

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA DE DIREITO DISCIPLINA MONOGRAFIA II – 1º SEM.2022
COORDENAÇÃO DE PESQUISA**

Mauricio Samuel Maia Rattes

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E O STF: O princípio da proporcionalidade para a garantia dos direitos fundamentais no Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Bianor Saraiva Nogueira Junior

Manaus
2023
Mauricio Samuel Maia Rattes

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E O STF: O princípio da proporcionalidade para a garantia dos direitos fundamentais no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de graduação da Universidade do Estado do Amazonas, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Bianor Saraiva Nogueira Junior

Manaus
2023

Nome Completo do Estudante

PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E O STF: O princípio da proporcionalidade para a garantia dos direitos fundamentais no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de graduação da Universidade do Estado do Amazonas, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Bianor Saraiva Nogueira
Junior

Aprovado em:

(título e nome de elemento que compõe a banca examinadora)

(data)

(título e nome de elemento que compõe a banca examinadora)

(data)

(título e nome de elemento que compõe a banca examinadora)

(data)

RESUMO

A Constituição da República Federativa de 1988 denominada de constituição cidadã possui como corolário maior a guarda da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado nacional deve garantir condições mínimas de existência para os seus cidadãos. Para isso, estão elencados na Constituição do Brasil tanto os direitos humanos como os direitos e garantias fundamentais. Todos estes têm o intuito de zelar pelo bem de todos. Deste modo, a ordem jurídica pátria em seu bojo enaltece princípios da igualdade, liberdade e fraternidade advindos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 a qual reivindicava o bem de todos contra os privilégios de alguns. Por conseguinte, para fazer valer os direitos e garantias fundamentais e estabelecer uma ordem jurídica justa, o Estado brasileiro atual se organiza em entes políticos que se estruturam em uma tripartição dos poderes onde suas respectivas atribuições estão vinculadas em leis de maneira que os poderes políticos além de representar o Estado devem cumprir e fazer cumprir o que consta na legislação. Neste sentido, é dever do Estado promover o bem de todos os cidadãos a fim de zelar pelos direitos fundamentais os quais apenas podem ser restringidos de acordo com critérios de proporcionalidade, ou seja, de adequação e necessidade diante do caso concreto. Logo, é inaceitável no Estado Nacional a proteção insuficiente aos direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, o STF já trouxe inúmeras decisões a respeito da proibição ao princípio da proteção insuficiente colocando-o como violador dos direitos fundamentais do indivíduo. Assim, o objetivo geral deste trabalho é explanar o caráter e a necessidade do Estado em promover os direitos fundamentais sob pena de proteção insuficiente e violação dos mesmos.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Proteção Insuficiente.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of 1988 called the citizen's constitution has as a major corollary the protection of the dignity of the human person. That is, the national State must guarantee minimum conditions of existence for its citizens. For this, the Brazilian Constitution lists both human rights and fundamental rights and guarantees. All these are intended to ensure the good of all. In this way, the legal order of the country in its wake extols principles of equality, freedom and fraternity arising from the Declaration of the Rights of Man and Citizen of the French Revolution of 1789, which claimed the good of all against the privileges of a few. Therefore, in order to assert fundamental rights and guarantees and establish a fair legal order, the current Brazilian State is organized into political entities that are structured in a tripartition of powers where their respective attributions are linked in laws so that political powers, in addition to representing the State must comply with and enforce compliance with the legislation. In this sense, it is the duty of the State to promote the good of all citizens in order to ensure fundamental rights, which can only be restricted according to criteria of proportionality, that is, adequacy and necessity in the face of the concrete case. Therefore, insufficient protection of the fundamental rights of the citizen is unacceptable in the National State. In this sense, the STF has already brought numerous decisions regarding the prohibition of the principle of insufficient protection, placing it as a violator of the fundamental rights of the individual. Thus, the general objective of this work is to explain the character and need of the State to promote fundamental rights under penalty of insufficient protection and violation of them.

Keywords: Dignity of the Human Person. Fundamental rights. Insufficient Protect

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988. Caracterizam-se como direitos protetivos os quais devem ser protegidos pelo Estado para dar garantias mínimas de existência aos cidadãos e fazer valer o corolário maior da dignidade da pessoa humana. São alguns exemplos de direitos fundamentais: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, entre outras.

Os direitos fundamentais não podem ser abolidos, apenas restringidos na forma da lei. Deste modo, não existe direitos fundamentais absolutos. Ou seja, os direitos fundamentais, diante de um caso concreto, podem ser relativizados, principalmente se

houver a necessidade de se proteger outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição.

Assim, caso se verifique a colisão entre os direitos fundamentais, como por exemplo o direito à liberdade de expressão em choque com o direito à vida privada, o julgador adotará o princípio da ponderação para verificar quais dos direitos em conflito possuem um peso maior.

Neste sentido é que se adota o princípio da proporcionalidade, ou seja, por meio deste princípio é que se estabelece um peso para cada um dos direitos fundamentais existentes e analisados em determinado caso concreto para que se chegue a uma solução harmônica e equilibrada.

Os direitos e garantias fundamentais caracterizam-se como próprios de uma determinada ordem jurídica. Por meio deles que o Estado faz valer, através de seus entes políticos, a dignidade da pessoa humana e de uma vida digna aos seus cidadãos.

Diante do exposto, a elaboração deste artigo utilizou como metodologia a revisão sistemática de literatura e se concentrou em publicações dos últimos dez anos armazenadas nas bases de dados on line SCIELO e portal de Periódicos CAPES e como descritores para a busca: direitos fundamentais; direitos humanos; princípio da proporcionalidade, proteção insuficiente. A problemática do trabalho visou responder o seguinte questionamento: De que forma o princípio da proteção insuficiente caracteriza-se como afronta aos direitos fundamentais do cidadão na ordem nacional? Desta maneira o objetivo geral do trabalho foi: estabelecer um paralelo entre o princípio da proporcionalidade e do princípio da proibição da proteção insuficiente como garantidores dos direitos fundamentais no Brasil. Os objetivos específicos foram: Expor a diferença entre os conceitos referentes a regras e princípios. Discorrer sobre a natureza jurídica dos direitos fundamentais. Pontuar os principais aspectos atinentes ao princípio da proporcionalidade. Enfatizar as características primordiais do princípio da proteção insuficiente. Explanar alguns casos do STF que tiveram como fulcro a proibição do princípio da proteção insuficiente como garantidor da efetividade de direitos fundamentais dos cidadão. Deste modo a justificativa deste artigo foi promover o debate em cima do tema, principalmente no que diz respeito à relevância que possui

o princípio da proibição da proteção insuficiente para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e da dignidade da pessoa humana.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

É notório a crescente utilização por parte do Supremo Tribunal Federal do que muitos denominam de princípio ou regra da proporcionalidade, sobretudo quando analisadas as discussões mais recentes em decisões envolvendo casos de colisões entre direitos fundamentais.

Entretanto, diversos são os casos em que tais deliberações carecem de rigor teórico e de rigor metodológico, fazendo com que muitas das vezes tal postulado venha a ser utilizado com certo grau de banalidade a fim de justificar uma tese acríica ou pouco examinada.

Sendo assim, para que haja uma melhor compreensão e análise acerca do tema, se faz necessária uma breve estruturação conceitual dos preceitos basilares que constantemente estão a orbitar deliberações envolvendo o postulado da proibição de proteção deficiente, como é o caso da exigibilidade dos direitos sociais, a dicotomia entre princípios e regras, a discricionariedade do legislador e uma estruturação lógica do postulado da proporcionalidade em suas facetas da proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, bem como o papel da autoridade jurisdicional atuante como garantidora dos direitos fundamentais.

2.1 Conceito de princípios e regras

O debate central sobre a distinção conceitual entre princípios e regras surge como uma tentativa de responder uma pergunta central da hermenêutica jurídica: Quem ou o que poderia vir a limitar o aplicador do direito?

Para a concepção positivista clássica, o ordenamento jurídico seria composto por um sistema fechado segmentado apenas pelo conjunto de regras fundamentais que deveriam limitar o poder do aplicador do direito, devendo este se manter sempre dentro daquela moldura.

Em contrapartida, os princípios não possuiriam este cunho limitador e serviriam apenas como meros norteadores de caráter secundário das decisões dos aplicadores do direito. Afinal, estas não fariam parte do conjunto fundamentalmente fechado de regras impostas pelo legislador.

Contudo, conforme nos ensina Amorim, com o aumento da notoriedade da escola pós-positivista do direito, liderada por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, os princípios adquirem finalmente grau normativo, firmando, portanto, um ônus na esfera deôntica, isto é, o estabelecimento do dever de fazer e não fazer, como mandamento, proibição ou permissão.

A autora continua ainda a nos explicar o papel fundamental desempenhado pela teoria principiológica desenvolvida e aprimorada por Alexy, pois é um ponto crucial na solução de problemas envolvendo a dogmática dos direitos fundamentais.

Afinal, sem uma diferenciação metodológica criteriosa é impossível o estabelecimento do limite de atuação e a divisão de competências do Tribunal Constitucional e o parlamento.

Ademais, uma análise metodológica criteriosa permitiria a possibilidade de dar respostas fundamentadas de maneira racional em decisões envolvendo direitos fundamentais.

Cabe ainda ressaltar que antes dos avanços desempenhados por Alexy, conforme nos ensina o doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes ao reproduzir os ensinamentos de Canotilho a análise da dicotomia entre princípios e regras se atinha a critérios majoritariamente quantitativos (tese fraca) como o grau de abstração, o grau de determinabilidade, o caráter de fundamentalidade dos princípios e a sua natureza normogénica.

Entretanto, conforme explicita o autor, a doutrina contemporânea se ateve ao critério qualitativo (tese forte) da diferenciação entre princípios e regras, levando em consideração a forma de aplicação de cada um dos dois tipos de norma nos casos de colisão.

Ao tratar da tese qualitativa dois são os autores que se destacam e possuem especial relevância acerca do tema, são eles: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Devido à

limitação do espaço, é necessário se limitar a uma exposição, ainda que breve, de ambas as teses.

O primeiro autor de fundamental importância para a compreensão do tema é Ronald Dworkin. Afinal, antes de Dworkin as regras deveriam servir apenas como meras fontes supletivas do direito, integrando baixo grau de hierarquia e tendo como principal função evitar o vazio normativo das regras. Entretanto, o autor argumenta em desfavor dessa concepção ao explicitar que um sistema composto unicamente por um conjunto de regras seria incapaz de fundamentar Hard Cases.

Neste sentido, conforme nos ensina o professor Virgílio Afonso da Silva:

[...] Segundo Dworkin, o positivismo, ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial. O juiz, nesses casos, cria direito novo.

Ademais, ainda segundo professor Virgílio Afonso da Silva, fica explicitado que para a teoria principiológica de Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso, enquanto as regras possuiriam apenas a dimensão de validade. Sendo assim, uma vez que determinada regra não seja usada em sua integralidade não seria aplicável.

Desta forma, as regras devem ser aplicadas pelo critério de tudo ou nada. Já os princípios, uma vez que possuem a dimensão de peso, tende a prevalecer aquele que é mais relevante para o caso concreto analisado.

Entretanto, não se estaria diante de uma invalidade, pois embora não tenha sido suficientemente decisivo, é possível que em outro momento o princípio ora cedido venha a prevalecer.

O ponto de partida da tese de Alexy parte de um pressuposto parecido ao de Dworkin, uma vez que em ambos os casos se parte da ideia de uma teoria qualitativa da distinção entre princípios e regras.

Por outro lado, o autor complementa ainda a ideia de Dworkin ao definir que os princípios devem atuar como mandamentos de otimização que devem ser

realizados na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Nestes termos, conforme nos ensina Amorim:

[...] Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Desta forma, é possível inferir diante do exposto acima que os princípios não constituem mandados definitivos, possuindo apenas caráter *prima facie*. Portanto, é perfeitamente possível que um princípio venha a ceder em determinada hipótese frente a outro, e que este mesmo princípio venha a prevalecer em um diferente caso concreto.

3 DIREITO, SUAS RESTRIÇÕES E SUAS VIOLAÇÕES

O enfoque principal do tópico em questão é analisar a relação entre o direito e seus limites. O ponto central para o desenvolvimento do tema é a oposição entre as teorias internas e externas, expondo ainda os motivos pelos quais a adoção de uma teoria interna dos limites imanentes não seria compatível com a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, ora defendida.

Para a teoria interna, a fixação dos limites de determinado direito é algo interno a ele mesmo. Em outras palavras, o direito e suas restrições são um conjunto uno e sua definição de conteúdo é feita antecipadamente, logo, sua extensão independe de fatores externos. Sendo assim, seria impossível haver uma colisão entre princípios capaz de diminuir o âmbito de proteção de um deles, visto que os próprios limites do

direito são ele mesmo. Neste molde, conforme nos ensina o professor Virgílio Afonso da Silva:

[...]Assim, de acordo com a teoria interna, "existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes". A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

Desta forma, para Virgílio Afonso da Silva, é impossível aferir a compatibilidade de uma teoria interna e a teoria dos princípios ora defendida. A razão é simples, e merece ser transcrita:

[...] Por consequência, se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental, essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*.

Em contrapartida, para a teoria externa das restrições, tanto o direito quanto suas restrições configuram polos diferentes de um mesmo objeto. Sendo assim, embora possa parecer uma diferenciação meramente teórica, tem, na verdade, uma fundamental importância na dogmática dos direitos fundamentais, visto que é por meio desta distinção que se pode chegar à conclusão de que o direito definitivo não é definido *a priori*, mas sim nos casos concretos após a aplicação do postulado da proporcionalidade.

Ademais, é ainda necessária uma breve diferenciação entre a violação de um direito fundamental e a restrição de direito fundamental. Para isso, há de se fazer uma exposição de dois conceitos norteadores do tema: (1) O conceito de suporte fático e (2) a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O suporte fático da norma não é um assunto exclusivo ao ramo do direito constitucional, e embora possa parecer obscuro, seu conceito é mais simples que se possa imaginar.

Desta forma, buscando auxílio em outros ramos do direito, é possível conceituar suporte fático como o conjunto de requisitos da norma para que quando preenchidos ativem uma consequência jurídica.

O art. 155, do código penal determina que: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Logo, para que a consequência jurídica seja ativada é necessário que alguém tenha coisa móvel subtraída para satisfazer interesse alheio.

Contudo, em matéria de direito constitucional a questão não é tão simples assim, uma vez que quatro perguntas possuem difícil resposta, conforme novamente nos expõe Virgílio Afonso da Silva:

[...] Muito diferente são as disposições que consagram direitos fundamentais. Como definir o suporte fático de normas como as que garantem a igualdade, a liberdade de expressão ou o direito à privacidade? Os textos normativos nos quais tais normas se baseiam têm redação bem diferente. Assim é que a constituição, em seu art. 5º, caput, declara que "todos são iguais perante a lei"; no inc. IV, do mesmo artigo, dispõe que "é livre a manifestação do pensamento [...]"; ou, no inc. X, também do mesmo artigo, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". A definição do suporte fático, nesses casos, é menos intuitiva do que nos casos dos tipos penais. Quatro perguntas são aqui necessárias: (1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Tire como exemplo o direito à intimidade para responder as quatro perguntas. Para que a consequência jurídica fosse ativada quais seriam os requisitos que quando preenchidos ativariam essa consequência? Bom, em um primeiro momento seria necessário definir (1) qual o âmbito de proteção do direito à intimidade?

O conceito de âmbito de proteção pode ser definido como conjunto de garantias conferidas por um direito. Sendo assim, conforme fora exposto anteriormente, é impossível definir de maneira definitiva o conteúdo de um direito fundamental, uma vez que estes possuem apenas um conteúdo estabelecido de caráter *prima facie*.

Entretanto, é sim possível estabelecer, via de regra, (2) contra o que o direito está defendido. Normalmente se está diante de uma defesa a intervenção estatal, que por alguma questão circunstancial estaria adentrando na esfera de proteção do direito fundamental analisado.

A questão da (3) consequência jurídica também é em certa medida simples. Entretanto, para que ela possa ocorrer, normalmente se faz necessário o preenchimento do requisito da intervenção estatal, visto que sem esta interferência os

elementos do suporte fático não estariam preenchidos impossibilitando, portanto, a ativação da consequência jurídica. Sendo assim, via de regra, a consequência jurídica será a cessação da intervenção estatal e o retorno do estado natural da norma.

Contudo, professor Virgílio aponta uma problemática neste modelo e propõe, de maneira brilhante, um quarto ponto para o preenchimento do suporte fático. Afinal, fica claro que a mera intervenção estatal ao âmbito de proteção do direito fundamental não é capaz de ativar a consequência jurídica, sendo ainda necessário a ausência de fundamentação constitucional.

Portanto, a resposta para a pergunta (4) do que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer, pode ser respondida da seguinte forma, conforme nos expõe o doutrinador:

E qual é o problema desse modelo? O problema reside, em primeiro lugar, na definição de suporte fático como a junção apenas do âmbito de proteção e da intervenção estatal (APx e IEx). Ora, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao status quo ante). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas incluir nesse conceito a ausência de fundamentação constitucional.

Ante o exposto acima, é ainda necessário a exposição de conteúdo essencial do direito fundamenta. Entretanto, devido a limitação do espaço, seria impossível a exposição de forma aprofundada acerca de todas as teorias que abordam o tema e, assim sendo, o mais razoável é a breve exposição da teoria majoritária e mais compatível com a teoria dos princípios. Desta forma, cabe uma breve exposição acerca da teoria do conteúdo essencial relativo.

A teoria do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais, vincula seus laços de forma extremamente estreita ao postulado da proporcionalidade. Para os defensores desta teoria, o conteúdo essencial de um direito fundamental possuiria um

caráter relativo que deveria ser definido de caso a caso por meio do postulado da proporcionalidade e, portanto, seria impossível definir um conteúdo essencial definitivo

Cabe, portanto, inferir, conforme nos explicita Virgílio Afonso da Silva, “[...] restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”. Sendo assim, é plenamente possível que uma restrição mais intensa não viole o conteúdo essencial de um direito fundamental, enquanto uma restrição mais branda, mas que, entretanto, careça de fundamentação constitucional, viole o núcleo essencial do direito.

Desta forma, é possível inclusive que haja em casos específicos, o esvaziamento completo de um direito frente ao outro após a aplicação do postulado da proporcionalidade. Neste caso, não estaríamos diante de uma violação ao direito fundamental, uma vez que para os defensores da concepção de um conteúdo essencial relativo o grau da intensidade pouco importa para a caracterização da violação, bastando a mera ausência de fundamentação constitucional.

Assim sendo, nas hipóteses de restrição, ainda que intensas, quando respeitado o postulado da proporcionalidade, não haveria como se falar em violação ao direito fundamental, apenas em uma mera restrição. Afinal, uma vez que a decisão seja fundamentada com base em respeito aos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o núcleo essencial estaria sendo preservado.

Seria possível tomar como exemplo prático a restrição fundamentada ao direito de exercer a liberdade de imprensa em casos que venham expor a vida na esfera mais íntima do indivíduo. Neste sentido, se estaria diante de uma restrição que embora seja extremamente intensa é fundamentada, uma vez que embora a liberdade de imprensa seja um direito conferido pela Constituição Federal, é de se imaginar que frente ao direito à intimidade, tendo assim seu conteúdo praticamente esvaziada no caso concreto. Entretanto, caso a ponderação tenha sido feita de maneira criteriosa e respeitando os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o mero esvaziamento de seu conteúdo no caso concreto implicaria em simples restrição e não em uma violação propriamente dita, já que seu conteúdo essencial permaneceria preservado.

4 DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE

O postulado da proporcionalidade é um dos princípios mais importantes do direito constitucional moderno e é aplicado para avaliar a validade e a adequação de medidas restritivas de direitos fundamentais. O postulado exige que toda restrição a um direito fundamental seja proporcional ao objetivo que se pretende alcançar com ela.

A aplicação do postulado da proporcionalidade tem como objetivo garantir a proteção dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Para que essa proteção seja efetiva, o postulado estabelece três critérios que devem ser aplicados em conjunto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O critério da adequação exige que a medida restritiva seja eficaz para alcançar o objetivo pretendido. Isso significa que a medida deve ter uma relação direta com o objetivo pretendido, de forma que seja possível avaliar se ela é ou não adequada para alcançar o resultado almejado.

O critério da necessidade exige que a medida restritiva seja a única forma possível de se alcançar o objetivo pretendido. Isso significa que, caso existam outras medidas menos restritivas que possam alcançar o mesmo objetivo, a medida restritiva não será considerada necessária.

Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito exige que a medida restritiva seja proporcional aos efeitos negativos que causa aos direitos fundamentais afetados. Isso significa que é necessário avaliar se o impacto negativo da medida sobre os direitos fundamentais é proporcional ao objetivo pretendido.

A aplicação do postulado da proporcionalidade é especialmente importante em momentos de crise, como em situações de emergência sanitária, quando podem ser necessárias medidas restritivas para proteger a saúde pública, mas que não podem violar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Um exemplo de aplicação do postulado da proporcionalidade foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao corte de salários de servidores públicos durante a pandemia de COVID-19. O STF considerou que o corte de salários

seria uma medida desproporcional, pois afetaria de forma significativa o direito à subsistência dos servidores públicos.

Outro exemplo é a discussão sobre a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19. A aplicação do postulado da proporcionalidade exige a avaliação da necessidade e adequação da medida, bem como a proporcionalidade em sentido estrito, em relação aos direitos fundamentais afetados, como a liberdade individual e a integridade física.

A aplicação do postulado da proporcionalidade também é importante em relação à restrição de direitos fundamentais em nome da segurança pública, como no caso do uso de câmeras de vigilância em locais públicos. A aplicação do postulado exige a avaliação da necessidade e adequação da medida, bem como a proporcionalidade em sentido estrito, em relação ao direito à privacidade e à liberdade individual.

Em resumo, a aplicação do postulado da proporcionalidade é fundamental para garantir que as medidas restritivas de direitos fundamentais sejam justificadas e adequadas em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, ao contrário do que possa se pensar, o postulado da proporcionalidade não se limita a analisar restrições excessivas a direitos fundamentais, podendo também analisar questões onde um direito fundamental esteja sendo demasiadamente deixado de lado. Nestes casos, teríamos a aplicação do chamado princípio da proteção insuficiente, sendo aplicado sobretudo nos casos de restrições aos direitos fundamentais sociais que exigem uma prestação positiva da autoridade estatal.

O princípio da vedação da proteção deficiente é um dos princípios fundamentais do direito constitucional e tem como objetivo garantir que o Estado adote medidas suficientes para proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos. Quando se trata dos direitos sociais, esse princípio assume uma importância ainda maior, pois esses direitos são essenciais para garantir uma vida digna e uma sociedade justa e igualitária.

Os direitos sociais são aqueles que visam garantir condições básicas para uma vida digna, como o direito à saúde, educação, moradia, segurança alimentar, entre

outros. Esses direitos são fundamentais para garantir a dignidade humana e a igualdade social, e sua efetivação é um dever do Estado.

No entanto, a efetivação dos direitos sociais muitas vezes enfrenta obstáculos, como a falta de recursos, a corrupção, a ineficiência do Estado, entre outros fatores. Nesse sentido, a aplicação do princípio da vedação da proteção deficiente se torna fundamental para garantir que o Estado adote medidas efetivas para garantir a efetivação dos direitos sociais.

O princípio da vedação da proteção deficiente aplicado aos direitos sociais impõe ao Estado o dever de adotar medidas concretas para garantir a efetivação desses direitos, evitando qualquer forma de omissão ou inação que possa comprometer a realização dos mesmos. Isso significa que o Estado deve adotar políticas públicas adequadas e suficientes para garantir o acesso universal e equitativo aos direitos sociais.

Além disso, o princípio da vedação da proteção deficiente também impõe ao Estado a obrigação de monitorar e avaliar constantemente a efetivação dos direitos sociais, identificando e corrigindo possíveis falhas e omissões. Isso requer a adoção de sistemas de monitoramento e avaliação, bem como a realização de auditorias regulares para avaliar a eficácia das políticas públicas adotadas.

Outro aspecto importante do princípio da vedação da proteção deficiente aplicado aos direitos sociais é a necessidade de garantir a participação ativa da sociedade civil no processo de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas. Isso implica em assegurar a participação de movimentos sociais, organizações da sociedade civil e outros atores relevantes na definição das políticas públicas e na monitoração de sua eficácia.

Por fim, o princípio da vedação da proteção deficiente aplicado aos direitos sociais exige do Estado a adoção de medidas concretas para combater a desigualdade social e a exclusão, garantindo que todos os cidadãos tenham acesso aos direitos sociais, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural. Isso requer a adoção de políticas públicas específicas para grupos vulneráveis, como mulheres, negros, indígenas, pessoas com deficiência, entre outros.

Em resumo, o princípio da vedação da proteção deficiente aplicado aos direitos sociais impõe ao Estado a obrigação de adotar medidas efetivas para garantir a efetivação desses direitos.

Sendo assim, a diferença entre a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) está na sua natureza: enquanto a primeira impede que o Estado ultrapasse os limites necessários para a realização de seus objetivos, a segunda impõe que o Estado adote medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais. Ambos os princípios são importantes para garantir a efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito e devem ser aplicados em conjunto para garantir uma proteção adequada dos direitos fundamentais dos cidadãos.

5 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E O STF

Embora o objetivo central do trabalho seja a análise específica do entendimento em matéria de direitos sociais, é válido ponderar a forma pela qual o tribunal tem se usado do conceito em alguns casos emblemáticos envolvendo temas diversos na dogmática dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil tem aplicado o princípio do *Untermassverbot* em diversos casos que envolvem a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em geral, o STF tem utilizado esse princípio para avaliar se as ações do Estado são proporcionais e adequadas em relação aos direitos fundamentais em questão.

Um exemplo recente da aplicação do *Untermassverbot* pelo STF foi no julgamento sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em que se discutiu a possibilidade de estados e municípios reduzirem os salários dos servidores públicos para cumprir as metas fiscais.

O STF entendeu que a redução dos salários dos servidores públicos é uma medida desproporcional e inadequada para cumprir as metas fiscais, violando o princípio do *Untermassverbot*.

Outro exemplo foi no julgamento sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, em que se discutiu se a falta de uma legislação específica que proíba a

discriminação contra pessoas LGBTI+ viola o princípio da proporcionalidade. O STF entendeu que a falta de uma legislação específica viola o princípio do *Untermassverbot*, já que os direitos fundamentais das pessoas LGBTI+ estão sendo violados e o Estado não está agindo de forma adequada para protegê-los.

Em ambos os casos, o STF utilizou o princípio do *Untermassverbot* para avaliar se as ações do Estado eram proporcionais e adequadas em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos. Essa é uma importante aplicação desse princípio no contexto do Direito Constitucional brasileiro, que contribui para a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal.

6 ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO DIREITOS SOCIAIS

O direito à saúde é sem sombra de dúvidas um dos principais beneficiados por meio do postulado da proibição de insuficiência. Afinal, O direito à saúde é um direito social previsto na Constituição Federal de 1988 e, como tal, deve ser garantido pelo Estado. No entanto, a questão da insuficiência de recursos para o cumprimento desse direito tem sido objeto de diversos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro.

Um dos casos mais emblemáticos envolvendo a proibição de insuficiência e o direito à saúde ocorreu em 2010, quando o STF julgou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 29/2000.

Essa emenda estabeleceu percentuais mínimos de investimento em saúde para os estados, Distrito Federal e municípios. Na ocasião, o STF entendeu que a emenda era constitucional e que a proibição de insuficiência em relação ao direito à saúde é um princípio fundamental.

Outro caso importante ocorreu em 2013, quando o STF julgou a constitucionalidade da Lei nº 12.401/2011, que regulamentou o exercício da medicina no país. Na ocasião, o STF entendeu que a proibição de insuficiência é um princípio fundamental para a efetivação do direito à saúde e que a lei deveria ser aplicada pelos poderes públicos.

Além desses casos, o STF tem atuado em diversas outras questões relacionadas ao direito à saúde e à proibição de insuficiência, como o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e a realização de cirurgias e procedimentos médicos. Em geral, o STF tem entendido que a garantia do direito à saúde deve ser assegurada pelos poderes públicos, mesmo diante de questões orçamentárias e outras limitações. Isso significa que o Estado não pode se eximir de suas responsabilidades em garantir esse direito fundamental aos cidadãos brasileiros.

Além disso, é importante ressaltar os casos envolvendo o direito à educação. Desta forma, um dos casos mais importantes envolvendo a proibição de insuficiência e este direito ocorreu em 2007, quando o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.772, que questionava a constitucionalidade da Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni). Na ocasião, o STF entendeu que a proibição de insuficiência é um princípio fundamental para a efetivação do direito à educação e que a lei deveria ser aplicada pelos poderes públicos.

Outro caso importante ocorreu em 2011, quando o STF julgou a Ação Civil Pública (ACP) nº 651, que questionava o descumprimento do Plano Nacional de Educação (PNE) pelos estados e municípios. Na ocasião, o STF entendeu que a proibição de insuficiência é um princípio fundamental para a efetivação do direito à educação e que os poderes públicos deveriam garantir a implementação do PNE.

Ademais, outro entendimento interessante é referente à dignidade da pessoa humana do carcerário. A decisão da Suprema Corte brasileira na STA 241 trata da aplicação da proibição de insuficiência em casos de internação involuntária de dependentes químicos. A medida foi estabelecida para garantir que as pessoas que estão em situação de vulnerabilidade recebam o tratamento adequado, com a devida proteção de seus direitos fundamentais.

A STA 241 foi proposta pelo Ministério Público Federal para que a Suprema Corte se manifestasse sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Drogas que tratam da internação involuntária de dependentes químicos. O Ministério Público Federal argumentou que a falta de recursos e estrutura para garantir o tratamento

adequado aos dependentes químicos em internação involuntária viola a proibição de insuficiência.

A Suprema Corte, ao julgar a STA 241, reconheceu a aplicabilidade da proibição de insuficiência em casos de internação involuntária de dependentes químicos. A decisão estabeleceu que a internação involuntária só pode ocorrer em estabelecimentos que possuam estrutura e recursos adequados para garantir o tratamento e a proteção dos direitos fundamentais dos pacientes.

Além disso, a decisão estabeleceu que a internação involuntária deve ser uma medida excepcional, adotada somente quando não houver alternativas terapêuticas menos invasivas. A decisão ainda determinou que o procedimento de internação involuntária deve seguir critérios específicos, incluindo a avaliação médica, a autorização judicial e a notificação ao Ministério Público.

Em resumo, a decisão da Suprema Corte brasileira na STA 241 reconheceu a aplicabilidade da proibição de insuficiência em casos de internação involuntária de dependentes químicos, estabelecendo critérios para garantir que essa medida seja adotada de forma adequada e respeitando os direitos fundamentais dos pacientes. A decisão representa um avanço importante na proteção dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade, como os dependentes químicos, e deve ser seguida pelas autoridades responsáveis pela saúde e pela justiça no país.

No entanto, ao buscar uma delimitação prática do emprego do conceito pelos atuais ministros, não é possível traçar um parâmetro comum entre os membros do tribunal. Sendo assim, a grande verdade é que cada ministro se utiliza do conceito do seu próprio modo, sem necessariamente uma delimitação lógica e sistemática acerca do tema. Desta maneira, conforme nos explica ~~Cas~~

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.

Ademais, ainda para a autora o conceito em alguns casos estaria sendo aplicado de maneira equivocada, tendo sido alocado como parâmetro do quão restringido estaria sendo um direito fundamental. No entanto, conforme já fora exposto anteriormente, diferentemente da proibição do excesso, a proibição de insuficiência serve como parâmetro de aferição do quanto um direito fundamental está deixando de ser promovido.

Em tal passo, os julgados criticados e pautados pelo autor foram as Suspensões de Segurança 3751, 3690 e 3741, uma vez que o Ministro Gilmar Mendes usou os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito afim de justificar que a ausência da promoção de medicamentos para os autores da ação seria na verdade uma restrição excessiva ao direito fundamental. Entretanto, partindo da premissa que o direito à saúde é um direito de segunda geração, na verdade não se está diante de uma restrição excessiva, mas sim diante de uma ausência de promoção.

Outro exemplo deste posicionamento feito de maneira equivocada, na visão do autor, é referente ao RE 597.854, em que o Ministro Luiz Fux se valeu do conceito. Entretanto, mais uma vez o conceito foi aplicado para defender a restrição excessiva de uma intervenção estatal, tendo sido inclusive utilizada como um conceito decorrente da razoabilidade, nas palavras do próprio Ministro.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proibição da proteção insuficiente tem como finalidade tornar efetiva a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos na ordem nacional. Visto que, a proteção insuficiente vai contra os primados do que estabelece a Constituição Federal do Brasil de 1988, ou seja, promover o bem de todos sem quaisquer tipos de discriminação.

Logo, os direitos fundamentais devem ser zelados pelo Estado, principalmente para fazer valer o corolário maior do Estado Democrático de Direito brasileiro – a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, é missão do Estado promover meios que garantam condições mínimas de existência para os cidadãos, e tais meios se desdobram em garantias que tornam efetiva a proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, em caso de conflito entre os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado na apreciação do caso concreto, a fim de se estabelecer um julgamento justo e uma decisão judicial harmônica e equilibrada.

Portanto, no Estado Democrático de Direito nacional é inaceitável a ocorrência da proteção insuficiente por parte do Estado, visto que este deve zelar pelo bem de todos e tornar efetivo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, L. B. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. *Esboço e Críticas*, v. 42, n. 165, 2005.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

CANAS, V. **Proibição do Excesso, Proibição do Defeito e Garantia do Conteúdo Mínimo nas Colisões de Direitos Sociais**. *Direito Público*, v. 19, n. 101, 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.

CARVALHO, P. C. de S. P.; REISS, T. **A educação como direito social e políticas públicas em educação superior no Brasil: um olhar para o PROUNI**. *Ensaios pedagógicos*, v. 6, n. 3, p. 31-39, 2022.

DA SILVA, V. A. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

DE CARVALHO, O. F.; COELHO, S. O. P. **Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e o procedimentalismo no Estado Democrático de Direito**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 116, p. 63-112,

jan./jun. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 28 fev. 2023.

GAVIÃO, J. V. N. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, 2008.

RIBEIRO, G. B. COVID-19, **Direito coletivo do trabalho e aplicação do princípio da proporcionalidade**. Humanidades & Inovação, v. 7, n. 17, p. 292-303, 2020.

VIEIRA, F. S. **Judicialização e direito à saúde no Brasil**: uma trajetória de encontros e desencontros. Revista de Saúde Pública, v. 57, p. 1, 2023.