalho fornecer uma resposta à questão, parece-nos que uma posição que desconsidere por completo a capacidade fática dos cofres públicos arcarem com os custos ínsitos a grande

¹¹³ Laura Clérico, em CLÉRICO (2008), p. 137-141, defende que na proibição de insuficiência se deva ser mais exigente ao analisar a aptidão que a omissão tem para fomentar o fim estatal almejado, se comparada à da proteção de excesso. Enquanto a exigência de fomento na proibição de excesso seria uma exigência “débil”, na vedação de insuficiência ela seria uma “dupla exigência de adequação”. Aharon Barak, por sua vez, acredita que a margem de discricção do legislador é igualmente ampla – e a discricção judicial, consequentemente, igualmente baixa – para ambos os casos. Cf. BARAK (2012), p. 432.

¹¹⁴ José Reinaldo de Lima Lopes, em LOPES (2008), p. 191-192, levanta ponto interessante ao notar que uma decisão que conceda uma prestação fática à pessoa que entrou com a ação judicial pode ferir o direito fundamental à isonomia, se o Estado não for capaz de conceder a mesma prestação para todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação que a pleiteante. Nesse caso, a preservação das contas públicas seria, de fato, maneira de proteger um direito fundamental.

parte das prestações estatais, ou que deixe de lado a violação *prima facie* do princípio formal da separação de poderes, é uma posição equivocada. O que se quer dizer é que a alegação de insuficiência financeira por parte do Estado aparenta ser um motivo muitas vezes aceitável para ele não cumprir uma obrigação sua, seja pela impossibilidade fática, seja pela importância que o princípio da separação de poderes tem para o Estado de Direito¹¹⁵.

O subteste da necessidade também tem uma estrutura semelhante, mas aplicação distinta, à sua correspondente na proibição de excesso. Ao averiguar a necessidade de uma omissão do Poder Público, procura-se a existência de alguma alternativa que prejudique menos o direito fundamental afetado e proteja, no mínimo, igualmente o fim estatal protegido. Caso ela exista, a omissão é desnecessária; caso não exista tal alternativa, a omissão estatal é necessária¹¹⁶.

O subteste da proporcionalidade em sentido estrito procura descobrir se a omissão estatal analisada limita proporcionalmente o direito a prestação. Essa aferição é feita ao comparar a intensidade de interferência sobre o direito a prestação com a intensidade de realização do fim estatal. Uma omissão seria considerada insuficiente se ela interviesse mais no direito a prestação do que promovesse o fim estatal que lhe motivou¹¹⁷.

3. Análise de casos

¹¹⁵ Em KLATT (2015), defende-se que o Judiciário defina se ele pode ou não interferir no âmbito de competência *prima facie* dos poderes eleitos através de uma ponderação, que deve ser feita em cada caso, envolvendo princípios formais relativos à competência de cada poder. Mais notavelmente, o autor, na p. 365, arrola a “estabilidade financeira do orçamento nacional” como um princípio material digno de ponderação. Isso leva a crer que, em sua opinião, a mera “insuficiência financeira” do Estado já seria considerada um fim legítimo para o teste da proporcionalidade. Afonso da Silva, em SILVA (2013), sustenta posição similar. Para mais sobre a distinção entre princípios formais e materiais, bem como sobre a legitimidade e papel do Judiciário, cf. ALEXY (2014) e SILVA (2012).

¹¹⁶ Cf. BERNAL PULIDO (2007), p. 810 e BARAK (2012), p. 433. Clérico (CLÉRICO (2008), p. 150-156) concorda, mas ressalva que, quanto maior for a restrição ao direito fundamental vítima da omissão estatal, tanto menor é a margem de discricionariedade do legislador.

¹¹⁷ ALEXY (2009), p. 11, BERNAL PULIDO (2007), p. 810 e KLATT; MEISTER (2012), p. 97. Em CLÉRICO, (2008), p. 168-171, defende-se uma visão de que é preciso considerar a importância que a omissão terá na vida dos afetados. Em casos de prestação de direitos sociais básicos para populações vulneráveis, o Estado carregaria um ônus argumentativo maior para justificar uma possível omissão. Sendo assim, quanto mais imprescindível fosse a prestação estatal, mais difícil seria a existência de uma omissão justificada.

3.1. Pesquisa de amostra

O terceiro capítulo do trabalho contém o estudo das decisões encontradas. A primeira parte trata da análise desses casos sob uma perspectiva quantitativa, revelando a pesquisa de amostra. Nela, apresenta-se dados estatísticos revelados pela pesquisa de jurisprudência. Como apresentado no tópico 1.1.3, foram selecionados os 29 casos resultantes da pesquisa que satisfizeram o suporte fático proposto na monografia, qual seja, decisões que citam a proibição de insuficiência e analisam a omissão de prestação fática referente a um direito social¹¹⁸. São esses 29 julgamentos, portanto, que compõem o universo amostral aqui examinado.

Uma ressalva é importante. Os números apresentados a seguir são relativos a uma parcela pequena dos julgados nos quais a vedação de deficiência foi usada pelo STF; a maior parte das decisões que empregaram o instituto não satisfaziam os critérios propostos e, por isso, não foram analisadas. É possível afirmar isso com base na quantidade de casos que a pesquisa por termos no site do STF retornou¹¹⁹. Dessa forma, os 29 julgamentos analisados aqui fazem parte de um montante consideravelmente maior de decisões em que a proibição de proteção insuficiente foi citada. É indevido, portanto, extrapolar as conclusões aqui alcançadas para todo o universo de casos em que o conceito figura como presente. As estatísticas seguintes dizem respeito única e tão somente às hipóteses que se encaixam no molde proposto, não ao emprego da vedação de deficiência pelo STF em geral¹²⁰.

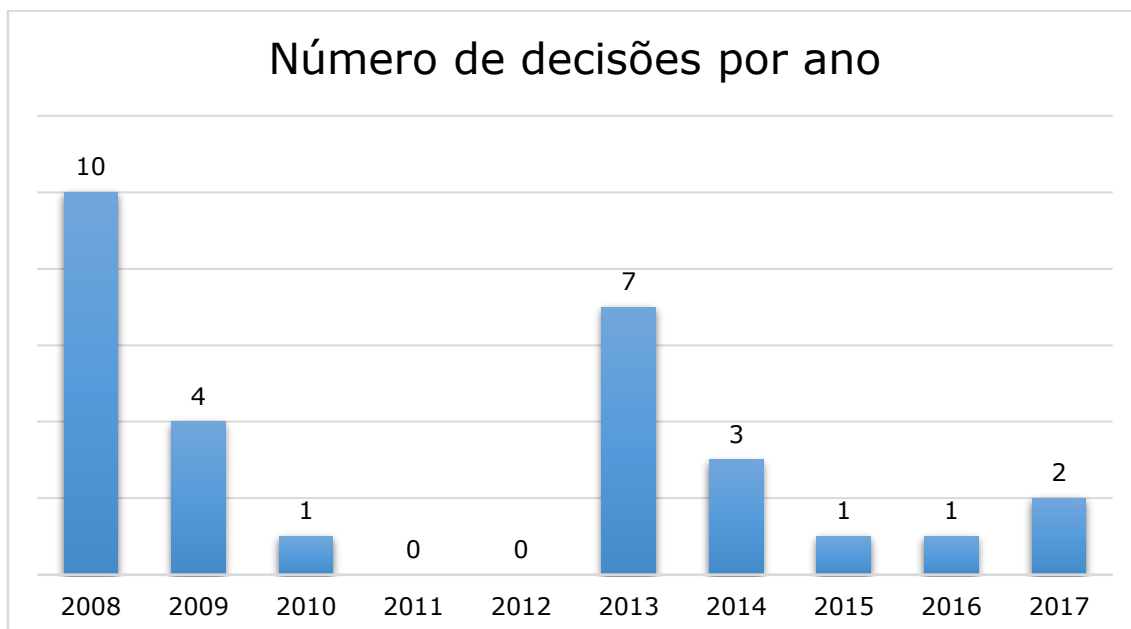
¹¹⁸ Era comum, por exemplo, deparar-se com menções ao instituto em decisões que tratavam de direitos a proteção. Essas decisões ficaram de fora desta monografia. Para maiores detalhes acerca do suporte fático da pesquisa, ver tópico 1.1.3.

¹¹⁹ Mais uma vez, o tópico 1.1.3 conta com os pormenores da assertiva. Nele encontram-se os termos pesquisados e os casos retornados.

¹²⁰ Vale repisar: para um estudo mais abrangente de como o instrumento é usado pelo STF, sem qualquer recorte de tema, cf. RODRIGUES (2009) e RODRIGUES (2012).

Tendo isso esclarecido, passemos aos dados.

Gráfico 1¹²¹



Salta aos olhos a irregularidade dos números. Longe de oferecer alguma tendência de constante crescimento ou diminuição, não há padrão detectável na distribuição cronológica dos casos. É possível, contudo, separar o lapso temporal analisado em três momentos. O primeiro é de 2008 a 2010; o segundo, 2011 e 2012; o terceiro e último momento abrange 2013 a 2017.

O período de 2008 a 2010 conta com uma forte concentração de decisões. Isso se deve ao fato desse ser o período em que o Ministro Gilmar Mendes ocupou a Presidência do STF. O presidente do STF tem, entre outras atribuições, a competência para julgar suspensões de tutela antecipada (STA), de segurança (SS) e de liminar (SL). Gilmar Mendes, no exercício do cargo, valeu-se diversas vezes da proibição de deficiência para analisar casos relativos a tutelas antecipadas, liminares e medidas de segurança que concediam ou denegavam prestações fáticas de direitos sociais aos

¹²¹ Apesar da proibição de insuficiência estar presente no STF desde 2006, a primeira decisão a encaixar-se no suporte fático proposto é de 2008. Por conta disso, esse é o primeiro ano no gráfico.

indivíduos. Com efeito, 14 das 15 decisões analisadas do período de 2008 a 2010 foram proferidas por Gilmar Mendes no julgamento de alguma STA, SS ou SL¹²². A outra menção ao termo foi feita num Agravo Regimental de STA¹²³, e teve como autor o Ministro Celso de Mello.

O Ministro Gilmar Mendes julgou sua última suspensão de tutela antecipada (entre as aqui analisadas) em 6 de abril de 2010. Seu mandato como presidente do tribunal acabou mais tarde naquele mês. Não por coincidência, a proibição de insuficiência só voltou a ser mencionada para analisar omissão de prestação fática de direito social mais de três anos depois, em junho de 2013, pelo Ministro Celso de Mello. É nesse ponto que se inicia o terceiro período estudado, que vai até o último caso estudado, em 2017. O protagonista dessa parte é justamente Celso de Mello: das 14 decisões, ele foi o autor de 13¹²⁴. O julgado restante foi feito por Luiz Fux¹²⁵.

O gráfico 2 mostra visualmente essa divisão no emprego da vedação de insuficiência entre os ministros.

¹²² Em ordem cronológica, da mais antiga para a mais recente: SL 235; STA 241; SL 263; SL 228; STA 238; STA 278; STA 245; STA 277; STA 198; SS 3751; SS 3.690; STA 318; SS 3.741; STA 419.

¹²³ STA 223 AgR.

¹²⁴ Em ordem cronológica, da mais antiga para a mais recente: AI 598.212; AI 764.969; RE 488.208; RE 763.667; RE 581.352; AI 759.543; RE 738.255; RE 795.749; ARE 727.864; ARE 745.745; Rcl. 18.636; RE 812.626; Rcl. 25.363.

¹²⁵ RE 597.854.

Gráfico 2

Quantidade de decisões que cada ministro cita a proibição de insuficiência

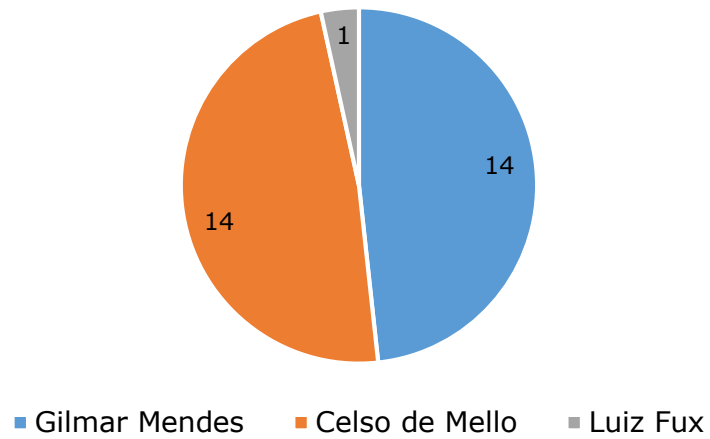
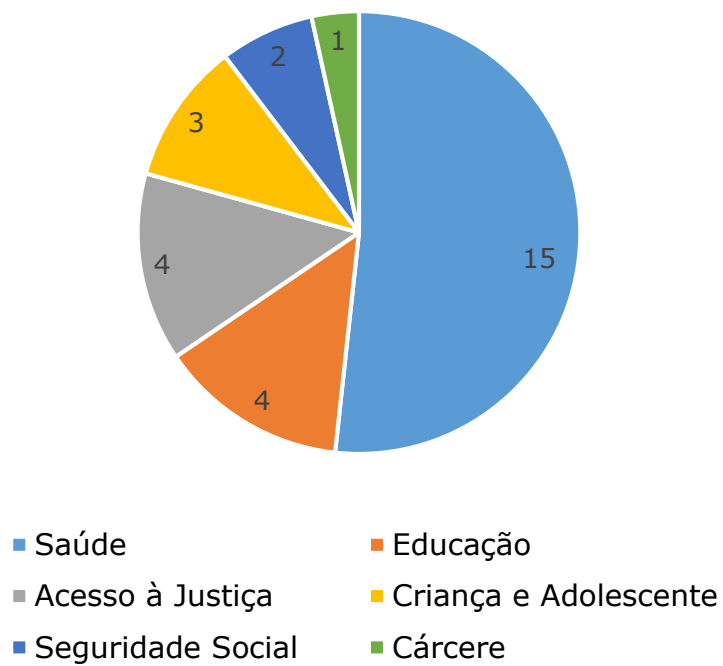


Gráfico 3

Número de decisões por tema



Mais da metade das decisões estudadas versam sobre o direito à saúde. Sucodem elas os julgamentos sobre direito à educação e direito de acesso à justiça. Há, ainda, três casos relativos especificamente a direitos da criança e do adolescente, dois referentes a benefícios sociais e mais outro tratando de melhorias nas condições do cárcere.

Gráfico 4¹²⁶



O ente federativo mais vezes responsável pela omissão reivindicada judicialmente foram os estados. Das 29 decisões, em 20 exige-se do estado – seja exclusivamente, seja solidariamente – a prestação. É relevante notar que todas as decisões em que imputou-se, nas instâncias inferiores, responsabilidade solidária entre município, estado e União tratavam de direito à saúde¹²⁷.

¹²⁶ As Rcl. 18.636 e 25.363 tinham como parte processada não um ente federativo, mas o INSS. Optou-se por considera-las como fazendo parte do grupo de decisões em que o ente omissor era a União.

¹²⁷ As decisões que julgaram a responsabilidade solidária entre União, estado e município são: SL 228; STA 198; STA 245. As decisões que julgaram a responsabilidade solidária somente entre estado e município são: SS 3.690; SS 3.741; STA 238.

Gráfico 5



Talvez a estatística mais notável esteja no Gráfico 5. Entre os 29 casos analisados, somente uma vez a proibição de proteção insuficiente foi empregada de modo a denegar o pleito por prestação social¹²⁸; isso quer dizer, entre os julgados examinados neste trabalho, aproximadamente 97% das vezes o veredito final do ministro a utilizar o conceito foi no sentido de conceder o pedido. Os tópicos seguintes serão dedicados à análise qualitativa das decisões estudadas.

3.2. Análise qualitativa

A ordem escolhida para apresentar as decisões foi baseada, principalmente, na disposição cronológica dos julgados. Como optou-se por estruturar a exposição ao redor dos temas, serão analisados primeiro os temas cujas decisões tem maior incidência no começo do período estudado

¹²⁸ RE 597.854. Análise do caso no tópico 3.2.3.

(ou seja, em 2008). O primeiro direito social a ser apresentado, portanto, será o de proteção à criança e ao adolescente.

Ao justificar seus vereditos, os ministros reaproveitavam decisões próprias anteriores em sua quase completa inteireza. Não foi possível particularizar uma identidade própria de cada julgador, já que todos eles eram praticamente idênticos entre si (em especial aqueles do Ministro Celso de Mello). Dividiu-se, então, as análises primeiramente por tema e, secundariamente, por julgador.

3.2.1. Criança e adolescente

Dentre os 29 casos que satisfizeram o suporte fático do trabalho, três tratavam especificamente dos direitos da criança e do adolescente. Enquanto o primeiro – decidido pelo Ministro Gilmar Mendes – teve como pano de fundo as condições da retenção de menores infratores, os outros dois versavam sobre a necessidade de criação de Conselhos Tutelares. Estes últimos foram julgados pelo Ministro Celso de Mello.

3.2.1.1. Gilmar Mendes

A Suspensão de Liminar 235 foi julgada em oito de julho de 2008 pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes. Nela, o Estado de Tocantins recorria contra decisão proferida a favor do Ministério Público de Tocantins, que havia requerido a instalação de unidades para cumprimento de medidas sócio-educativas voltada para menores infratores.

O primeiro aspecto relevante no tocante à proibição de insuficiência é de que ela é citada poucas vezes. De fato – e esse é um ponto importante do trabalho –, nas decisões em que foi mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes,

o conceito estudado estava sempre num mesmo parágrafo, repetido todas as vezes. O parágrafo é o seguinte:

“Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).”¹²⁹

Essa citação tem sempre como contexto uma exposição acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹³⁰, que obriga o Estado a agir no sentido de efetivá-los. No caso específico em tela, o ministro acrescenta, ainda, o mandamento constitucional que confere “absoluta prioridade” ao fomento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227, CF). A vedação de deficiência entra, portanto, como evidência do fato de que o Estado deve não apenas omitir-se (sob pena de controle por meio da proibição de excesso), mas também agir positivamente para realizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Ainda que o nome da obra de Canaris mencionada na decisão faça referência à proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitprinzip*), em nenhum momento o próprio ministro cita a nas suas razões. Admitiu-se, por isso, que a decisão não cita a proporcionalidade e, conseqüentemente, que não incidem sobre o ministro os encargos elaborados no final do tópico 1.1.3.1.

A vedação de insuficiência foi mencionada mais três vezes nesse julgado¹³¹. Não obstante, nenhuma dessas referências foge do que já havia

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 235, Min. Gilmar Mendes, j. 08/07/2008, p. 6-7.

¹³⁰ Ver tópico 2.1.4.

¹³¹ Um exemplo: “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

sido traçado anteriormente. Todas as vezes que se refere ao conceito, faz-se para reforçar o dever estatal de ação. A quase totalidade da decisão é usada para discorrer acerca de temas como a possibilidade de controle judicial sobre omissões estatais, a prioridade constitucional garantida aos direitos da criança e do adolescente e a separação de poderes. E por mais que as exposições sobre tais matérias sejam de fato bem desenvolvidas, não há qualquer consideração sobre as particularidades do caso que seriam relevantes para se alcançar um veredito.

O Ministério Público argumenta, por exemplo, que a inexistência de unidade para ressocialização naquela comarca implicava a transferência dos adolescentes infratores para um município a 160 quilômetros de distância, o que inviabilizaria o contato com os familiares. Esse fato relevante não se faz presente nas razões do ministro, mesmo com sua decisão indo no sentido de conceder o pleito social (ao negar o pedido do Estado do Tocantins pela suspensão de liminar).

É constantemente ressaltado na decisão, contudo, o já mencionado artigo 227 da Constituição, que confere aos direitos da criança e do adolescente absoluta prioridade, inclusive postulando “respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”, conforme seu parágrafo 1º, inciso V. Nesse quesito, é inegável o esforço empregado para se atentar às especificidades relativas à judicialização desse direito em específico. Inclusive, o ministro oferece razões que podem servir de motivos para a pouca atenção dada às especificidades do caso:

“No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. A decisão impugnada apenas determina o cumprimento de política pública

prioridade”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 235, Min. Gilmar Mendes, j. 08/07/2008, p. 13). As outras citações estão nas páginas 10 e 12.

constitucionalmente definida (art. 227, caput, e §3º) e especificada de maneira clara e concreta no ECA, inclusive quanto à forma de executá-la.”¹³²;

“Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88).”¹³³

A particularidade da absoluta prioridade conferida pela Constituição ao direito fundamental de proteção à criança e ao adolescente leva o ministro a considerar que uma intervenção judiciária no orçamento não é uma intromissão na área de discricionariedade do Executivo, mas mera concretização do texto constitucional. Ele se priva, assim, de sopesar. Em outras palavras – e lendo com a ótica da teoria dos princípios exposta anteriormente –, não há ponderação entre princípios, já que a prioridade constitucional atribuiria ao direito da criança e do adolescente uma lógica de regra. Isso justificaria a consideração pequena dada aos detalhes da questão em julgamento, tendo em vista a inexistência de sopesamento do caso concreto. Essa lógica, se levada ao extremo, implicaria um cenário perigoso: toda aparente colisão entre o direito da criança e do adolescente com um princípio levaria a uma prevalência daquela; toda intervenção do Judiciário no Executivo e Legislativo com o fim de fomentar esse direito seria justificada, independente das circunstâncias concretas¹³⁴. Ainda assim, esse seria um motivo para se ater a generalidades durante a decisão.

Não obstante, o ministro acata parte do pedido do Estado de Tocantins ao vedar a imposição de multa diária, como havia feito a decisão impugnada.

¹³² Ibid., p. 9-10.

¹³³ Ibid., p. 12.

¹³⁴ Essa hipótese parte do pressuposto de uma teoria dos direitos fundamentais similar à aqui apresentada. Obviamente, não se pode impor a um juiz que ele decida a partir de uma ou outra base teórica específica. Por certo não é o nosso intuito.

Segundo ele, “(...) a fixação de multa em valor elevado e sem limitação máxima constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade”¹³⁵. Essa motivação, no entanto, parece ser demasiado genérica; ela poderia levar, paradoxalmente, à impossibilidade de qualquer intromissão do Judiciário nos outros poderes.

Em suma, a proibição de proteção insuficiente na SL 235 figura apenas como justificadora da intervenção judicial e do dever estatal de prestação. Não se faz menção à proporcionalidade, muito menos a seus subtestes.

3.2.1.2. Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello julgou dois casos, extremamente parecidos entre si, que tratavam de uma omissão relacionada ao direitos da criança e do adolescente. São eles os Recursos Extraordinários 488.208 e 738.255. Ambos foram interpostos por Ministério Público estadual contra julgamentos que denegaram uma demanda pela instalação de Conselhos Tutelares. O RE 488.208 insurgiu-se contra decisão proferida em favor da cidade de Florianópolis, ao passo que o RE 738.255 teve como objeto decisão de segunda instância favorável ao Município de Itaubal do Piririm, no Amapá. Percebe-se, sem dúvida, que trata-se de situações muitíssimo semelhantes.

Ainda assim, é questionável a opção do Ministro por usar o mesmo texto para justificar ambos os julgamentos. Para além, de todas as similitudes entre os dois, existem especificidades próprias de cada situação que merecem ser levadas em consideração. Com efeito (e isso é verdade para qualquer dois julgamentos), independentemente de suas correspondências, é impossível dois processos serem completamente iguais entre si. No entanto, como se verá mais adiante, Celso de Mello reutiliza os mesmo trechos em quase todas as suas decisões; pouco importa qual seja o tema dela, quem sejam as partes

¹³⁵ Idem.

ou quais sejam as circunstâncias fáticas. Verificam-se sempre as mesmas razões.

O mesmo fenômeno se passa com a proibição de insuficiência. Em todos os julgados do Ministro Celso de Mello examinados nesta monografia, a menção ao instituto é feita de maneira extremamente passageira, na ementa do caso. O contexto é o seguinte:

"(...) **CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS** (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE **E** PROIBIÇÃO DE EXCESSO) (...)"¹³⁶

Na maior parte das vezes, essa é a única referência ao instituto. Nos REs 488.208 e 738.255, porém, ele é também citado no corpo da decisão. Essa reincidência, ainda assim, é somente uma breve explicação daquilo que já estava na ementa:

"(...) ***as limitações a direitos fundamentais***, como o de que ora se cuida, ***sujeitam-se***, em seu processo hermenêutico, *a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como*, p. ex., ***aqueles fundados*** na proibição de retrocesso social, *na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proibição [sic] insuficiente e, também, na proibição de excesso*"¹³⁷

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 488.208. Rel. Min. Celso de Mello. j. 01/07/2013, p.3.

¹³⁷ Ibid., p. 10. Grifos no original. O erro no nome do instituto está presente no texto dos julgados. Ainda que ele não comprometa o julgamento, é impossível não tomar esse ato falho como sintomático do descaso do Ministro para com a vedação de proteção insuficiente.

Como se vê de imediato, o Ministro Celso de Mello insere a vedação de proteção deficiente num rol de quatro parâmetros constitucionais que norteiam o exercício da limitação de direitos fundamentais, a saber, *proibição de retrocesso social*, *proteção ao mínimo existencial*, *vedação da proteção insuficiente* (a qual ele errou o nome) e *proibição de excesso*. Não obstante, ao estudar mais a fundo a decisão, verifica-se que nenhum dos conceitos citados são efetivamente apresentados em sua fundamentação. Não há que se falar, em qualquer uma das decisões de Celso de Mello, em retrocesso social ou em intervenção excessiva do Estado sobre o indivíduo. Ou seja, dentre os quatro parâmetros mencionados, dois não se encaixam absolutamente nos casos, já que não há qualquer intervenção estatal sobre direito social – que ensejaria a proibição de excesso – e não há qualquer direito já constituído a ser enfraquecido – pressuposto da proibição de retrocesso social. Quanto à proteção ao mínimo existencial e à proibição de proteção insuficiente, nada mais sobre elas é trabalhado na decisão.

Refere-se a tais conceitos com um nível de abstração tão elevado, que a impressão final é a de que eles só estão presentes na sentença para preenche-la com um conteúdo – paradoxalmente – vazio; diante da reincidência do exato trecho em todas as ementas lavradas pelo Ministro Celso de Mello que foram examinadas nesta monografia, a conclusão lógica é a de que, para ele, a proibição de insuficiência serve como penduricalho retórico ou como prova de erudição.

Em se tratando especificamente de direitos da criança e do adolescente, os REs 488.208 e 738.255 seguem a mesma fórmula usada pelo Ministro Celso de Mello em todas as suas decisões: discorre-se sobre a inegável importância do direito em questão¹³⁸, sobre a competência do Judiciário para colmatar omissões estatais¹³⁹ e a não efetivação de direitos

¹³⁸ “O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente (...) não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários”. Ibid., p. 6.

¹³⁹ “(...) o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional (...)”. Ibid., p. 12.

sociais¹⁴⁰; reconhece-se a reserva do possível, para pronta e vigorosamente afastar sua incidência¹⁴¹; questiona-se a boa-vontade do agente público¹⁴² e, finalmente, concede-se o pleito social. A única inovação particular a esses dois julgados é o acréscimo de um parágrafo que versa especificamente sobre Conselhos Tutelares¹⁴³. É esse o máximo de proximidade a que Celso de Mello chega das particularidades do litígio. Nesse cenário de distanciamento do caso, um juízo ponderativo acerca dele, pressuposto da proibição de deficiência, revela-se impossível.

3.2.2. Saúde

Os casos referentes ao direito à saúde compõem mais da metade – 15, de 29 julgados – do universo pesquisado. Contudo, é possível afirmar que não existe grande variação entre eles. E isso não somente em relação ao resultado final, já que o desfecho de todas foi no sentido de conceder o provimento estatal, mas também quanto à estrutura argumentativa. Não é difícil compreender o motivo. Dentre essas 15 decisões examinadas, nove foram de autoria do Ministro Gilmar Mendes e seis do Ministro Celso de Mello.

3.2.2.1. Celso de Mello

¹⁴⁰ "(...) o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (...)". Ibid., p. 7.

¹⁴¹ "Não deixo de conferir (...) significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível", notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (...)". Ibid., p. 9-10.

¹⁴² "(...) a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República". Ibid., p. 17.

¹⁴³ Ibid., p. 14.

O primeiro julgamento que trata de uma prestação relacionada ao direito à saúde é o Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada 223 (STA 223-AgR); julgado em 14 de abril de 2008, é, também, a primeira decisão encontrada pelos critérios levantados nesta pesquisa. O caso é especialmente intrincado: um indivíduo, que ficara tetraplégico após sofrer um tiro numa tentativa de assalto, reivindicava do Estado de Pernambuco o custeio de uma cirurgia que o permitiria respirar sem a assistência de um respirador mecânico. Ao pleito pelo pagamento da operação, somava-se o pedido de indenização do Estado por falhar em prover a segurança necessária que impediria a tentativa de assalto que vitimou o Autor. Haveria então, segundo o reclamante, duas omissões: uma relativa ao direito à segurança e outra, corolária da primeira, referente ao direito à saúde.

Para emaranhar mais a situação, o procedimento cirúrgico reivindicado – na época, recém desenvolvido por pesquisadores de Yale – estaria ainda em fase de testes, não havia sido aprovado sequer pelo órgão regulador americano, só poderia ser executado por um médico americano em específico e custaria 150.000 dólares. No voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do caso, constam ainda laudos técnicos que questionavam a eficácia de dito tratamento para o paciente em questão¹⁴⁴. A própria Ministra, no exercício do cargo de Presidente do STF, havia denegado o pleito do reclamante quando do julgamento da suspensão de tutela. Isso ensejou o agravo regimental ao plenário.

O voto inicial foi o da Ministra Relatora Ellen Gracie. Nele, a então Presidente do tribunal ressaltou jurisprudência da corte que exonerava o Estado de responsabilidade objetiva por dano decorrente de crime, a falta de segurança que um procedimento experimental como o requisitado conferia ao paciente, seu alto custo e a impossibilidade de executar antecipadamente o Tesouro Público (como era exigido pelo reclamante), sob risco de gerar

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. STA 223-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie; Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello. j. 14/04/2008, p. 15.

grave lesão à ordem pública. Esse acúmulo de razões levou a relatora a denegar provimento ao agravo¹⁴⁵.

O voto seguinte, que chegou a conclusão contrária à de Ellen Gracie, foi o do Ministro Celso de Mello.

Nele, não apenas inexistente qualquer menção à proporcionalidade ou à vedação de deficiência durante todo o corpo do voto, como também o Ministro deixa de lado a opção do sopesamento em favor de uma hierarquia pré estabelecida de princípios. É o que se depreende de sua fala quando ele afirma que:

*“(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável (...) – **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo**, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica **impõem, ao julgador, uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”¹⁴⁶*

A opção por julgar baseado unicamente em uma hierarquia prévia entre princípios – que prescindia de qualquer juízo de ponderação¹⁴⁷ – é possível, mas não compatível com uma aplicação da proibição de proteção insuficiente, sugerida pela ementa do acórdão.

Quanto à reserva do possível, o Ministro Celso de Mello de fato ressalva a possibilidade de ela ser pertinente na “*ocorrência de justo motivo*

¹⁴⁵ Ibid., p. 6-20.

¹⁴⁶ Ibid., p. 35-36. Grifos no original.

¹⁴⁷ Conforme brevemente pincelado no tópico 2.2.3.2, é possível conciliar a ideia de hierarquia entre princípios e sopesamento. Caso atribua-se pesos abstratos a princípios, existirá de fato uma ordem de preferência *a priori* entre eles, que deverá ser levada em conta na hora da ponderação. A diferença entre esse modelo e aquele empregado pelo Ministro Celso de Mello na decisão estudada é justamente que, para o ministro, a preferência de um princípio sobre o outro (nesse caso, da saúde sobre a separação de poderes/saúde fiscal do Estado) é definitiva, não deixa margem para maiores considerações. Já uma dogmática que conceba ponderar-se levando em conta o valor *a priori* de um princípio fatorará em sua decisão outros aspectos relevantes do caso concreto; enquanto no primeiro método existe uma ponderação abstrata que incide sobre os casos concretos, no segundo a ponderação é feita caso a caso. Cf. KLATT; MEISTER (2012), p. 15-45.

objetivamente aferível". Nos outros casos, porém, sua aplicação é afastada sob alegações de *"mera conveniência e/ou oportunidade"* ou de criação de *"obstáculo artificial"* pelo Poder Público, através de *"manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa"* com o intuito *"de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação (...) de condições materiais mínimas de existência"*¹⁴⁸. O texto é, em grande parte, igual àquele futuramente usado nos já apresentados REs 488.208 e 738.255, que seriam julgados 5 anos depois desse Agravo Regimental.

As outras decisões do Ministro Celso de Mello referentes à saúde são, ressalvados alguns pequenos detalhes em cada julgamento, extremamente similares àquela do STA 223-AgR, que as antecede por no mínimo cinco anos. Por exemplo, nos RE 581.352¹⁴⁹, AI 759.543¹⁵⁰ e RE 812.626¹⁵¹ – decisões monocráticas que tratavam, respectivamente, de ampliação no atendimento a gestantes, melhorias em hospital público e implantação de vagas em serviços residenciais terapêuticos para portadores de distúrbios psíquicos – a proteção de insuficiência volta a aparecer unicamente na ementa da decisão (junto à proibição de retrocesso social, à proteção ao mínimo existencial e à proibição de excesso), o direito à saúde mantém sua inquestionável superioridade hierárquica definitiva frente à saúde financeira do Estado e, conseqüentemente, o pleito social acaba sendo concedido.

Os argumentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário para invadir essa zona de competência dos poderes eleitos, a condição de aplicação da reserva do possível, a necessidade de se fazer "escolhas trágicas", o dever de respeito à Constituição são todos completamente reaproveitados da decisão anterior referente à saúde. Os acréscimos desses julgados em comparação ao STA 223-AgR são um excerto referente à legitimidade do

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. STA 223-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie; Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello. j. 14/04/2008, p. 28.

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 581.352. Rel. Min. Celso de Mello. j. 24/09/2013. Nessa decisão, o Ministro volta a escrever "vedação da proibição insuficiente" ao invés de "vedação da proteção insuficiente". O erro foi também cometido nas REs 488.208 e 738.255, como apresentado no tópico 3.2.1.2.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 759.543. Rel. Min. Celso de Mello. j. 28/10/2013.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 812.626. Rel. Min. Celso de Mello. j. 09/08/2016.

Ministério Público para propor Ação Civil Pública voltada à defesa de direitos metaindividuais e uma longa exposição que versa sobre o princípio da proibição de retrocesso¹⁵². Ela, por mais que exaustiva e repleta de conteúdo, pouco diz a respeito dos casos, que reivindicavam serviços ainda antes não prestados; não é possível falar de retrocesso se, em nenhum momento, houve qualquer prestação. Há, ainda, no RE 581.352 um parágrafo dedicado à relevância especial da assistência materno-infantil¹⁵³, tema em discussão no litígio. Esse desenvolvimento, ainda assim, não passou do plano abstrato do conceito; as particularidades da situação continuaram postas de lado.

O ARE 727.864 AgR¹⁵⁴, referente ao custeio estatal dos serviços realizados por hospitais privados que tratam de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU no caso de inexistência de leitos na rede pública, e o ARE 745.745 AgR¹⁵⁵, que tratava da rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, seguem linha expositiva idêntica à das decisões apresentadas, com a diferença formal de não serem decisões monocráticas. Ambos os julgamentos foram julgados pela Segunda Turma e tiveram votação unânime em favor da concessão de prestação social. No caso do voto do Ministro Celso de Mello na ARE 745.745 AgR¹⁵⁶, sequer foi mencionada a prioridade absoluta conferida pelo Art. 227 da Constituição Federal à criança e ao adolescente, ponto enfatizado reiteradamente pelo Ministro Gilmar Mendes na já analisada SL 235¹⁵⁷ e pertinente ao julgado em questão.

3.2.2.2. Gilmar Mendes

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 581.352. Rel. Min. Celso de Mello. j. 24/09/2013, p. 22-25.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 26

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ARE 727.864 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. j. 04/11/2014.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. ARE 745.745 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. j. 02/12/2014.

¹⁵⁶ Tendo em vista que o presente trabalho se foca no instituto da proibição de insuficiência, o foco da análise será sempre a decisão que citou o conceito, mesmo que o caso seja resolvido por órgão colegiado e, portanto, conte com mais de um voto.

¹⁵⁷ Ver tópico 3.2.1.

O julgamento relacionado ao direito à saúde inaugural do Ministro Gilmar Mendes é a Suspensão de Liminar 228¹⁵⁸. Nela, tratou-se da falta de Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) nos hospitais públicos do Município de Sobral – CE. A ação inicial dos Ministérios Públicos Federal e do Ceará tinha vistas à transferência de pacientes necessitados para hospitais que contassem com UTIs e à construção dessas unidades nos hospitais públicos da cidade. Após o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manter a decisão da 1ª instância que concedia o pleito, a União ajuizou a Suspensão de Liminar no STF.

Conforme dito anteriormente, a única menção que Gilmar Mendes faz em suas decisões à vedação de deficiência é sempre um mesmo parágrafo, já transcrito no tópico 3.2.1, no qual ele contrapõe o conceito à proibição de excesso e não faz referência expressa à proporcionalidade. Logicamente, é o caso na SL 223 também. Contudo, as razões expostas pelo Ministro para essa decisão variam muito daquelas já analisadas, referentes à SL 235.

A parte expositiva teórica da decisão do Ministro Gilmar Mendes é exaustiva e toca em diversos pontos importantes relativos à judicialização dos Direitos Fundamentais, em especial à dos direitos sociais¹⁵⁹. É abordado, por exemplo, em que medida os indivíduos podem exigir prestações de direito à saúde por vias judiciais e de que forma essa indagação se relaciona ao mínimo existencial e à reserva do possível¹⁶⁰. Esta última, quando comparado às decisões do Min. Celso de Mello, aparenta ter um relevo maior na razões de decidir de Gilmar Mendes: ele trata de temas como a escassez de recursos públicos e da decorrente necessidade da Administração fazer escolhas alocativas¹⁶¹ que muitas vezes impossibilitam uma efetivação satisfatória e

¹⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 228. Min. Gilmar Mendes. j. 14/10/2008.

¹⁵⁹ “Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização”, em Ibid. p. 6.

¹⁶⁰ Ibid., p. 4.

¹⁶¹ “Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas”, em Ibid., p. 6.

concomitante de todos os direitos fundamentais¹⁶². O argumento contrário à imiscuição do Judiciário na prestação de direitos sociais é resumido pelo Ministro da seguinte forma:

*"A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis."*¹⁶³

A fim de resolver esse entrave, o Ministro Gilmar Mendes recorre à Constituição Federal. Lá, ele se apoia i) no artigo 6º, o qual elenca os direitos fundamentais sociais, ii) no fato de que a Constituição não distingue os direitos individuais e coletivos dos direitos sociais, e iii) na cláusula que confere aos direitos fundamentais aplicação imediata (artigo 5º, §1º da CF/88), para chegar à conclusão que, independentemente da discussão doutrinária, a Constituição brasileira consagra os direitos sociais como plenamente eficazes e reivindicáveis¹⁶⁴. Ainda que seja feita uma ressalva quanto à lógica própria de cada tipo de direito – decorrente da estrutura e dos custos de cada um –, tal embasamento constitucional serve de bom argumento para, no contexto brasileiro, garantir aos indivíduos pretensões jurídicas por prestações de direitos sociais.

Diante de, por um lado, a grande relevância da manutenção da higidez orçamentária e, por outro lado, a competência dos privados para pleitear no

¹⁶² Outro ponto interessante levantado pelo ministro, ainda enfatizando a necessidade de escolhas alocativas, é o do que *"Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos"*, em *Ibid.*, p. 6. Essa linha de pensamento aparece também em LOPES (2008), p. 176-177.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 5-6. O tema foi tratado no tópico 2.1.4.1.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 9-10.

judiciário a prestação de direitos sociais, o Ministro Gilmar Mendes chega a uma conclusão. Ele constata que:

*"(...) ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos"*¹⁶⁵

*"Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia"*¹⁶⁶

Dessa conclusão decorre, ainda, uma outra afirmação central para o julgado, a saber:

*"(...) não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. (...) Dessa forma, a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde."*¹⁶⁷

É notável a diferença entre as abordagens dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello nas decisões estudadas: para este, há uma precedência definitiva do direito individual à saúde frente ao interesse do Estado de saúde orçamentária; para aquele, não existe hierarquia prévia definitiva entre esses dois princípios e, por isso, é preciso averiguar as

¹⁶⁵ Ibid., p. 8.

¹⁶⁶ Ibid., p. 10.

¹⁶⁷ Ibid., p. 11-12. O curioso é que, para ilustrar seu ponto, o Min. Gilmar Mendes cita parte de um voto do Min. Celso de Mello (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello), magistrado esse que, como visto nas páginas anteriores, tem método decisório completamente diverso.

circunstâncias de cada caso concreto para, através de uma ponderação, chegar a um veredito.

Se se afirmou que o método do Ministro Celso de Mello é incompatível com a proibição de insuficiência, o método do Ministro Gilmar Mendes parece coadunar-se com o instituto. Sendo assim, se na SL 235¹⁶⁸ a vedação de proibição deficiente aparece unicamente para justificar a existência de deveres estatais de prestação, na SL 228 parece ser possível entender a utilização do conceito como ferramenta decisória que enseje a ponderação de princípios, caso, como se verá à frente, o Ministro de fato sopesse com base nas particularidades do cenário concreto; não obstante a proibição de proteção insuficiente aparecer, em ambos os julgamentos, numa mesma frase e contexto, a variação no desenvolvimento das razões do juiz enseja uma compreensão diferente do que ela significou para cada caso.

No fim da exposição, e já encaminhando para a resolução do caso em pauta, Gilmar Mendes advoga pela criação de um critério para decisões judiciais a respeito de pedidos por efetivação do direito à saúde. Segundo ele, a maioria das omissões estatais referentes ao direito à saúde não são completas, mas parciais. É dizer, é mais comum o Estado implantar uma política pública falha do que a omissão ser decorrente de uma inação em absoluto. Para o Ministro, essa distinção é importante porque, no caso de omissões parciais, o Judiciário teria maior margem de manobra, uma vez que os outros poderes já teriam se movimentado; pelo contrário, na hipótese de uma omissão absoluta, seria necessário antes de tudo averiguar qual foi o motivo dessa inércia estatal¹⁶⁹. É importante destacar isso porque, em se tratando de vedação de deficiência, diferenciar essas duas situações é de fato fundamental, e a proposição do Ministro é extremamente valiosa. Infelizmente, como será visto nos próximos julgados de Gilmar Mendes sobre a saúde, o desenvolvimento de tal critério não prospera.

¹⁶⁸ Relativa aos direitos da criança e do adolescente, examinada no tópico 3.2.1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 15-16. A distinção entre omissão e ação insuficiente, e como lidar com cada uma, é tema recorrente nos escritos de Laura Clérico sobre proibição de deficiência. Cf. CLÉRICO (2008).

O Ministro separa claramente a parte em que faz a exposição sobre os tópicos teóricos relevantes para o assunto, da parte em que ele efetivamente se debruça sobre e julga o caso em questão. Essa delimitação é importante, porque apresenta os conceitos relevantes para o deslinde do litígio e facilita o controle da argumentação. Gilmar Mendes se vale desse método em todas as suas decisões sobre o direito à saúde. Se a maioria dos julgados até aqui analisados não trataram das particularidades do caso, o modelo de Gilmar Mendes consegue justamente evidenciar em que altura da decisão elas serão levadas em conta.

Essa novidade seria bem-vinda, não fosse o fato de que o Ministro, novamente, emprega sempre os mesmos argumentos em todas as decisões; ainda que seja aceitável copiar e transpor a exposição teórica de um julgamento para o outro, fazer o mesmo com as razões de decidir – logo após advogar pela criação de um critério que leve em conta as particularidades de cada caso – culmina numa motivação para decidir insatisfatória.

Ainda que sejam levantados pontos extremamente relevantes para aferir o nível de interferência sobre o direito à saúde na omissão da SL 228, como o número de leitos de UTI por pessoa na região, a superlotação perene dessas unidades, a inexistência de UTIs pediátricas e neonatais, o estado de miséria encontrado nos hospitais e mais outros, a mera descrição dos dados fornecidos pelas partes e pelas decisões das instâncias inferiores não é suficiente para configurar um juízo de ponderação sobre os fatos. Mais importante que isso, a transcrição dos exatos mesmos motivos para a não ocorrência de lesão à ordem pública e à economia pública, quando se tratando de julgamentos tão diferentes entre si, revela que a preocupação em considerar as particularidades de cada caso num processo de sopesamento não foi levada adiante. Isso é evidenciado, sobretudo, pelo fato de que todos os casos sobre direito à saúde julgados por Gilmar Mendes, tão diversos entre si, chegaram à mesma conclusão: concessão da prestação estatal.

Se outrora foi afirmado que a proibição de proteção insuficiente, nesse modelo de voto do Ministro Gilmar Mendes, poderia ser realmente entendida como ferramenta decisória, uma análise sobre o conjunto de decisões do

ministro revela que, mais uma vez, o conceito serviu como mero pretexto para o Judiciário conceder um pleito por prestação social.

Por mais que na situação da SL 228 sejam apresentados bons argumentos no sentido de que o fornecimento de saúde pública na cidade de Sobral estaria aquém do mínimo constitucional e legal¹⁷⁰, todos os outros oito casos¹⁷¹ julgados por Gilmar Mendes utilizam os mesmo argumentos e desaguam na mesma determinação sobre a prestação, independentemente das várias diferenças existentes entre eles. Não foi levado em conta se o caso tratava de pleito individual ou coletivo¹⁷², se se buscava a construção de unidades ou o fornecimento de remédios¹⁷³, se esses remédios estavam previstos na lista do Serviço Único de Saúde (SUS) ou não¹⁷⁴, se a responsabilidade era de um ente federativo ou de vários ao mesmo tempo¹⁷⁵. Isso quer dizer que, mesmo sendo tais fatos e a legislação pertinente a cada um deles apresentados pelo Ministro, não se elaborou qualquer argumentação em cima deles.

Na prática, isso significou que casos diversos, como um pleito por remédio constante na lista de SUS e outro pleito por remédio fora dela, tiveram como diferença fundamental em sua resolução poucas linhas, tais quais *"O alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento (...)"*¹⁷⁶ e *"O Município de Pelotas, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão, limitando-se a sustentar que o medicamento não consta das listas do SUS"*¹⁷⁷.

¹⁷⁰ O Ministro cita, por exemplo, o Secretário Municipal da Saúde de Sobral, que informa: *"na macro-região de Sobral, a proporção é de 88.000 pessoas para cada leito de UTI, enquanto a recomendação da Organização mundial de Saúde indica a necessidade de 10.000 pessoas para cada leito da UTI"*. Ibid., p. 20.

¹⁷¹ Em ordem cronológica, do mais antigo para o mais recente: STA 238; STA 278; STA 245; STA 277; STA 198; SS 3751; SS 3690; SS 3741

¹⁷² Por exemplo, STA 277 e SS 3690, respectivamente.

¹⁷³ Por exemplo, SL 228 e SS 3751, respectivamente;

¹⁷⁴ Por exemplo, STA 277 e STA 278, respectivamente

¹⁷⁵ Por exemplo, STA 245 e STA 238, respectivamente.

¹⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 198, Min. Gilmar Mendes, j. 22/12/2008, p. 22. No caso, o custo do remédio seria de R\$ 1.316.510,00, e o impacto anual no orçamento da saúde se somados os valores dos pedidos das ações que tramitavam na Justiça Federal referentes à doença em questão seria de R\$ 15.837.691,20 (p. 8).

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 245, Min. Gilmar Mendes, j. 22/10/2008, p. 21.

Há, contudo, uma observação importante a se fazer. Nos últimos três julgamentos do grupo examinado – as Suspensões de Segurança 3751¹⁷⁸, 3690¹⁷⁹ e 3741¹⁸⁰ –, o Min. Gilmar Mendes, após expor os seus pontos sempre reincidentes, colocou ao fim de sua decisão uma clara alusão à proporcionalidade¹⁸¹. Tomando a SS 3751 como exemplo, aduziu o Ministro: “*O fornecimento do medicamento Lamitor a paciente portador de problemas psiquiátricos, na hipótese dos autos, mostra-se necessário, adequado e proporcional*”¹⁸². Essa mesma locução se repetiu nos outros dois julgados, ressalvadas as alterações necessárias para conformar a decisão aos fatos do caso, por exemplo o nome dos requerentes e o objeto da reivindicação. Ou seja, nas três decisões foi afirmado que a concessão de medicamento pelo Poder Público era *necessária, adequada e proporcional*.

Para além do fato de não existir qualquer desenvolvimento explícito a respeito da afirmação, nota-se que é analisada a proporcionalidade não de uma *restrição estatal* a direito fundamental, mas sim de uma *medida positiva de fomento* a direito fundamental; não há que se falar em uma *proibição de insuficiência*, nem em uma *proibição de excesso*. Ao passo que a proporcionalidade é amplamente entendida como método decisório para avaliar se é legítimo o Poder Público limitar certo direito fundamental, Gilmar Mendes extrapola essa concepção e analisa caso a *promoção* estatal do direito fundamental é proporcional. Com certeza, trata-se de uma reviravolta no entendimento do que é a proporcionalidade, reviravolta essa que: i) ou não é bem pormenorizada como devia ser; ii) ou decorre de ato falho do julgador; iii) ou exemplifica como a proporcionalidade é tratada como recurso retórico vazio, do qual os ministros do STF lançam mão para ornar suas decisões¹⁸³.

¹⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3751, Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/2009.

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3690, Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/2009.

¹⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3741, Min. Gilmar Mendes, j. 27/05/2009.

¹⁸¹ Ainda que a ordem de apresentação das subregras esteja errada (com a *necessidade* precedendo à *adequação*), a menção dos três testes em conjunto deixa pouca margem a ceticismo quanto ao fato de ter sido feita uma referência à proporcionalidade.

¹⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3751, Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/2009, p. 21.

¹⁸³ A crítica do uso da proporcionalidade pelo STF já foi exemplificada na nota de rodapé 17.

Ao analisar esses mesmos julgamentos, Matricardi Rodrigues chega à conclusão de que Gilmar Mendes não controla a proporcionalidade do ato (comissivo ou omissivo) estatal, mas sim da decisão de segunda instância recorrida. Ele o faria, ainda, a partir da *proibição de excesso*¹⁸⁴. Essa tese, porém, não logra justificar o uso da proporcionalidade pelo Ministro. Seria possível que ele estivesse analisando o *excesso* da decisão judicial recorrida se esta frustrasse direitos fundamentais, ou seja, se ela não concedesse o remédio ao pleiteante. Não é o caso. Nos três julgamentos estudados, a decisão de segunda instância – que serve de objeto para a Suspensão de Segurança – acaba por deferir o provimento dos fármacos. Isso quer dizer que, ao invés das decisões recorridas limitarem o direito à saúde, elas, pelo contrário, o fomentam. A análise de proporcionalidade do Ministro, que nas primeiras páginas da decisão já havia citado tanto a *proibição de insuficiência* quanto a *proibição de excesso*, não se encaixa em nenhuma dessas classificações, uma vez que não analisa *limitação* de direito fundamental, mas sim uma *promoção* deles¹⁸⁵.

3.2.3. Educação

As decisões sobre educação contam com o único julgamento analisado nesta monografia não proferido por Gilmar Mendes ou Celso de Mello. Trata-se do voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário 597.854. Essa decisão é, também, uma das mais discrepantes entre as estudadas, e será

¹⁸⁴ “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”. Citação retirada de RODRIGUES (2009), p. 66.

¹⁸⁵ Pode-se conceber, por exemplo, uma análise acerca de quão proporcional foi a decisão de segunda instância que concedeu o remédio ao petionário, tendo como base a intervenção ao bem público da sanidade fiscal. Nessa hipótese, a proporcionalidade não analisaria uma intervenção a direito fundamental de indivíduo, mas sim uma medida excessiva do Estado cometida contra o princípio da “sanidade do orçamento público”. Como se vê, para que essa hipótese seja viável, o conceito de proporcionalidade teria que ser expandido a ponto de controlar a limitação de qualquer princípio (incluídos aí os interesses públicos), não só aqueles que são direitos fundamentais. Para que a afirmação do Ministro Gilmar Mendes faça sentido, ele precisaria explicar o que ele entende por proporcionalidade e por que ela pode servir para examinar não apenas a limitação, mas também o fomento de direitos fundamentais. Isso não é feito.

abordada no tópico 3.2.3.3. O primeiro ministro estudado neste tópico será Gilmar Mendes, já que foi ele quem emitiu o julgado inicial relacionado ao direito à educação.

3.2.3.1. Gilmar Mendes

O primeiro julgado relacionado ao direito à educação é a Suspensão de Tutela Antecipada 241. Ela é seguida pela Suspensão de Liminar 263, decidida 4 dias depois. Ambos os casos dizem respeito a Ações Civis Públicas que tinham como intuito obrigar o do Rio de Janeiro a preencher o quadro de professores em escolas estaduais do município de Queimados, na STA, e do município de São João do Meriti, no caso da SL. Devido à similaridade entre os dois casos, o Ministro Gilmar Mendes resolveu por emitir decisões idênticas, alterando somente os pronunciamentos das partes e do Ministério Público Federal.

Das decisões analisadas neste trabalho, a única de autoria de Gilmar Mendes e que já havia sido proferida quando da publicação da STA 241 é a SL 235, estudada no tópico 3.2.1. Não coincidentemente, a maioria dos argumentos de uma (SL 235) é reutilizado na outra (STA 241), que então é copiado para a terceira (SL 263). Ainda assim, o Ministro alterou certos trechos para que o direito em relevo seja o direito à educação, não o da criança e do adolescente.

O mesmo argumento usado na SL 235 – de que os direitos da criança e do adolescente contam com uma prioridade decorrente do texto constitucional – torna a aparecer na argumentação da STA 241 e da SL 263¹⁸⁶. Inalterado, também, está o parágrafo que trata da proibição de proteção insuficiente. Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes anota que o artigo 208, §1º da CF¹⁸⁷ consigna a dimensão subjetiva do direito à educação,

¹⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 241, Min. Gilmar Mendes, j. 10/10/2008, p. 7.

¹⁸⁷ Ibid., p. 6. Constituição Federal, Artigo 208, §1º: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo."

pelo menos no que diz respeito à sua parcela gratuita e obrigatória. Esse fato já impermeabiliza a decisão contra objeções que possam vir a ser feitas no sentido de que os direitos sociais não são reivindicáveis por seus titulares.

A parte final da sentença, que trata especificamente do direito à educação em abstrato, mais uma vez não se aprofunda nas particularidades de cada caso. Não poderia ser diferente, considerando que ela foi utilizada sem qualquer alteração em dois casos que, não obstante as múltiplas semelhanças entre si, são distintos. Os métodos utilizados pelo Ministro são os mesmo que na SL 235: prioridade constitucional do direito fundamental em questão, obrigação do ente federativo a prever tais gastos em seu orçamento, não incidência da reserva do possível e, conseqüentemente, não ocorrência de imiscuição infundada do Judiciário¹⁸⁸.

O que o Ministro faz, com efeito, é transcrever passagens relevantes de manifestações relativas aos detalhes dos casos, que podem servir para demonstrar a magnitude da interferência que a omissão estatal gera sobre o direito à educação. Dessa maneira, fatos a respeito da necessidade de professores terem de trabalhar turnos duplos, a falta de docentes para determinadas matérias e a inércia reiterada do Estado do Rio de Janeiro funcionam para traçar um contorno básico da situação enfrentada. Assim, ainda que ele próprio não verse sobre o nível de limitação do direito fundamental, a reprodução dos fatos serve como substituto rudimentar. Essa opção ainda não é suficiente, mas parece ser preferível a uma abstenção total no fornecimento de informações¹⁸⁹.

Há outro momento em que Gilmar Mendes trata do caso em particular. Ele afirma que:

"(...) se a realização de concurso público implica planejamento a longo prazo, e se a transferência de

¹⁸⁸ Tomar como exemplo o seguinte parágrafo: "Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de oferecimento de ensino fundamental, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento". Ibid., p. 15. Comparar com nota de rodapé 131.

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL 263, Min. Gilmar Mendes, j. 14/10/2008, p. 14.

professores de outros municípios implicaria comprometer o ensino em outras localidades, sempre resta ao poder público a contratação temporária desses profissionais, mediante processo seletivo simplificado”¹⁹⁰

Como visto ao longo do tópico 2.2, a proporcionalidade trabalha com o oferecimento de soluções alternativas para a medida estatal efetivamente sendo analisada, com o intuito de averiguar a existência de opção menos gravosa para o direito fundamental e que fomente o objetivo estatal no mesmo nível. No excerto destacado, o Ministro propõe uma alternativa ao governo do Estado do Rio de Janeiro. Ela não é, contudo, uma alternativa no sentido que pressupõe o teste da proporcionalidade.

Na proporcionalidade entendida como proibição de excesso, a intervenção estatal analisada deve ser comparada com alternativas que prejudiquem menos o direito fundamental por ela afetado; se aplicada como proibição de insuficiência, a omissão ou ação estatal insuficiente deve ser comparada com outras ações, à procura de alguma que fomente o fim estatal na mesma medida, ao mesmo tempo que prejudique menos o direito fundamental afetado – o direito à educação, neste caso. A proposta do Min. Gilmar Mendes, por sua vez, refere-se a um cenário no qual o Poder Público já foi condenado e passa por uma situação na qual se vê obrigado a realizar um concurso público num exíguo espaço de tempo; ela é, na verdade, uma resposta ao argumento consequentialista do Estado do Rio de Janeiro de que, se condenado, ele se veria num cenário impossível de acatar a decisão judicial sem comprometer algum outro interesse público ou direito fundamental. Isso não quer dizer que a observação do Ministro seja descabida ou não ofereça um bom argumento; significa, apenas, que não pode ser entendida como a realização do subteste da necessidade.

O outro julgamento do Ministro Gilmar Mendes relativo à educação é a STA 318. Nela, o Ministério Público demandava do Estado do Rio Grande do Sul a disponibilização de transporte para os alunos de Ensino Médio da rede municipal de ensino público na cidade de Lajeado. Em linhas gerais, o Estado

¹⁹⁰ Ibid., p. 13.

do Rio Grande do Sul, ao redarguir, alegou que não recaía sobre ele a completa responsabilidade pela omissão, uma vez que também seria incumbência do Município de Lajeado prestar tal serviço.

O notável a respeito dessa decisão é de que, ao contrário daquelas que a antecederam, não está a se tratar primariamente de um conflito *direito social X separação de poderes/orçamento público*, mas sim de um choque entre os princípios *direito social X federalismo*. A objeção central ao deferimento do pleito não é seu impacto financeiro ou a legitimidade do Poder Judiciário para afetar contas públicas, mas sim se realmente estaria a se tratar de uma omissão imputável exclusivamente ao Estado. Esse fato é reconhecido por Gilmar Mendes, já que, no meio de sua exposição usual afirmando a capacidade do Judiciário para efetivar direitos sociais, ele afirma: “*Nesse sentido, nem mesmo eventual fundamento na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88) socorreria o requerente*”¹⁹¹.

Isso não o impede, contudo, de valer-se do exato mesmo texto dos seus julgamentos anteriores sobre a educação, a STA 241 e a SL 263, cujo cerne versava justamente sobre separação de poderes. A reciclagem chega a escancarar-se de tal maneira que, em certo ponto, o Ministro esquece de trocar o nome do estado envolvido na disputa: ao invés de ele escrever Rio Grande do Sul, consta na decisão o Estado do Rio de Janeiro¹⁹². Em outras palavras, são oferecidas razões pertinentes à separação de poderes, quando na verdade o assunto tratado era o federalismo.

Mais uma vez a vedação de deficiência figura no mesmo parágrafo de sempre e, a julgar pelo resto do julgado, mais uma vez ela tem valor meramente retórico para a decisão.

3.2.3.2. Luiz Fux

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 318, Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/2009, p. 10. Vale anotar que a STA 318 é posterior a quase todos os já analisados julgamentos do Ministro a respeito do direito à saúde, nos quais é feita uma exaustiva exposição a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais. Tal exposição, presente em todas as decisões sobre saúde, não aparece nessa Suspensão de Tutela.

¹⁹² Ibid., p. 3: “*Contra tal decisão, o Estado do Rio de Janeiro interpôs no TJ (...)*”

O voto de Luiz Fux no RE 597.854 é o único julgamento analisado neste trabalho que não foi decidido por Gilmar Mendes ou Celso de Mello. É, inusitadamente, também aquele que mais se aproxima de empregar a vedação de deficiência como ferramenta decisória, ao mesmo tempo que inova na argumentação.

A querela em questão tratava da possibilidade de universidades públicas cobrarem mensalidade por cursos de pós-graduação. O litígio tomou forma quando um privado entrou com ação frente à Universidade Federal de Goiás (UFGO), reclamando seu direito de cursar a pós-graduação da instituição sem qualquer cobrança. Após a o juízo de primeira instância denegar o pedido do Autor e o TRF-1 reformar esse entendimento, o processo chegou ao STF via Recurso Extraordinário impetrado pela própria Universidade. Reconheceu-se a repercussão geral do caso, que foi então levado ao plenário do Supremo¹⁹³.

O relator do caso, Ministro Edson Fachin deu provimento ao recurso da Universidade, chegando à conclusão de que seria possível a cobrança de mensalidade em cursos de pós-graduação em sentido *lato*. O cerne da argumentação do Ministro foi a diferenciação entre atividades de pesquisa, extensão e ensino, distinção essa prevista na própria Constituição (por exemplo em seus artigos 207 e 213). Segundo ele, e em linhas gerais, enquanto o ensino público deveria ser financiado exclusivamente por recursos públicos, a pesquisa e a extensão poderiam captar recursos privados, por exemplo através da cobrança de mensalidades. Os cursos de especialização

¹⁹³ Não obstante o debate travado pelos ministros nesse julgamento ter girado em torno de como interpretar os dispositivos relacionados à educação presentes na Constituição para, ao fim, elaborar uma tese universal referente ao tema, entendeu-se que este caso não trata de prestação normativa do Estado, mas sim de uma prestação material. Dado o fato de que a parte nos autos era uma pessoa que reivindicava a possibilidade de educação gratuita, considerou-se a omissão estatal como fática. Ainda que, depois, o reconhecimento de repercussão geral ensejou uma expansão da discussão de um viés particular para um universal, o litígio continuou dizendo respeito ao indivíduo que buscava pós-graduação gratuita na UFGO.

são caracterizados pelo Ministro como pertencentes à pesquisa e extensão e, portanto, poderiam exigir contraprestação de seus alunos¹⁹⁴.

Ao final do voto do relator, foi iniciada uma discussão sobre a possibilidade de estender a permissão de cobrança para cursos de pós-graduação *stricto sensu*, ampliando a proposta inicial do Ministro Fachin. Nesse contexto, o Ministro Luiz Fux fez observações já relevantes para a monografia. Foi dito:

*“Na verdade, essa limitação que se impõe hoje às universidades públicas, que estão absolutamente sucateadas, demonstra que uma interpretação literal em contraposição a uma interpretação da **razoabilidade à luz da proteção ineficiente** consagra exatamente a necessidade de se atingir teleologicamente um alcance maior, não só dos dispositivos, mas também, eventualmente, da tese que se está debatendo (...)*

*“Então, essa possibilidade [de cobrar em pós graduação stricto sensu] que Vossa Excelência, generosamente, abriu, depois de abrir a primeira porta, que era a mais importante, acho que nós devemos também, à semelhança do que o Ministro Gilmar sugeriu, realmente aproveitar, **em nome do princípio que veda a proteção deficiente**, porque é inequívoco - e qualquer outra versão não é verdadeira -, as universidades públicas estão sucateadas”¹⁹⁵*

A primeira coisa a se notar é a menção da “*razoabilidade à luz da proteção ineficiente*”. Estaria ele se referindo à vedação de proteção insuficiente? Parece que sim, uma vez que, dois parágrafos depois, ele volta a referir-se ao “*princípio que veda a proteção deficiente*”. Mais à frente, ainda, o Ministro Fux afirma que “*(...) um dos princípios materiais de interpretação*

¹⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 597.854, Rel. Min. Edson Fachin, j. 26/04/2017, p. 13-14; 18-20.

¹⁹⁵ Ibid., p. 33-34. Negrito nosso.

da Constituição é o princípio da razoabilidade, que tem como subprincípio a vedação à proteção deficiente”¹⁹⁶. Não há dúvida de que ele está a tratar da proibição de insuficiência investigada neste trabalho.

Uma primeira observação: é ponto pacífico que a vedação de deficiência faz parte da proporcionalidade. Advogar por uma “razoabilidade à luz da proteção ineficiente” implica igualar a proporcionalidade à razoabilidade. Essa identificação pelo Ministro Luiz Fux é controversa e merece ser apontada¹⁹⁷. O segundo ponto relevante: o intuito do Ministro, ao trazer a proibição de insuficiência para o debate, é fugir de uma interpretação literal da Constituição, que vedaria a cobrança de mensalidade, e tomar uma aproximação teleológica ao assunto, de forma a conferir maior efetividade ao direito à educação, como será pormenorizado por ele. Essa eficiência seria alcançada pela possibilidade de cobrança, também, na pós-graduação pública *stricto sensu*¹⁹⁸.

Com efeito, em seu voto¹⁹⁹, o Ministro Luiz Fux admite que julga o caso por uma perspectiva pragmática, que busca acima de tudo conferir maior efetividade ao direito à educação²⁰⁰. Para tal, estaria a valer-se do princípio hermenêutico da vedação de insuficiência, que proporcionaria uma interpretação finalística da Constituição. É por esse motivo que:

¹⁹⁶ Ibid., p. 50.

¹⁹⁷ Vide nota de rodapé 27.

¹⁹⁸ Luiz Fux reconhece que propõe inovação que extrapola o texto da lei, ao exortar seus colegas: “O Supremo Tribunal Federal está habituadíssimo a proferir sentenças aditivas, sem problema nenhum. Aqui é o momento. (...) Hoje em dia - para uma análise econômica até do processo -, as partes têm que ter o máximo de resultado com o mínimo de esforço. Aqui é uma oportunidade de se ter o máximo de resultado pró-futuro, com o mínimo de esforço. Formalmente, num formalismo extremamente desnecessário, nós poderíamos até dizer: “não, a tese é essa e vamos ficar só nisso””. Ibid., p. 50-51.

¹⁹⁹ Ainda que neste trabalho se trate unicamente dos argumentos usados pelo Ministro pertinentes à proibição de insuficiência, deve-se notar que seu voto não se resume a isso. Luiz Fux aborda também outras justificativas para seu veredito, como a já mencionada distinção entre ensino, pesquisa e extensão.

²⁰⁰ “(...) a possibilidade de financiamento privado em cursos de pós-graduação decorre também do argumento teleológico. A melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam do direito à educação não pode ser aquela que conduz ao sucateamento da prestação do serviço público, com o evidente e imediato prejuízo do alunado e da sociedade. Ora, o **direito social à educação pública deve ser interpretado de forma a atender à sua máxima efetividade**, o que corresponde ao atendimento dos princípios e diretrizes dispostos pelo constituinte”. Ibid., p. 61. Negrito no original.

“(...) a tramitação da PEC 395/2014 macularia também o princípio da proporcionalidade, especialmente na sua vertente da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), na medida em que o processo legislativo vergastado se encaminharia para o esvaziamento da proteção constitucionalmente prevista ao direito à educação (...)”²⁰¹

“Dessa forma, tem-se que a atuação do legislador, ainda que constituinte, deve ser pautada pelo propósito de assegurar a máxima efetividade do direito fundamental. Tratando-se de direitos sociais, a proibição à proteção insuficiente pauta a extensão da obrigação positiva que pode ser exigida do Estado.”²⁰²

Há muito com que se trabalhar aqui. O Ministro Luiz Fux pela primeira vez atrela a proibição de proteção deficiente à proporcionalidade, mesmo que antes o tenha feito relacionando-a à razoabilidade. Isso parece sustentar a implicação feita anteriormente de que, para ele, os dois conceitos podem ser tomados como sinônimos. Ademais, a compreensão do Ministro sobre o que é a vedação de insuficiência é mais uma vez explicitada: para ele, tratar-se-ia de um princípio (entendido como mandamento de otimização) que impediria que certo direito fundamental tivesse sua efetividade fática tolhida abaixo de certo ponto. Ou seja, caso restasse assentada a gratuidade dos cursos de pós-graduação, o Estado descumpriria o seu dever de velar pelo direito à educação, porque a consequência seria o “sucateamento das faculdades”.

Em seguida, porém, Luiz Fux menciona obra doutrinária para alargar sua exposição sobre a proibição de excesso. No trecho transcrito, é ressaltada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o consequente dever de

²⁰¹ Ibid., p. 61. A PEC 395/2014 foi um projeto de emenda à Constituição que dirimia a dúvida colocada no caso, ao atestar a gratuidade dos cursos de pós graduação *stricto sensu* oferecidos por universidades públicas. Ainda que se pudesse argumentar que essa alteração facilitaria a cobrança de contraprestação por cursos de especialização, a vedação de cobrança no mestrado e doutorado aparentemente tornou o projeto indesejado para o Ministro Fux.

²⁰² Ibid., p. 62.

proteção estatal, que veda a inação do Poder Público²⁰³. Ou seja, a apresentação do conceito pelo Ministro se aproxima daquela feita por Gilmar Mendes, onde apenas os conceitos de imperativo de tutela, proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente são abordados. No caso de Fux, porém, há um complicador. Os autores citados por ele, dois parágrafos em seguida ao transcrito na decisão, apresentam a estruturação da proibição de deficiência como teste de proporcionalidade. Evidenciam, portanto, que o teste da vedação de insuficiência conta com três subtestes, análogos aos da proibição de excesso, pelos quais uma omissão estatal tem de passar para poder ser considerada constitucional²⁰⁴. Esse detalhe, fundamentalmente importante, foi aparentemente omitido pelo Ministro Fux em seu voto. É possível, contudo, identificar indícios de aplicação das sub-regras.

*“No caso, a restrição absoluta a qualquer forma de financiamento privado em universidades públicas, sem que tenha sido essa a vontade manifestada pelo constituinte originário, **sequer contribui para um outro objetivo legítimo**. Ainda que o fizesse, a possibilidade de se conceder bolsas, isenções ou empréstimos atenderia ao dever estatal de assegurar a equalização de oportunidades educacionais, o acesso aos níveis mais elevados de educação e formação para o trabalho, consistindo em **meio menos prejudicial ao direito à educação**”²⁰⁵*

Ao afirmar que a restrição a financiamento privado em universidade públicas não contribui para qualquer objetivo legítimo, o Ministro faz clara referência à primeira sub-regra da proporcionalidade, a adequação. Em seguida, ao propor a possibilidade do Estado fornecer financiamento àqueles que não pudessem arcar com as custas da educação, e afirmar que esse meio

²⁰³ Ibid., p. 61-62. A obra citada é a já mencionada Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (SARMENTO; SOUZA NETO (2012), p. 392).

²⁰⁴ Cf. SARMENTO; SOUZA NETO (2012), p. 393.

²⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 597.854, Rel. Min. Edson Fachin, j. 26/04/2017, p. 62. Negritos nossos.

seria menos prejudicial ao direito à educação, o ministro aplica a sub-regra da necessidade.

O interessante a se notar é que, segundo o voto, o Estado estaria se omitindo ao não permitir a cobrança de mensalidade; em outras palavras, a omissão decorreria de uma intervenção do Estado sobre as faculdades. Para ele, o Estado tem o dever de prestar uma não-intromissão, ou seja, tem o dever de não intervir. O Ministro, talvez inadvertidamente, acaba não fazendo um controle de proteção insuficiente, mas sim de proibição de excesso.

Ao tomar a vedação de deficiência como um princípio a proteger o direito à educação – e ao partir da premissa de que o financiamento exclusivamente público prejudica esse direito, enquanto o financiamento privado o fomenta –, Fux passa a controlar a intervenção que o Estado exerce sobre as faculdades ao privá-las de financiamento privado. A questão é que a proibição de proteção insuficiente controla omissões; o que controla intervenções é a proibição de excesso. A faculdade, no caso, não tem uma pretensão *prima facie* a uma prestação do Estado, mas sim a uma abstenção, qual seja, a de não tolher o direito da faculdade ao financiamento privado.

Apesar de aparentemente tratar a proporcionalidade como teste (ainda que só fazendo referência às sub-regras da adequação e necessidade e, portanto, deixando a proporcionalidade em sentido estrito de lado), o Ministro enxerga a proibição de proteção insuficiente como um princípio que comanda a máxima efetivação de um direito, e isso o leva a confundir o tipo de teste a ser realizado; ainda que alegue estar aplicando a vedação de proteção deficiente, ele está, em realidade, valendo-se da proibição de excesso.

3.2.4. Cárcere

Obviamente, não existe algo como um “direito ao cárcere”. O tema a ser tratado aqui é o da dignidade do encarcerado e da obrigação estatal de garantir condições dignas de vida para ele. É possível afirmar que o caso tratado neste tópico diz respeito à dignidade da pessoa humana. Por certo o

faz. Optou-se por caracterizá-lo como relativo ao tema do encarceramento, porém, com vistas a proporcionar maior especificidade à matéria abordada no julgamento.

Só um caso entre os estudados se encaixa nessa categorização²⁰⁶. É a Suspensão de Tutela Antecipada 241, o último julgado de Gilmar Mendes entre os examinados neste trabalho. Nela, discutiu-se a superlotação de certa Delegacia de Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Norte, consequência da falta de vagas nas cadeias públicas. A manutenção de presos – provisórios e já condenados – em número superior ao limite do estabelecimento acarretava na falta de respeito aos direitos dos reclusos, bem como no comprometimento da prestação de serviço de segurança por parte da Polícia Civil. Foi nesse cenário que o Ministério Público do Rio Grande do Norte entrou com Ação Civil Pública visando à obtenção de medidas que mitigassem a situação de limitação nos direitos fundamentais, dos presos e da população.

Não é tarefa fácil definir se a STA 241 trata de direito social. Por um lado, o pedido versa sobre prestação material do Estado, onerosa para os cofres estatais e instituída por política pública; por outro, é incorreto afirmar que a construção de penitenciárias pode ser adquirida de outros particulares, no mercado comum²⁰⁷. Ainda, pode soar estranho afirmar que um caso referente, sobretudo, ao direito à segurança seja um caso relativo a direitos sociais. É certo que o forte elemento da dignidade humana presente no caso enseja uma maior aproximação aos direitos sociais; o entendimento comum da dignidade humana como um grande “direito guarda-chuva”, que engloba todos os outros direitos, leva a essa linha de pensamento. No final das contas, o critério definitivo que sedimentou o preenchimento do suporte fático da monografia neste caso foram as próprias palavras do Ministro Gilmar Mendes ao resolver a STA 241. É o próprio julgador quem repetidamente afirma estar

²⁰⁶ Seria possível considerar também a SL 235 (tópico 3.2.1.1), que tratou da obrigação do Estado construir unidades de reclusão para menores infratores, como concernente ao presente tema. A argumentação do Min. Gilmar Mendes na resolução dela, contudo, teve foco nos direitos específicos da criança e do adolescente, conforme já analisado. Por isso, reputou-se mais correto encarar tal julgado como condizente à seara própria das crianças e adolescentes.

²⁰⁷ Essa é, por exemplo, a definição de direitos sociais encontrada em ALEXY (2017), p. 499. A definição de direito social usada neste trabalho encontra-se no tópico 2.1.3.

se tratando de um direito social. Considerou-se por bem acatar a caracterização do Ministro.

A decisão de Gilmar Mendes na STA 241 é baseada majoritariamente em razões já expostas nos seus julgados anteriores. Passa-se pelo parágrafo que distingue a proibição de excesso da proibição de insuficiência, afirma-se a necessidade de ação estatal positiva, rechaça-se a caracterização de lesão à ordem e economia públicas. Há, no entanto, um parágrafo em que o Ministro, brevemente, toca em uma particularidade relevante do caso:

"(...) a ordem judicial não determina a construção imediata de estabelecimentos prisionais. Pelo contrário, a decisão de segundo grau foi expressa em retirar o prazo de 6 (seis) meses para a criação de novas vagas e em submetê-la à implementação gradativa, estabelecendo apenas prazo para que o requerente apresente um plano de realocação dos presos, com autogerência quanto ao estabelecimento de metas para a tomada de providências essenciais à garantia da segurança pública"²⁰⁸

Em suas decisões, os momentos em que Gilmar Mendes foge dos argumentos genéricos costumam ser aqueles nos quais ele evidencia o direito fundamental em jogo, sem, no entanto, adentrar nos detalhes da situação. Não é o que ocorre dessa vez. Ainda que apenas apontando um fato e sem emitir qualquer juízo de valor, o Ministro apresenta algo relevante e único do caso. Por mais que esse parágrafo seja insuficiente para caracterizar por si uma ponderação, saber que não está a se ordenar a construção imediata de prisões, mas sim impondo que o Executivo elabore planos de realocação dos detentos, é extremamente importante para aferir o nível de afetação ao princípio da separação de poderes e para um eventual sopesamento. Nesse cenário, a vedação de deficiência poderia entrar em ação.

²⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 419, Min. Gilmar Mendes, j. 06/04/2010, p. 6.

3.2.5. Acesso à justiça

Os quatro casos examinados relativos ao direito de acesso à justiça foram proferidos pelo Ministro Celso de Mello num curto espaço de tempo: de junho de 2013 a fevereiro de 2014. Eles todos tratam de demandas pela instalação de defensorias públicas em localidades carentes de representação jurídica para a população hipossuficiente.

O primeiro julgado do grupo foi o AI 598.212, no qual exigia-se a expansão da recém criada Defensoria Pública do Paraná, até então restrita à capital Curitiba, para todo o estado. Nele, o Ministro não foge do já conhecido roteiro de expor a importância do direito fundamental em questão²⁰⁹, consignar a legitimidade do Judiciário para intervir em áreas de políticas públicas²¹⁰, questionar a motivação e a boa vontade do administrador público²¹¹, reconhecer a existência da reserva do possível, prontamente rechaça-la²¹² e, ao fim, prover o pedido de prestação. Tudo isso através do mesmo texto usado em suas decisões anteriores.

A proibição de insuficiência é mencionada na ementa da decisão e no corpo da pesquisa. Em ambos, Celso de Mello volta a errar o nome do conceito, chamando-lhe de “vedação da *proibição* insuficiente”. Como já dito, esse erro não compromete em si a decisão, mas poderia servir como indicador do menoscabo do Ministro para com o instituto.

A única parte que distingue os julgados relativos ao direito de acesso à justiça das outras decisões proferidas por Celso de Mello é aquela na qual ele discorre sobre esse direito fundamental em específico. O principal argumento a favor do relevo dele é o estado precário em que se encontra no contexto brasileiro, e sua funda centralidade para o exercício da cidadania, liberdade e igualdade. Esses fatores, ainda que repletos de razão, não são somados a considerações sobre o caso concreto e, por isso, não embasam

²⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 598.212, Min. Celso de Mello, j. 10/06/2013, p. 3-6.

²¹⁰ Ibid., p. 7; 16.

²¹¹ Ibid., 9-12.

²¹² Ibid., 13-15.

qualquer ponderação. Como de costume, a motivação do Ministro Celso de Mello resume-se a elucubrar acerca de conceitos abstratos e gerais para, num salto pseudológico, proferir a decisão do litígio.

A única diferença das outras três decisões sobre o tema – a AI 764.969, o RE 763.667 e o RE 795.749 – para a AI 598.212 é que, nestas, o Ministro corrige seu ato falho e não escreve “vedação da proibição insuficiente”. De resto, os julgados mantêm a mesma estrutura já observada.

3.2.6. Seguridade Social

O último direito social abordado é o da seguridade social. Há duas decisões relativas ao tema que serão aqui examinadas (Rcl 18.636, Rcl 25.363), ambas sentenciadas pelo Ministro Celso de Mello. Os dois julgados dizem respeito ao artigo 20, §3º da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS, Lei 8.742/93)²¹³. Nele, consta que a família com pessoa idosa ou com deficiência, para poder receber o benefício de prestação continuada, precisa comprovar renda mensal *per capita* inferior a um quarto de salário mínimo. Esse dispositivo foi declarado parcialmente inconstitucional quando do julgamento da Reclamação 4.374. Nela, o plenário do STF derrubou entendimento firmado anteriormente em sede de controle concentrado²¹⁴, e consignou que tal critério estipulado no art. 20, §3º da LOAS era demasiado baixo e incompleto; ele havia passado por *processo de inconstitucionalização*, de modo a não mais lograr refletir a realidade fática e normativa. Desse modo, configurou-se omissão inconstitucional parcial, o que levou a corte a revogar seu precedente e declarar o parágrafo parcialmente inconstitucional.

²¹³ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (...)

§3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Negrito no original

²¹⁴ Na ADI 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel p/ o Acórdão Min. Nelson Jobim.

As Reclamações 18.636 e 25.363, estudadas nesta monografia, insurgiram-se contra decisões judiciais que ratificaram recusas do Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) contrárias ao entendimento firmado na Reclamação 4.374. Tais decisões recusavam o pleito pelo benefício de prestação continuada feito por família com pessoa deficiente, mas cujo salário *per capita* era superior ao um quarto do salário mínimo previsto no dispositivo da LOAS. Argumentavam os reclamantes que a denegação do benefício pelo INSS era inconstitucional porque ia na contramão daquilo que havia sido julgado na Reclamação 4.374.

As Reclamações 18.636 e 25.363 podem ser separadas em dois momentos: um primeiro, onde se justifica por que o entendimento firmado em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232) pode ser revogado pelo que foi deliberado numa Reclamação Constitucional (Rcl 4.374) além de, seguindo adiante, por que o que foi decidido numa Reclamação Constitucional geraria efeitos jurídicos para terceiros, tais quais os pleiteantes das Reclamações 18.636 e 25.363; um segundo momento onde, uma vez assentada a relevância da primeira Reclamação para as duas subsequentes, resolve-se o caso concreto. É neste segundo momento que a vedação de deficiência se faz presente e, por isso, é ele que será analisado.

A menção ao conceito é feita, mais uma vez, somente na ementa do julgado. No entanto, o Ministro Celso de Mello desvia do usual e insere a proibição de proteção insuficiente num contexto diverso do que ele faz em todas suas outras decisões, onde ela é arrolada junto à proibição de excesso, proibição de retrocesso e a proteção ao mínimo existencial. Nas Reclamações em questão, a ementa indica:

*“(...) Injustificada recusa do INSS em conceder à beneficiária, que é portadora de graves deficiências físicas, o pretendido benefício assistencial. Inadmissibilidade dessa recusa administrativa, pois, caso acolhida, transgrediria, frontalmente, o **postulado constitucional que, dirigido ao Estado, veda a proteção insuficiente de direitos fundamentais** (como o direito à assistência social). **A***

proibição da proteção insuficiente como uma das expressões derivadas do princípio da proporcionalidade²¹⁵

A diferença é substancial. Em primeiro lugar, porque o conceito é atrelado à proporcionalidade, passo que não é dado nas decisões analisadas anteriormente (até mesmo no RE 812.626, que é cronologicamente posterior à Rcl 18.636); em segundo lugar, porque o Ministro é explícito ao tratar a vedação de deficiência como um “*postulado constitucional que (...) veda a proteção insuficiente de direitos fundamentais*”. Essa frase é de grande valor para ajudar a esclarecer o que Celso de Mello tem para si como proibição de proteção insuficiente (que em outros julgados ele se refere por vedação da proteção insuficiente). Nela, o Ministro deixa claro algo que seus julgados anteriores só deixavam margem para especulação: para ele, o conceito funciona de modo a impedir a limitação de direitos fundamentais. Nesse sentido, a proibição de deficiência não seria uma ferramenta para averiguar quando um direito fundamental é restringido justificadamente. Seria, na verdade, uma espécie de mandamento de otimização que prescreve a atuação estatal na efetivação de direitos fundamentais.

A diferença pode ser sutil, mas é importante. Ela remete ao debate terminológico trazido no tópico 2.2.3.1, no qual se discutia a natureza da proporcionalidade como princípio, regra, metaregra, comando, prova, teste ou critério. Conforme então apresentado, a denominação usual de “princípio da proporcionalidade” é tida por muitos como imprecisa. Isso porque os princípios seriam tipos de normas que prescreveriam a máxima efetivação de um valor tido pela ordem jurídica como relevante. O princípio do acesso à justiça, portanto, equivaleria a um mandamento que estabeleceria, em primeiro lugar, que o acesso à justiça é reputado importante pelo ordenamento jurídico e, em segundo lugar, que o Estado tem que agir de maneira a promover esse valor ao seu grau máximo. Os princípios seriam, então, mandamentos de otimização.

²¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 18.636, Min. Celso de Mello, j. 10/11/2015, p. 2-3. Negrito nosso.

A proporcionalidade (compreendendo aí a proibição de excesso e a proibição de insuficiência), entendida como uma ferramenta para examinar a limitação de direitos fundamentais, é claramente diversa de princípios que impõem a otimização de um objetivo, tais quais a separação de poderes, a eficiência e – se se admitir que direitos fundamentais também têm estrutura de princípio – o direito à saúde, por exemplo. Ela não estabelece a consecução de um valor até o seu grau ótimo. Na verdade, a proporcionalidade é um meio para resolver conflitos entre normas. Ou seja, ao passo que o direito à liberdade de expressão, enquanto princípio, ordena que o Estado atue tendo em vista a máxima efetivação do objetivo “liberdade de expressão”, o “princípio” da proporcionalidade não consiste na especificação de um fim a ser almejado, mas sim na estruturação de um meio para alcançá-lo²¹⁶. Tanto a vedação de deficiência quanto a proibição de excesso, como componentes da proporcionalidade, se encaixam nessa caracterização de meios para um fim; seu valor é instrumental.

Essa distinção parece passar ao largo do Ministro Celso de Mello. Ao caracterizar a proibição de proteção insuficiente como “*postulado constitucional que (...) veda a proteção insuficiente de direitos fundamentais*”, ele parece admitir que vê o conceito como uma ordem, emanada da Constituição, que proíbe o Estado de se omitir na realização de direitos fundamentais. A vedação de insuficiência deixa de ser uma ferramenta de medição, para se transformar numa prescrição constitucional, um mandamento de otimização, enfim, um princípio. Nesse sentido, ela não mais serve como a balança na qual se pesa o valor de princípios colidentes num caso concreto; ela própria vira um dos princípios, a ser colocado na balança para pesagem.

No caso das Reclamações 18.636 e 25.363, não é julgada uma colisão entre a *legalidade* (representada pela letra fria da LOAS) **X** o *direito à seguridade social*, mas sim um conflito entre a *legalidade* **X** o *direito à seguridade social* + o “*princípio*” da *proibição de insuficiência*. Por mais que

²¹⁶ Vide tópico 2.2.

a vedação de deficiência tenha sido cunhada para sopesar colisões, nos casos aqui analisados, ela acaba pendendo a balança para um dos lados.

3.3. Conclusão do capítulo

Inicialmente, verificou-se que não há linearidade cronológica no emprego da proibição de insuficiência para prestações fáticas de direitos sociais. Os julgamentos se concentram na época da presidência do STF pelo Ministro Gilmar Mendes e no período pós-2013, no qual o Ministro Celso de Mello passou a citar o conceito frequentemente. O único outro julgamento que se encaixou na proposta da monografia foi de 2017, proferido pelo Ministro Luiz Fux.

O direito fundamental social que mais ensejou a menção do instituto foi o direito à saúde, com ampla margem de diferença para o segundo colocado. O nível federativo mais vezes acionado por ter se omitido foi o dos estados. A estatística mais chamativa foi a que revelou com qual frequência o STF concede o pleito social. Dos 29 casos estudados, somente em um a proibição de proteção insuficiente foi mencionada de modo a denegar o pedido por prestação. Isso equivale a aproximadamente 3% dos casos.

Quanto ao emprego do conceito, não foi possível traçar um denominador comum a todo o STF. Na verdade, cada ministro utilizava a vedação de deficiência de seu próprio modo, sem qualquer conexão com as vezes que ela já havia sido usada por outro colega. Não houve diálogo entre os ministros no tocante ao conceito, já que sequer foram feitas referências às outras vezes em que ele fora mencionado anteriormente na Corte. A maior constante das decisões foi, como já exposto, a concessão do pleito social.

No caso do Ministro Gilmar Mendes, o instituto foi mencionado na mesma frase em todos os julgados (com exceção da SL 235, na qual houve também uma menção posterior ao instituto, mas sem qualquer diferença prática): ele era contraposto à proibição de excesso e justificava a existência de deveres estatais de prestação positiva. Disso, porém, não seguia qualquer

aprofundamento sobre o tema. A proporcionalidade não era mencionada diretamente, apenas no título da obra usada como referência. Na maioria das vezes, a argumentação do Ministro resumia-se a discorrer sobre diversos conceitos relacionados ao caso, sem em nenhum momento adentrar nos detalhes dele. Os julgamentos sobre direito a saúde, porém, contaram com uma exposição mais completa sobre o tema e uma maior preocupação em apresentar particularidades do litígio, ainda que o próprio Gilmar Mendes não tenha feito considerações próprias sobre eles e tenha julgado os processos de maneira igual, sem levar em conta suas muitas diferenças. No fim, não obstante o reconhecimento do Ministro da importância da reserva do possível e da necessidade por ponderação, todos os julgamentos foram favoráveis ao pleiteante.

Nas Suspensões de Segurança 3751, 3690 e 3741, o Ministro Gilmar Mendes valeu-se dos subtestes da proporcionalidade ao afirmar que a prestação de medicamentos para os autores das ações era necessária, adequada e proporcional. A frase do Ministro causa estranhamento porque a proporcionalidade é usada como ferramenta para averiguar quão justificável é uma limitação de direitos fundamentais, não sua promoção. Ao conceder a prestação e classificá-la como proporcional, Gilmar Mendes controla quão justificável é o fomento de um direito fundamental; não é sequer aplicação de proibição de excesso e muito menos de proibição de insuficiência.

O Ministro Luiz Fux citou a proibição de proteção deficiente apenas uma vez, no RE 597.854. Nela, o Ministro apresentou o conceito como decorrente da razoabilidade; ele seria um vetor interpretativo que visaria a conferir a máxima efetividade ao direito fundamental. Nesse sentido, se aproxima do entendimento, mais evidente nos votos de Celso de Mello, de que a vedação de insuficiência seria um mandamento de otimização. Curiosamente, porém, esse argumento foi usado para denegar o pleito social. Segundo o voto, caso o pedido de pós-graduação gratuita fosse concedido, a oferta da educação pública restaria comprometida. Mais adiante, ainda, o Ministro fez alusão aos subtestes da adequação e da necessidade. O controle feito por ele, contudo, incidiu sobre a proibição de financiamento privado das universidades públicas. Considerando que a proporcionalidade é aplicada sobre uma

intervenção estatal, o teste utilizado foi a proibição de excesso, não a proibição de insuficiência.

Com exceção dos dois casos referentes à seguridade social, o Ministro Celso de Mello, assim como o Ministro Gilmar Mendes, empregou a proibição de insuficiência sempre num mesmo contexto e sempre na ementa. Nessas vezes, ela foi colocada ao lado da proibição de excesso, proibição de retrocesso e proteção ao mínimo existencial, ainda que alguns destes parâmetros não eram sequer pertinentes ao caso em questão. De forma ainda mais acentuada que Gilmar Mendes, Celso de Mello esquivou-se das particularidades de cada situação e restringiu-se a apresentar generalidades sobre o direito fundamental em foco e a afirmar a legitimidade do Judiciário para intervir na Administração Pública. Não houve ponderação alguma em nenhum momento. Quando presente no corpo da decisão, a vedação de deficiência era mencionada no mesmo contexto que na ementa, ou seja, apenas relacionada aos outros três parâmetros constitucionais. O conceito parece ter menos importância do que nos julgamentos de Gilmar Mendes.

A menção à proibição de insuficiência nas Reclamações 18.636 e 35.363, porém, fugiu do padrão do Ministro; ela não foi colocada junto à proibição de excesso, à proibição de retrocesso e à proteção do mínimo existencial. Nesses julgamentos, o instituto foi associado à proporcionalidade. Mais importante que isso, Celso de Mello revelou que entende a proibição de proteção insuficiente como um imperativo a prestações estatais, que vedaria a inação do Poder Público quando ele devesse agir. Essa concepção mais aproxima o conceito a um princípio – que ordena a maximização de algum objetivo – do que a uma ferramenta decisória – usada para resolver conflitos entre normas.

Tal percepção sobre a vedação de insuficiência, se generalizada também ao Ministro Gilmar Mendes, pode elucidar o motivo pelo qual apenas um entre os 29 casos em que o conceito apareceu teve o pedido por prestação denegado.

4. Conclusão

"Pretende-se de fato que o direito como estudo de uma vida é mais do que uma ciência: ele pertence tanto à práxis quanto à techne. Particularmente, poderíamos sugerir que o aprendizado do direito que se satisfizesse com listar ou repetir ou mesmo aprender todas as regras e princípios jurídicos afirmados abstratamente não chegaria à iurisprudencia. Ela consiste nessas regras, princípios e valores implícitos trazidos a uma situação concreta, sopesados, equilibrados e finalmente aplicados para produzir uma resposta a uma questão concreta de direito que chega (quando bem feita) a ser iurisprudencia compreendida própria e totalmente" ²¹⁷

4.1. O que é proibição de insuficiência para o STF?

Uma conclusão da pesquisa é a de que não há uma maneira central com que o STF emprega a proibição de insuficiência ao julgar a concessão de prestação fática de direitos sociais. O que existe, na verdade, são os diferentes modos com que cada ministro traz o conceito para suas decisões. Isso não quer dizer, porém, que seja impossível traçar pontos de intersecção entre cada julgador.

O primeiro e mais flagrante ponto de intersecção é o de que cada ministro costuma citar a vedação de proteção insuficiente (em casos que se encaixam ao suporte fático do trabalho) sempre no mesmo contexto e com as mesmas palavras, já que suas decisões tendem a ser cópias quase idênticas de outros julgados passados. Essa conclusão decorre do exame de decisões dos dois ministros com mais de um julgado analisado, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Ainda que algumas vezes haja alterações pontuais relevantes de caso para caso – por exemplo, quando se trata de um direito fundamental diferente daquele previamente abordado – a maior parte do

²¹⁷ Trecho pertencente a MacCORMICK (2001), p. 81. Foi traduzido do inglês e citado primeiro em LOPES (2009), p. 78.

corpo das decisões é reaproveitado de sentenças anteriores, palavra por palavra.

Dessa primeira coincidência decorre uma segunda: quando suscitados, os detalhes de cada julgamento costumam ser levantados superficialmente e pouco contribuem para o desenrolar da decisão. Ora, se os Ministros reciclam seus julgados, logicamente não irão colocar as particularidades dos julgamentos em suas razões.

Quem mais se aproximou de expor propriamente os pormenores de cada caso foi o Ministro Gilmar Mendes em seus julgamentos sobre direito à saúde. Ele o fazia, porém, porque a sua fórmula de decisão para casos relativos à saúde assim exigia. Além da menção aos fatos relevantes, não se verificava qualquer racionalização do Ministro baseado neles. Mais que isso, enquanto o seu voto exortava o desenvolvimento de diferentes critérios de ponderação para diferentes casos, o Ministro Gilmar Mendes sentenciou todos os casos do tema – que variavam de pedidos por construção de hospitais, passando por pedidos de remédios existentes na lista do SUS ou não existentes na lista do SUS, a pleitos pelo fornecimento de leite de soja²¹⁸ – usando as mesmas palavras.

No caso do Ministro Celso de Mello, a reincidência nos argumentos era acompanhada de um aparente menosprezo para com a escassez de recursos e o interesse estatal de não ter seu orçamento manipulado pelo Judiciário. É recorrente a imputação ao Poder Público de criar “*obstáculo artificial*” que, através “*de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa*”, tem o “*arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar*”²¹⁹ a fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos. A julgar por suas palavras, as 14 omissões julgadas por ele e aqui estudadas foram decorrência da crueldade dos administradores públicos, tendo em vista que a incidência da reserva do possível foi afastada a cada vez.

²¹⁸ Cf. SS 3690, p. 18.

²¹⁹ Citações retiradas do AI 598.212, p. 14.

Num cenário onde não se decide o caso concreto – com todos seus detalhes e vilosidades –, mas sim um conflito abstrato de princípios que, uma vez resolvido, engendra a resolução de todos os casos que a ele se subsumem, não é possível falar de proibição de insuficiência. Ela, pelo contrário, pressupõe o choque *ad hoc* entre princípios, e fornece a solução de um litígio por vez. A julgar pelo índice estonteante de concessões de prestação e, acima de tudo, pelas razões repetidas dos ministros, esse conflito caso a caso não ocorria; para os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, no choque entre um direito social e o interesse público de preservar o orçamento estatal ou a separação de poderes, o primeiro sempre prevaleceria, seja isso admitido abertamente (como o faz Celso de Mello em decisões relacionadas à saúde²²⁰), seja escondido sobre uma suposta necessidade de ponderação *ad hoc*²²¹.

Fugiu à regra o voto do Ministro Luiz Fux no RE 597.854. Isso não somente porque ele teve apenas uma decisão analisada, mas também porque foi ele o único a associar a proibição de insuficiência com o direito fundamental em debate no caso. Não decorreu disso, contudo, um sopesamento entre os princípios em conflito: mais uma vez, detalhes do julgamento foram postos de lado²²². A ligação entre a vedação de deficiência e o direito à educação foi feita, na verdade, como se ela um princípio fosse. O Ministro é claro ao afirmar que a proibição de proteção insuficiente funciona de modo a garantir maior efetividade ao direito à educação. Esse entendimento é similar ao esposado por Celso de Mello nas Reclamações Constitucionais 18.636 e 25.363. Neles, a vedação de deficiência é um mandamento de otimização.

Já foi dito que a proibição de insuficiência não é um conceito unívoco. Para o pouco que foi abordado sobre ela na doutrina e jurisprudência, há

²²⁰ Por exemplo, STA 233-AgR, p. 35-36.

²²¹ Por exemplo, SL 228, p. 8; 10.

²²² Nesse caso, porém, o Ministro Fux tem ainda uma justificativa razoável: por mais que o julgado fosse um Recurso Extraordinário, fruto do controle difuso de constitucionalidade, o reconhecimento de repercussão geral fez com que o litígio perdesse seu valor particular e adquirisse caráter universal. Os detalhes referentes ao pleiteante, que moveu ação contra a UFGO pela gratuidade da pós-graduação, acabam sendo naturalmente mitigados frente ao impacto generalizado que a decisão terá.

menos ainda sistematizado. Ao contrário da proibição de excesso, que já conta com diferentes estruturas sólidas e delineadas, bem como pontos de partida epistemológicos, a vedação de proteção deficiente engatinha em seu desenvolvimento. Falar sobre ela, se comparado a outros institutos já mais bem sedimentados, beira o tatear no escuro.

Não por isso deva se aceitar qualquer subjetivismo. Sabe-se, por exemplo, que a proibição de deficiência diz respeito a deveres estatais de prestação. É pacífico, também, que ela é a contraparte da proibição de excesso. Sendo assim, é possível afirmar que se trata de método avaliativo de limitações a direitos fundamentais. Mas quais direitos? Justamente aqueles decorrentes do supracitado dever estatal de prestação, quais sejam, os direitos individuais a prestação. Mesmo que seja pouco, ter para si que, ao se falar de proibição de insuficiência, está se tratando de ferramenta para julgar casos de limitações a direitos prestacionais é, já, um ponto de partida com o qual se pode trabalhar. O capítulo 2, dedicado à exposição de temas sobre direitos fundamentais, proporcionalidade, proibição de excesso e proibição de insuficiência tinha como objetivo, justamente, tentar construir o maior *topos* possível para abordar o assunto. Ao mesmo tempo – e em sentido contrário –, dada a maleabilidade do conceito, existiu o esforço para não definir a vedação de deficiência de maneira demasiadamente inflexível; não era desejável impor aos ministros um critério não só criado posteriormente às suas decisões, como também intransigente. Isso quer dizer: prezou-se pela objetividade e, ao mesmo tempo, pela fluidez.

Não obstante essa aspiração por elaborar um critério avaliativo concomitantemente definido e tolerante, o entendimento de que a proibição de insuficiência é um mandamento de otimização não pode ser aceitado. Conforme explicado, para além de todas as dúvidas que rondam o instituto, as poucas certezas sobre ele impedem a sua interpretação como um princípio. Desde o seu surgimento com *Canaris*, passando pelo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário²²³, é clara a sua natureza de ferramenta para a resolução de casos. Sua associação com o teste da proporcionalidade apenas

²²³ Vide tópicos 2.2.2 e 2.2.3.

serve para evidenciar que a vedação de deficiência, antes de ser princípio, é na verdade um teste (assim como a proibição de excesso). E isso remete a outro ponto relevante da pesquisa.

Ainda que a doutrina nacional e internacional seja quase unânime quanto à ligação entre os conceitos de proporcionalidade e proibição de insuficiência²²⁴, poucas vezes os ministros explicitaram isso. Não obstante, cada um o fez pelo menos uma vez, de alguma maneira. O Ministro Gilmar Mendes mencionou os subtestes da necessidade, adequação e proporcionalidade nos parágrafos finais das Suspensões de Segurança 3751, 3690 e 3741 (além de retirar a proibição de insuficiência de uma referência doutrinária cujo nome contém a palavra proporcionalidade em alemão); o Ministro Celso de Mello fez a associação nas Rcls 18.636 e 25.363; e no único voto do Ministro Luiz Fux aqui analisado, RE 597.854, a proibição de insuficiência foi relacionada tanto à proporcionalidade quanto à razoabilidade.

Não obstante, apenas em decisões dos Ministros Fux e Mendes se aproximou de algo semelhante ao teste da proporcionalidade. Em nenhuma dessas vezes, contudo, a proporcionalidade aplicada foi a vedação de deficiência. Enquanto Luiz Fux aplicou uma proibição de excesso velada, o Ministro Gilmar Mendes valeu-se dos testes da proporcionalidade para avaliar a constitucionalidade de uma promoção de direito fundamental. Celso de Mello, nas vezes que menciona a proporcionalidade, não trabalha a vinculação entre os dois conceitos.

Diante do fato de que a proibição de insuficiência não enseja nem um sopesamento entre um direito prestacional e um outro princípio, nem leva a uma aplicação dos subtestes da proporcionalidade para avaliar uma omissão estatal, a conclusão desta monografia é similar àquela alcançada por Matricardi Rodrigues em 2009²²⁵: nos casos de reivindicação por prestação estatal fática de direitos sociais, os ministros do STF não aplicam a proibição de insuficiência, ainda que a mencionem em suas razões.

²²⁴ Vide tópico 2.2.3.

²²⁵ RODRIGUES (2009), p. 75.

Seria isso um equívoco dos ministros? A reciclagem de decisões é fruto do volume colossal de processos a serem resolvidos por cada juiz do STF? Ao contrário, estariam eles se valendo de um conceito pouco conhecido para extrapolar suas atribuições e, conseqüentemente, ganhar mais poder²²⁶? Não há como obter resposta para essas perguntas, pelo menos não através dos resultados deste trabalho sozinho. O fato é o de que, nos casos analisados, ainda que a proibição de insuficiência seja trazida à tona pelo ministro, ela não é de fato aplicada.

Referências

ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. In: *Legisprudence*, Volume 3, p. 1-17, 2009.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 511-524, jul. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

²²⁶ Esta pergunta representa uma teoria que embasou a hipótese deste trabalho, e é similar à "hipótese não científica" em RODRIGUES (2009), p. 14, conforme apresentado no tópico 1.1.2.

BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. In: *Discusiones: Derechos Sociales*, n. 4, p. 99-144, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, p. 29-56, mai./ago. 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

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, p. 115-160, 2008.

CLÉRICO, Laura. El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retrocesso. In: CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín; RONCONI, Liliana (coords.). *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 1043-1110.

CLÉRICO, Laura. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable. In: DUARTE, David; SILVA SAMPAIO, Jorge (Eds.). *Proportionality in Law*. Cham: Springer Publishing, 2018, p. 25-48.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lenio. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF, *Consultor Jurídico*, 11 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DO VALE, André Rufino. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (org.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 221-247.

GRIMM, Dieter. The protective function of the state. In: NOLTE, G. (Ed.). *European and US Constitutionalism*. New York: Cambridge, 2005, p. 137-155.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HERCK, Gil Pierre. *Princípio da Proporcionalidade e Argumentação: estudo dos votos do Ministro Gilmar Mendes nos casos de liberdade de expressão*. Monografia da Escola de Formação da sbdp em 2014. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/254_Gil-Pierre-Herck.pdf. Acesso em 17 nov. 2018.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance, *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, 2013, p. 354–382.

KLATT, Matthias. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global (trad. João Costa Neto), *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 7, no. 1, jan./jun. 2014, p. 23-41.

KLATT, Matthias. A Proporcionalidade Como Princípio Constitucional universal, *Revista Publicum*, Número 1. Rio de Janeiro, 2015, p. 30-70.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 173-193.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: LISBOA, Wladimir Barreto; STORCK, Alfredo Carlos (Orgs.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 43-80.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203.

MacCORMICK, Neil. De iurisprudencia. In: CAIRNS, John; ROBINSON, Olivia (Orgs.). *Critical Studies in ancient law, comparative law and legal history*. Oregon: Hart Publishing, 2001.

MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*. Escola de Formação, SBDP, 2009. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158_MLF.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: BARBIERI, Catarina Heleno Cortada; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011-A, p. 363-380.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision, n. 31, *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 273-301, 2011-B.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 915-937.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando et al (Orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 735-747.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios, *Consultor Jurídico*, 16 nov. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 17 nov. 2018.

YOUNG, Katherine. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In: JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (Org.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 248-272.

Casos citados

Supremo Tribunal Federal

HC 84.424; Ag. Reg. STA 223; SL 235; STA 241; SL 263; SL 228; STA 238; STA 278; STA 245; STA 277; STA 198; SS 3751; SS 3690; STA 318; SS 3741; STA 419; Rcl 4.374; AI 598.212; AI 764.969; RE 488.208; RE 763.667; RE 581.352; AI 759.543; RE 738.255; RE 795.749; ARE 727.864; ARE 745.745; Rcl 18.636; RE 812.626; Rcl 25.363; RE 597.854.

Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE)

BVerfGE 7, 198; BVerfGE 24, 367; BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203