

## O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

## THE APPLICATION SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DEFICIT

João Paulo Valença \*

### RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar os pressupostos de aplicação legítima do princípio da proibição do defeito (Untermaßverbot), esclarecendo a forma como tais requisitos se relacionam com a autonomia e a estrutura deste princípio. Dois são os pressupostos necessários à legítima aplicação do princípio: a identificação de um dever estatal de ação e uma colisão de normas a ser harmonizada. Percebeu-se que a forma como a doutrina e jurisprudência entendem a proibição do defeito pode influenciar a interpretação desses dois pressupostos. Com isso, foram verificados reflexos sobre a autonomia do princípio enquanto instrumento de harmonização constitucional, que se impõe face à proibição do excesso (princípio da proporcionalidade) e sobre os deveres estatais de proteção. Também se perceberam reflexos na estrutura de aplicação da Untermaßverbot. A análise da colisão de normas determina, inicialmente, qual o instrumento de harmonização deverá ser aplicado e, em sendo a proibição do defeito, a forma como se enxerga a colisão normativa pode influenciar a estrutura de aplicação do princípio. Duas correntes doutrinárias se destacam: a unitária, capitaneada por Jorge Reis Novais, inspirado fortemente em Canaris e aparentemente negando que o conflito de normas seja requisito para a aplicação do princípio; e a bipartida, de Vitalino Canas, que investiga o peso abstrato das normas em colisão.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Deveres estatais de ação. Proibição do defeito. Untermaßverbot. Pressupostos de aplicação.

### ABSTRACT

The present work proposes to analyze the requisites of legitimate application of the principle of the prohibition of deficit (Untermaßverbot), clarifying how these requirements are related to the autonomy and structure of this principle. Two are the necessary elements for its legitimate application: the identification of a state duty of action and a collision of rules to be harmonized. It was noticed that the way the doctrine and caselaw understand the prohibition of deficit can influence the interpretation of these two requirements. As a result, are perceived repercussions on the principle's autonomy as an instrument of constitutional harmonization, which is

---

\*Aluno do Mestrado em Direito e Ciência Jurídicas – Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa; Especialista em Direito Público pela PUC-Minas; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Oficial de Justiça do TJPE.

imposed on the prohibition of excess (proportionality) and on state protection duties. The differences also reflected in the application structure of *Untermaßverbot*. The analysis of the normative collision determines, initially, which instrument of harmonization should be applied and, in case of being the prohibition of deficit, the way in which the normative collision is seen can influence the application structure of the principle. Two doctrinal trends stand out: the unitary one, led by Jorge Reis Novais, inspired strongly by Canaris and apparently denying that the normative conflict is a requirement for the application of the principle; and the bipartite, by Vitalino Canas, which investigates the abstract weight of collision rules.

**Keywords:** Constitutionality control. State duties of action. Prohibition of deficit. *Untermaßverbot*. Application requirements.

## 1. INTRODUÇÃO

Num Estado Democrático de Direito se afirma a legitimidade do Poder Judiciário para determinar aos demais poderes que deixem de realizar condutas violadoras de direitos jusfundamentais, sem que tal determinação viole a separação de poderes. A essa atuação se propõe o princípio da proibição do excesso, oferecendo os critérios e a metodologia pelas quais se poderá avaliar se os limites impostos pelas condutas estatais aos direitos fundamentais são ou não exageradas. A proibição do excesso funcionaria, assim, como limite aos limites dos direitos fundamentais.

Seria, então, igualmente legítimo que uma ordem judicial impusesse uma conduta positiva estatal para garantir o acesso a um direito jusfundamental, ou, com base no ditame constitucional que prevê tal direito, diagnosticar como insuficiente uma política pública a ele relacionada? A existência de garantias que tutelem um direito fundamental ao qual correspondam prestações públicas positivas precisaria ser reconhecida como essencial para que este mesmo direito fosse efetivado<sup>2</sup>. As “lacunas” de tais garantias corresponderiam à inexistência desses direitos fundamentais, não podendo ser ignoradas<sup>3</sup>.

O controle das lacunas, ou omissões inconstitucionais, é viável a partir da aplicação do princípio da proibição do defeito<sup>4</sup>. O objeto de análise deste trabalho é o âmbito de aplicação de tal instrumento de harmonização constitucional, ou seja, os pressupostos ou denominadores comuns que devem necessariamente ser atendidos para que tal princípio seja legitimamente aplicado a um determinado caso concreto<sup>5</sup>.

2 SHUE, Henry. *Basic rights*. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 26.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 108.

4 O princípio da proibição do defeito – *Untermaßverbot*, em alemão – é também chamado, na doutrina e na jurisprudência, de proibição do déficit de atuação, proibição da insuficiência, proibição da proteção deficiente, interdição de proteção insuficiente, entre outras. (SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. . v. 2.; CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 905). Laura Clérico prefere denominar de *mandato de prohibición constitucional por omisión, acción insuficiente o deficiente* (CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. p. 320). Interessante notar que algumas dessas designações expõem a origem do desenvolvimento do princípio baseada na doutrina dos deveres de proteção – como “proibição de proteção deficiente” e “interdição de proteção insuficiente”.

5 CANAS, 2017, p. 964.

O objetivo do presente estudo é esclarecer de que forma os elementos do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito se relacionam com sua dogmática, especialmente sua autonomia e estrutura. Pretendemos demonstrar que a existência de diversas abordagens doutrinárias sobre o princípio da proibição do defeito se relaciona com - e ao mesmo tempo depende da - forma como são entendidos os diferentes critérios para determinar seus pressupostos. A premissa inicial, portanto, corresponde aos reflexos diretos que o âmbito de aplicação tem na afirmação da sua autonomia em relação a outros instrumentos de controle de constitucionalidade, bem como nas diferentes formas como a doutrina tem proposto a sua estrutura.

O primeiro denominador comum para determinar o âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito é a identificação de um dever constitucional de ação estatal<sup>6</sup>. Se originalmente o princípio se desenvolveu a partir do estudo dos deveres de proteção, mais modernamente já se percebe um conceito mais amplo dos deveres estatais de ação legitimadores da aplicação da proibição do defeito.

A existência de uma colisão de normas é o segundo pressuposto delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito. De fato, a colisão de normas é um requisito básico para a aplicação de qualquer instrumento de harmonização, o que pode sugerir que não seria necessário dedicar maior profundidade ao tema. Alguns autores, como Canaris e Novais, não identificam tal colisão como um pressuposto necessário para a aplicação do princípio. Mas se foi com o desenvolvimento da dogmática dos deveres de ação que a proibição do defeito alcançou sua autonomia, é na análise das colisões de normas que se determina qual instrumento de mediação será o mais adequado<sup>7</sup>.

É percebida a instabilidade quanto ao tema, notadamente quanto à autonomia e à estrutura de aplicação da proibição do defeito<sup>8</sup>. O estudo sistematizado do primeiro pressuposto - a existência de um dever de ação - é capaz de auxiliar na reafirmação da autonomia do princípio da proibição do defeito, especialmente em relação a dois referenciais: a autonomia dogmática em relação ao princípio da proibição do excesso e a autonomia da proibição do defeito face aos deveres estatais de proteção.

O segundo ponto sobre o qual o estudo do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito tem alguma repercussão é o seu conteúdo dogmático. Este tem uma relação mais intensa com o segundo pressuposto: a colisão de normas. Os diversos autores que lidam com a proibição do defeito buscam trazer as suas próprias contribuições e percepções sobre sua estrutura - de certa forma contribuindo para sua não estabilização<sup>9</sup>. Jorge Reis Novais se associa a Claus-Wilhelm Canaris para afirmar uma estrutura unitária da proibição do excesso. Vitalino Canas, por sua vez, identifica duas modalidades de aplicação da *Untermassverbot*, sendo diferenciadas conforme o tipo de colisão de deveres estatais que se apresenta no caso concreto<sup>10</sup>. Há autores que propõem a adaptação da estrutura do princípio da proibição do excesso à proibição do defeito, a exemplo de Laura Clérico, Gilmar

6 Ibidem Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*: do dever de proteção à proibição do defeito. Coimbra: Almedina, 2018.

7 CANAS, op. cit., p. 531 e 556-557.

8 Ibidemteq.

9 NOVAIS, 2018, p. 324.

10 CANAS, op. cit., p. 993.

Mendes e Martin Borowski. Uma das pretensões desse trabalho é demonstrar que, a depender da consideração, ou não, da colisão normativa como pressuposto, o conteúdo normativo da proibição do defeito pode sofrer variações.

Dividiu-se o estudo em duas partes, iniciando-se com a análise dos deveres de ação, especialmente suas modalidades, e os relacionando com a evolução da autonomia do princípio da proibição do defeito. No segundo momento o trabalho examina a forma como a doutrina – representada aqui pelas ideias Vitalino Canas e Jorge Reis Novais - enxerga a colisão de normas na proibição do defeito e de que maneira isso tem influenciado na estrutura de aplicação do princípio.

A análise bibliográfica e das aplicações do princípio na jurisprudência portuguesa e brasileira será o método de trabalho. Nos limitaremos ao estudo dos pressupostos do princípio da proibição do defeito, deixando de lado o vasto e mais instável estudo detalhado da sua estrutura de aplicação, ainda que seja inevitável tocar em alguns aspectos deste assunto.

## 2. PRIMEIRO PRESSUPOSTO: DEVERES ESTATAIS DE AÇÃO

De origem alemã, a proibição do defeito consiste, enquanto instrumento de controle de constitucionalidade, num critério que permite averiguar se uma determinada conduta do Estado está abaixo de um nível constitucionalmente exigido<sup>11</sup>. Dessa sucinta definição se percebe que um primeiro elemento do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito é a existência de um dever de prestação estatal, extraído da Constituição<sup>12</sup>, revelando o seu objeto de controle: uma omissão estatal, seja ela total ou parcial<sup>13</sup>.

Os deveres de prestação, ou de ação, como primeiro pressuposto do princípio da proibição do defeito, formam uma classe de deveres estatais de prestação positiva que compõem a posição deontica de obrigação de intervenção. Uma posição deontica do legislador diz respeito, por sua vez, à estrutura deontica da norma constitucional, ou seja, a posição do agente público é definida pela estrutura da norma relativa a um bem, interesse ou valor constitucional, e “é desse modo que apura se pode ou deve praticar alguma intervenção, promovendo a sua satisfação ou interferindo nele, ou se deve abster-se de o fazer”<sup>14</sup>.

As posições deonticas podem ser divididas em: proibição de intervenção, obrigação de intervenção - dever de ação -, ou permissão de intervenção<sup>15</sup>. O princípio da proibição do defeito, como se verá, corresponde ao instrumento de harmonização que se aplica aos casos em que há a obrigação de agir do Estado - posição deontica de obrigação de intervenção. Assim, haveria o descumprimento de um direito fundamental pelo descumprimento de um dever de ação necessário à sua realização. Em outras palavras, haveria um inadimplemento por omissão de obrigações constitucionais, o que inviabilizaria o gozo do respectivo direito fundamental pelos seus titulares<sup>16</sup>.

11 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 60.

12 CANAS, 2017, p. 964; NOVAIS, 2018, p. 338.

13 Por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos s fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 303.

14 CANAS, op. cit., p. 418.

15 Ibidem, p. 418 et seq..

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Agravo Regimental nº 745745 AGR/MG*. Acórdão. Relator: Min. Celso de

Os deveres estatais de ação trazem “uma nova visão das relações entre o Estado, os cidadãos e a sociedade” e refletem uma “nova compreensão” dos direitos fundamentais<sup>17</sup>. Eles se somam aos deveres estatais de defesa ou respeito, de cunho negativo - deveres de não intervenção estatal na liberdade e autonomia dos particulares. Se os deveres de defesa são fruto dum Estado constitucional de viés liberal, os deveres de prestação, por sua vez, só são percebidos após o advento do Estado social e democrático de direito<sup>18</sup>. Apesar disso, sempre estiveram implícitos na “ideia constitucional”<sup>19</sup>.

O que caracteriza, então, os deveres estatais de prestação? Nas palavras de Alexy:

[A] estrutura e o conteúdo desses direitos são bastante diferentes, mas há um denominador comum que justifica agrupá-los. Todos eles exigem ação positiva. Para os não violar, não basta que o Estado não interfira nas esferas que eles protegem, especialmente na vida, liberdade e propriedade. O Estado deve fazer algo.<sup>20</sup>

Continuando pela lição de Alexy, os deveres de agir, possuem estrutura diferente daquela dos deveres de abstenção – que são associados aos direitos fundamentais na sua dimensão negativa, de defesa. Assim, enquanto os comandos constitucionais sobre direitos fundamentais de defesa contêm proibições de ação - deveres de não agir -, os comandos que trazem direitos positivos são construídos na direção contrária, ou seja, com comandos de proteção ou promoção de algo<sup>21</sup>.

Os deveres estatais de agir são caracterizados, ainda, segundo um critério de sindicabilidade: devem possuir uma densificação normativa suficiente e que permita identificar uma concreta e específica violação da Constituição<sup>22</sup>.

Uma densidade suficiente da norma constitucional, portanto, tem o condão de criar um dever de agir. Tem-se, assim, duas importantes características respeitantes ao primeiro elemento delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito: a estrutura dos deveres estatais de ação e a imposição suficientemente densa desses deveres na Constituição. Neste sentido se manifestaram o Tribunal Constitucional Português<sup>23</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>, para identificar critérios que lhes permitissem controlar a constitucionalidade de omissões estatais.

Vitalino Canas faz uma importante diferenciação entre duas acepções do princípio da proibição do defeito, relacionando-as a densidade da norma que prevê deveres estatais de ação. Uma primeira acepção, mais ampla, abarcaria “toda e qualquer situação em que o legislador está especificamente obrigado a uma ação

Mello. 02 dez. 2014. p. 4. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 09 ago. 2019.

17 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 306.

18 Idem, *ibidem*, p. 308 e 309.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de protecção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2. p. 111.

20 Robert. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 3, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>. Acesso em: 18 mar .2019.(.)

21 Idem, *ibidem* 2009, p. 5.

22 SILVA, 2012, p. 188 e 189.

23 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão n.º 474/02*. Plenário (2. Secção). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 19 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

24 BRASIL, 2014.

positiva”<sup>25</sup>, incluindo previsões categóricas e peremptórias de atuação legislativa, ou seja, quando o dever de agir possui uma densidade normativa extremamente elevada. Nesta acepção ampla da proibição do defeito, portanto, pode haver casos em que o dever de agir, por estar tão densamente previsto na norma de direito fundamental, não demandaria uma operação de ponderação ou harmonização. De fato, esse tipo de normas constitucionais se aproxima – quando não se encaixar perfeitamente – na categoria das regras, em oposição aos princípios<sup>26</sup>. Por outro lado, a proibição do defeito em seu sentido próprio, que depende de um dever constitucional de ação com densidade mais restrita, sempre demandaria um exercício de harmonização quando uma das posições em colisão disser respeito a um dever de ação.

Há casos, porém, em que tal densidade não é percebida - não haveria “espessura suficiente” - tratando-se, então, de “deveres de ação enfraquecidos”. Tais previsões constitucionais não permitiriam fundamentar um dever de ação estatal, se aproximando de uma permissão constitucional de ação, a que o agente público “escolhe livremente prosseguir”, fugindo, assim, do âmbito de aplicação da proibição do defeito – podendo ser o caso de se aplicar a proibição do excesso ou outro instrumento de controle constitucional, a depender da modalidade da colisão de normas que se tenha formado e de como o conflito de normas é entendido na dogmática da proibição do defeito, como veremos na segunda parte do trabalho<sup>27</sup>.

## 2.1 TIPOS DE DEVERES ESTATAIS DE AÇÃO

Os deveres de ação pertencem a um gênero formado por um número maior ou menor de espécies, a depender dos critérios de segmentação adotados. A classificação que parece prevalecer é a que identifica três tipos de deveres estatais de ação, correspondendo a direitos fundamentais de prestação<sup>28</sup>: i) deveres de proteção; ii) deveres de concretização de direitos sociais; iii) deveres de organização e procedimento. É o conjunto de todos esses deveres estatais que compõem os chamados “deveres de prestação em sentido amplo”, aos quais se aplica o princípio da proibição do defeito na sua concepção mais moderna<sup>29</sup>.

25 CANAS, 2017, p. 961.

26 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 74 et seq., 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 20 mar. 2019.

27 CANAS, 2017, p. 559 e 982.

28 Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Idem, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Essa relação direta entre direitos fundamentais positivos e deveres estatais de prestação positiva é bem explicitada por Alexy, formulando-a com a utilização de operadores lógicos: “Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos correspondem a relações de três pontos entre um titular do direito constitucional, o Estado e uma atuação estatal positiva. Se o titular do direito ‘x’ tem o direito perante o Estado ‘s’ para que este execute a atuação positiva ‘Φ’, então o Estado tem em relação a ‘x’ o dever de ‘Φ’” (ALEXY, 2002, p. 296, tradução livre).

29 CANAS, 2017, p. 968 e 970. A classificação dos tipos de deveres estatais de prestação tem enorme variação, assim como boa parte dos temas relacionados à proibição do defeito. Robert Alexy, por exemplo, classifica os direitos a uma prestação estatal positiva em três tipos: direitos de proteção, de participação na organização e procedimento e os relativos a direitos sociais, todos impondo deveres de agir ao Estado (ALEXY, 2009, p. 3). Borowski adota classificação semelhante (BOROWSKI, 2003, p. 143 et seq.). Jorge Reis Novais, por sua vez, divide os deveres estatais em três grupos: deveres de respeito, de proteção e de promoção. A todos eles corresponderiam deveres tanto de abstenção quanto de prestação positiva - sob a perspectiva de uma “dogmática unitária” de compreensão dos direitos fundamentais. O dever estatal de organização e procedimento se enquadraria no grupo dos deveres de respeito e corresponderia à dimensão positiva destes (NOVAIS, 2017, p. 301 et seq., e 310 et seq.). Vitalino Canas, a seu turno, aponta sete grupos de deveres de ação do legislador: “(i) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares; (ii) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros; (iii) deveres de emissão de normas estruturadoras

Importante transcrever a advertência de Borowski:

Nem sempre é possível atribuir exatamente um direito a uma das espécies dos direitos fundamentais de prestação. Alguns casos ou grupos de casos podem ser atribuídos simultaneamente a duas ou até três espécies. No entanto, do ponto de vista estrutural, esta circunstância não tem efeitos negativos, porque a estrutura fundamental das três espécies de direitos fundamentais de prestação é idêntica.<sup>30</sup>

## 2.2 DEVERES DE PROTEÇÃO: A ORIGEM DOGMÁTICA DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

O primeiro grupo de deveres estatais de ação é o dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*), ou imperativos de tutela, na linguagem de Canaris - nomenclatura que teria sido adotada pelo Tribunal Constitucional alemão<sup>31</sup>. Sob essa fundamentação dogmática surgiu e se associou originalmente o princípio da *Untermaßverbot*. De fato, o primeiro a mencionar a proibição do defeito foi Schuppert, já em 1980, ao analisar ceticamente a eficácia dada pelo Tribunal Constitucional alemão à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especificamente o acolhimento da tese dos deveres estatais de proteção e a flexibilização da separação de poderes<sup>32</sup>.

Claus-Wilhelm Canaris, entretanto, foi o primeiro a desenvolver uma teoria do princípio da proibição do defeito. Em seu trabalho pioneiro, por exemplo, já ressaltava a autonomia deste princípio em relação à proibição do excesso<sup>33</sup>. O contexto do estudo feito por Canaris envolvia a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado, concluindo o autor alemão que “destinatários das normas de direitos fundamentais são apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”: os deveres estatais de proteção, notadamente nas relações triangulares - envolvendo particulares -, colocariam o Estado como protetor de um cidadão perante outro e, somente assim, de forma mediata, seria possível um direito fundamental afetar a posição de outro particular<sup>34</sup>.

O dever de proteção, perfazendo uma exigência constitucional de uma “resposta” estatal, completaria, então, o que se tem chamado de constelações triangulares:

As constelações triangulares são] relações jurídico-constitucionais multipolares que colocam em tensão três ângulos: o da

---

de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais; (iv) deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade; (v) deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização dos direitos sociais, seja alocando recursos públicos, seja intervindo nas relações entre privados; (vi) deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais; (vi) deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenômenos (designadamente catástrofes) naturais” (CANAS, op. cit., p. 970).

30 op. cit..

31 CANARIS, 2016, p. 56 et seq.

32 op. cit..

33 teqteq.

34 Id., ibid., p. 55 e 58. Segundo a teoria de Canaris, os particulares não seriam destinatários das normas de direitos fundamentais e seus atos apenas seriam afetados pela “bitola dos direitos fundamentais” enquanto estes forem aplicados na função de imperativo de tutela, constituindo, assim, “uma explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros’”. (Ibidem, p. 55-56 e 58).

fonte de perturbação de um direito, designadamente a ação de um particular [...] que perturba um bem jusfundamentalmente protegido de outro particular ('vítima') que vê o seu direito perturbado pelo exercício do direito do perturbador e que tem perante o Estado um direito à proteção contra a perturbação; [...e o ângulo do] Estado, que tem simultaneamente o dever de não intervir no direito do perturbador e o *dever de proteger* o direito da vítima.<sup>35</sup>

Os deveres de proteção se diferenciam de outros deveres de atuação estatal por imporem ao ente público uma resposta a uma situação de perigo a um direito fundamental. Pressupõe-se que o perigo ao direito de titularidade de um particular tenha origem na conduta de outros particulares ou desastres naturais<sup>36</sup>, havendo, porém, quem acrescente a atuação de poderes estatais estrangeiros à origem desse risco<sup>37</sup>. Jorge Reis Novais afirma, por sua vez, que o que se protege, em verdade, não são os direitos fundamentais em si, mas a possibilidade de acesso a esses direitos pelos seus titulares, e acrescenta um dever de proteção do titular contra "decisões irrefletidas ou desrazoáveis" dele mesmo<sup>38</sup>.

Importante ressaltar que o dever de proteção necessariamente se dá contra uma interferência perpetrada por terceiros – ou desastres naturais, ou estado estrangeiro -, nunca pelo próprio poder público. Se este for o caso, ou seja, se a perturbação do direito de particular for perpetrada pelo próprio ente público, estará em causa a análise de outro dever de ação ou permissão violadores de um dever de respeito<sup>39</sup>.

A teoria dos deveres estatais de proteção é, ainda, uma decorrência da evolução da tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Foi a partir do reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais que o Tribunal Constitucional alemão, em 1975, na conhecida primeira decisão sobre o aborto, aplicou a teoria dos deveres de proteção como fundamento para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais<sup>40</sup>.

Os deveres de proteção teriam, assim, um primeiro fundamento no monopólio estatal do uso do poder coercitivo, segundo uma lógica da teoria contratualista de formação do Estado moderno, reconduzido também ao princípio do Estado de Direito<sup>41</sup>. Na vigência do Estado Social se vinculariam os deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais em sua dimensão axiológico-objetiva. Assim, como resultado de um acordo básico das forças sociais que determinam a ordem de valores diretivos da atuação pública, o ente público atuaria como "amigo e guardião" dos direitos básicos do cidadão<sup>42</sup>.

Canaris aponta alguns elementos que identificariam um imperativo de tutela previsto constitucionalmente, respondendo à questão de saber "se um direito

35 op. cit..

36 SILVA, 2012, p. 189.

37 CANAS, op. cit., p. 971, 978 e 982.

38 NOVAIS, 2018, p. 216.

39 NOVAIS, 2018, p. 219; CANAS, 2017, p. 972. .

40 Id., ibid., p. 221-222.

41 Id. ibid., op. cit. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 331, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

42 SARLET, 2006, p. 330. op. cit. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016..



fundamental contém de todo um imperativo de proteção contra a particular ofensa em causa<sup>43</sup>. O primeiro deles é a aplicabilidade normativa do direito fundamental em causa: se no caso concreto não for sequer aplicável a hipótese normativa, o direito fundamental em questão não chegaria sequer a ser tocado<sup>44</sup>.

O segundo requisito indicado por Canaris para identificar um imperativo de tutela é a necessidade da proteção do direito fundamental ameaçado. Assim, mesmo que um direito fundamental tenha sido tocado em sua hipótese normativa, deve estar presente a necessidade fática de proteção, o que se evidencia especialmente se a intervenção agressora for considerada ilícita, se houver uma efetiva ameaça ao direito fundamental e for constatada a dependência do titular do direito em relação ao comportamento de terceiros para a realização do seu direito, além da hierarquia abstrata do bem protegido, o peso da intervenção nesse direito e a intensidade da ameaça<sup>45</sup>. A esse segundo requisito, Canaris acrescenta uma medida “móvel”, indicando um funcionamento casuístico:

[Q]uanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção.<sup>46</sup>

## 2.2.1 AUTONOMIA ENTRE PROIBIÇÃO DO DEFEITO E PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Foi no contexto da discussão dos deveres de proteção que se iniciou a defesa de um princípio autônomo em relação à proibição do excesso. O primeiro e principal argumento favorável a essa autonomia foi o reconhecimento de que a estrutura da *Übermaßverbot* se mostraria inadequada para o controle judicial de determinadas situações nas quais se identifique um dever de proteção estatal<sup>47</sup>. Assim, se no âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade estaria em causa a análise de inconstitucionalidade de uma atuação excessiva do Estado, limitando em demasia um direito de liberdade e, portanto, ferindo um dever de abstenção, a situação fática que requereria a aplicação da proibição do defeito seria a oposta: “saber se o Estado não está a ficar aquém do que lhe é constitucionalmente imposto quanto à proteção daquele direito”<sup>48</sup>. É a percepção de uma nova série de obrigações estatais, decorrentes da evolução do Estado liberal para um Estado Social, que faz surgir a necessidade de um novo princípio constitucional com conteúdo normativo próprio e capaz de solucionar casos para os quais a proibição do excesso – e outros instrumentos de ponderação constitucional - não

43 CANARIS, 2016, p. 102.

44 Ibidem, p. 105.

45 eq.

46 Ibidem.

47 A argumentação de Canaris, neste ponto relacionada à análise do caso Luth, do Tribunal Constitucional Federal alemão, é no sentido de que antes de se partir para um exercício de proporcionalidade e ponderação, característico da proibição do excesso, deve-se perquirir a existência de um dever de proteção – imperativo de tutela, na sua dicção -, e, caso inexistente, se tornaria desnecessário um controle de proporcionalidade. (Ibidem, p. 64).

48 NOVAIS, 2018, p. 261.

se mostram mais adequados: aqueles casos em que haja uma “dimensão de imposição constitucional”<sup>49</sup>.

A tese da autonomia, que em sua formatação inicial seguia basicamente o conteúdo dado por Canaris, propõe que exista um *korridor* de atuação legítima estatal, situado entre um limite mínimo, uma espécie de conteúdo mínimo essencial do direito fundamental delimitado por um dever de proteção – segundo a proposta original do autor –, e um limite máximo, delimitado por um dever de abstenção<sup>50</sup>.

Por outro lado, foi também nesse contexto dos deveres de proteção que ganhou força um novo argumento contrário à autonomia da *Untermaßverbot*<sup>51</sup>. Essa corrente crítica à autonomia é chamada de *Kongruenzthese*<sup>52</sup>, com foco especialmente no aspecto dogmático e capitaneada por Hain<sup>53</sup>. Para a tese da congruência, a *Untermaßverbot* não acrescentaria nada à *Übermaßverbot*: a proibição do defeito seria apenas uma outra face da proibição do excesso. A consequência da *Kongruenzthese* seria que o legislador estaria obrigado a adotar uma solução ótima para uma colisão de direitos, que seria obtida pela aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>54</sup>. Não existiria o *korridor* entre os dois limites constitucionais de atuação estatal proposto por Canaris e “o resultado apurado através de um controle replicaria simplesmente o que também podia ser apurado através do outro”<sup>55</sup>. A *Kongruenzthese*, portanto, vem como crítica à “descoberta” da *Untermaßverbot* para afirmar basicamente que esta é desnecessária diante da mais desenvolvida dogmática da proibição do excesso.

Porém, enquanto a tese da congruência, sustentando a possibilidade de uma “solução ótima” controlável judicialmente, seria incompatível com a separação de poderes vigente num Estado Democrático de Direito, a tese do corredor, por sua vez, atenderia a esses argumentos<sup>56</sup>. A *Kongruenzthese* também não rebateria satisfatoriamente a afirmação de que a estrutura dogmática da proibição do excesso se adequa para a solução em que se verifique a presença de um dever estatal de ação, como é o dever de proteção, e para o tipo de análise que é feita em tais casos – se há ou não uma omissão estatal. Especificamente sobre este ponto se mostra problemática aplicação da proibição do excesso, cuja estrutura se propõe a analisar a constitucionalidade de uma lei concreta, mas seus segmentos não poderiam ser utilizados sem que, ao menos, sofressem adaptações, sob pena de serem redundantes ou incoerentes<sup>57</sup>.

49 Ibidem, p. 302.

50 CANAS, 2017, p. 909.

51 teqop. cit.

52 A tese da congruência não pode ser confundida com a afirmação de um conteúdo congruente da proibição do excesso e do defeito. Enquanto a primeira nega a necessidade de um princípio da proibição do defeito, esta segunda reconhece a autonomia da *Untermaßverbot*, mas dentro da concepção ampla do princípio da proporcionalidade, que teria, então, duas faces: as vedações do excesso e da insuficiência (STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 80, , 2004.; CLÉRICO, 2009, p. 319; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228).

53 CANAS, op. cit., p. 913

54 Ibidem.

55 NOVAIS, 2018, p. 265 e 267.

56 op. cit. op. cit. teq.

57 teqteq

### 2.3 DEVERES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Se o início do estudo e da aplicação do princípio da proibição do defeito circundou pelos limites dos deveres de proteção, sua atual situação dogmática é resultado de um alargamento do âmbito de aplicação. Mesmo o reconhecimento de sua autonomia se deve, em parte, à aplicação do princípio aos casos que envolvem outros deveres estatais positivos além dos *Schutzpflicht* – este tópico será detalhado mais adiante.

A limitação do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito a casos envolvendo deveres de proteção ainda é defendida por parte da doutrina, como alguns autores brasileiros<sup>58</sup> e portugueses<sup>59</sup>. Por outro lado, há outro grupo de autores que, sem negar a relação entre a *Untermaßverbot* e outros deveres de prestação, se limita a estudar com mais profundidade a proibição do defeito apenas na sua relação com os deveres estatais de proteção, como parecem ser os casos de Alexy<sup>60</sup>, Borowski<sup>61</sup>.

Foi, porém, com o advento do Estado social de Direito, como já mencionamos anteriormente, que o Estado, relativamente ao acesso aos bens jusfundamentais, passou a ser

[...] obrigado a promover o acesso, a ajudar sobretudo aqueles que por si sós, com o recurso a meios, aptidões ou capacidades próprias, não dispõem de condições para um acesso igualitário e efectivo a tais bens.<sup>62</sup>

Nessa nova função estatal é possível identificar o que Borowski chama de proteção da “liberdade fática”: o acesso aos pressupostos fáticos de exercício das liberdades jurídicas, notadamente um mínimo existencial<sup>63</sup>.

É nesse contexto que se insere a análise dos deveres de concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Necessário aqui ressaltar que aos direitos sociais correspondem as duas dimensões dos direitos fundamentais, negativa e positiva, ou seja, também se extraem obrigações de abstenção em relação aos direitos sociais<sup>64</sup>. A ideia de superação da unidimensionalidade dos direitos fundamentais, impondo ao Estado deveres de atuação, serviu também para a descoberta de outras obrigações, como a de promoção dos direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais, mas não se limitando a estes<sup>65</sup>. Não nos ateremos ao tema com mais detalhes, cabendo-nos abordar os direitos sociais dando ênfase ao seu aspecto positivo e os correlatos deveres de prestação: os deveres estatais de promoção – ou concretização – dos direitos sociais.

58 Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018..

59 CANOTILHO, 2001, p. 111; SILVA, 2012.

60 ALEXY, 2009.

61 Este autor alemão, apesar de examinar os direitos fundamentais a uma prestação estatal de proteção, de organização e procedimento e os direitos sociais, relaciona o princípio da proibição do defeito apenas aos direitos fundamentais de proteção, tratando o referido princípio sob a nomenclatura de proibição de proteção insuficiente. (BOROWSKI, 2003, p. 154 et seq.)

62 NOVAIS, 2017, p. 315.

63 op. cit..

64 NOVAIS, 2017, pp. 149 e 316; CLÉRICO, 2009, p. 320 .

65 Ibidem, p. 308-317.

Já afirmamos que os deveres estatais de agir devem ser identificados em normas constitucionais portadoras de uma “densidade suficiente”, que permita sua “sindicabilidade”. No caso dos deveres de concretização dos direitos sociais, tal premissa é verdadeira, mas, comparando com as “posições jurídicas subjetivas” oriundas dos deveres de proteção, aquelas – direitos sociais - “são mais dependentes dos juízos de oportunidade do legislador e da sua liberdade de conformação e são mais sensíveis à conjuntura” do que estas – deveres de proteção<sup>66</sup>. Toca-se, aqui, no que se costuma identificar como uma eficácia mais tênue dos deveres de agir, se comparados à eficácia dos deveres de abstenção. Isso se deve também ao fato de a elaboração normativa dos direitos sociais serem abertas, ou imperfeitas, para utilizar a expressão de Ferrajoli relativa à Constituição italiana<sup>67</sup>.

Relevante, aqui, é a diferenciação que Jorge Reis Novais faz entre os deveres de proteção e os deveres de promoção de direitos fundamentais e as respectivas sindicabilidades. Para o referido autor, no caso de deveres de proteção, “a escolha do meio adequado para proteger um direito fundamental nunca é linear e pacífica, está sempre sujeita a avaliações e ponderações do mérito público”<sup>68</sup>. Não se poderia, portanto, impor uma medida específica de satisfação do dever de proteção do direito fundamental ao Estado, tendo este uma reserva do politicamente adequado ou oportuno. Por sua vez, em sendo o caso de um dever estatal de promoção de um direito fundamental, pelo fato de se exigirem prestações de natureza material, que implicam em gasto e, portanto, disponibilidade financeira por parte do ente público, especialmente em relação aos direitos sociais, abre-se uma nova margem de apreciação fática do titular do dever, além da análise de adequação e oportunidade: a reserva do financeiramente possível<sup>69</sup>, tema do qual voltaremos a tratar mais adiante.

O reconhecimento de deveres de agir relativos à promoção de direitos sociais é, por fim, uma decorrência do reconhecimento de justiciabilidade desses direitos sociais enquanto direitos fundamentais. A justiciabilidade, ou força vinculativa, se refere à possibilidade de o poder judiciário verificar sua violação, e o reconhecimento dessa força aos direitos sociais implica, portanto, no seu reconhecimento como direitos suscetíveis de apreciação judicial, elevando-os acima de prescrições meramente políticas ou morais – além da admissibilidade de colisões envolvendo esses direitos<sup>70</sup>. Acreditamos que seja nesse mesmo sentido que se pronuncia Jorge Reis Novais, apesar das críticas deste autor português à teoria dos direitos fundamentais como princípios e à respectiva tese de otimização de Alexy:

[...] a justificação para a exigência de intervenção estatal [...] tem a ver com uma concepção das relações entre Estado e indivíduo segundo os princípios de um Estado de Direito social que preza a autonomia individual, a igualdade material e a segurança jurídica nas condições de uma sociedade de risco.<sup>71</sup>

66 CANAS, 2017, p. 980.

67 FERRAJOLI, 2004, p. 109.

68 NOVAIS, op. cit., p. 353.

69 NOVAIS, 2017, p. 355 et seq.

70 ALEXY, 1999, p. 73 et seq.

71 NOVAIS, 2018, p. 340.

## 2.4 DEVERES DE ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

Os deveres estatais relativos à organização e procedimento correspondem à terceira tipologia de deveres de prestação e têm a ver com as ideias de Peter Häberle e Konrad Hesse que relacionam o devido processo constitucional e a efetivação e garantia dos direitos constitucionais, especialmente os direitos de liberdade. Esse terceiro grupo de deveres forma um leque bastante amplo, abrangendo desde normas sobre contratos a normas sobre o exercício do direito de ação<sup>72</sup>.

É possível afirmar, com Alexy, que os deveres de organização e procedimento são uma decorrência dos direitos fundamentais substantivos: do direito substantivo à propriedade surgiria um dever de criação de leis de organização e procedimento que viabilize a garantia e exercício da propriedade através do acesso às cortes judiciais, por exemplo, ou o exercício do direito ao voto e a organização de um sistema eleitoral<sup>73</sup>.

Alexy aponta quatro tipos de deveres de criação de normas de organização e processo: a) relativos às instituições de direito privado – a exemplo das regras sobre casamento, herança, contratos, etc., garantindo que os indivíduos possam validamente realizar os direitos substantivos relativos a esses institutos jurídicos constitucionalmente garantidos; b) procedimentos em sentido estrito – relativos a processos judiciais e procedimentos administrativos e o acesso à justiça para o titular dos direitos substantivos obter sua proteção<sup>74</sup>; c) organização em sentido estrito – relativo a áreas constitucionalmente previstas e que coordenam a busca por certos objetivos comungados pela sociedade, como sistema de educação, saúde, radiodifusão, etc.; d) participação nas decisões do Estado – o exemplo mais óbvio para essa quarta classe é a legislação relativa ao exercício do direito ao voto<sup>75</sup>.

## 2.5 A AUTONOMIA EM RELAÇÃO AOS DEVERES DE PROTEÇÃO E A EVOLUÇÃO DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

Adiantamos na introdução que a afirmação da autonomia da proibição do defeito se dá em relação a dois paradigmas. O primeiro, que já apresentamos, diz respeito à própria “descoberta” da *Untermaßverbot* e sua emancipação dogmática em relação à *Übermaßverbot*. O segundo aspecto da autonomia, que analisaremos agora, diz respeito à separação entre os conceitos de deveres de proteção – e até mesmo deveres de ação – e o princípio da proibição do defeito. Trata-se de uma evolução doutrinária e jurisprudencial que resultou no reconhecimento de outros deveres de agir além do dever estatal de proteção, de modo a ampliar o âmbito de aplicação deste princípio<sup>76</sup>.

Canaris já afirmava essa distinção entre deveres de proteção e proibição do defeito, afirmando que o dever de proteção corresponderia a “se” há um imperativo

72 ALEXY, 2002, p. 314 et seq.

73 Jorge Reis Novais enquadra os deveres de organização e procedimento como a dimensão positiva dos deveres estatais de respeito e abstenção (NOVAIS, 2017, p. 310-311).

74 Robert Alexy chega a afirmar que, por servirem primariamente à proteção de posições legais, é possível considerar os direitos/deveres de criação de procedimento em sentido estrito como relacionados aos direitos/deveres de proteção (ALEXY, op. cit., p. 328). Talvez seja nesse sentido que Jorge Reis Novais interprete, como mencionamos, os direitos de organização e procedimento como sendo a vertente positiva dos direitos de proteção, como mencionamos anteriormente (NOVAIS, op. cit., p. 310).

75 ALEXY, op. cit., p. 324-334.

76 op. cit. teq

de tutela estatal, enquanto a proibição de insuficiência diz “como” efetivar-se-ia esse dever estatal positivo, restando neste segundo momento o espaço para a atuação da *Untermaßverbot*: “[n]este quadro, há, pois, que averiguar se a proteção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada”, sendo “preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados”<sup>77</sup>.

Ainda persiste alguma dissonância dogmática, não sendo uniforme o tratamento do tema – como é comum na história da *Untermaßverbot*. A evolução do estudo do princípio da proibição do defeito para emancipá-lo dos deveres de proteção passa necessariamente pelo reconhecimento do conceito amplo dos deveres estatais de ação – alargando, portanto, seu âmbito de aplicação. Exemplo de posição dissonante é a de Jorge P. da Silva, que expressamente limita o princípio da proibição do defeito aos deveres de proteção<sup>78</sup>. É também o caso de Matricardi Rodrigues, que analisou os julgados do Supremo Tribunal Federal em que se fez referência ao princípio da proibição do defeito. Rodrigues critica a aplicabilidade do princípio a casos envolvendo direitos sociais, citando a classificação de Alexy dos direitos a prestação em sentido amplo<sup>79</sup>.

Outra doutrina já admite a ampliação do campo de aplicação da proibição do defeito, mas continua a enfatizar a figura dos deveres estatais de proteção. O estudo de Borowski se encaixa neste grupo, dando ênfase à análise dos deveres de proteção, mas advertindo que sua tese se aplica, *mutatis mutandi*, às outras duas categorias que ele identifica - direitos sociais e direitos de organização e procedimento, como lhe convém denominar<sup>80</sup>. Com uma abordagem mais ampla e moderna sobre o tema vemos Vitalino Canas e Jorge Reis Novais, havendo também quem entenda que a proibição do defeito só atingiria de fato um grau de autonomia que a afasta da proibição do excesso quando se trata de deveres de ação diferentes dos deveres de proteção das relações triangulares<sup>81</sup>.

Manifestações jurisprudenciais dessa acepção alargada do âmbito de aplicação da proibição do defeito podem ser encontradas tanto em território português quando brasileiro. Em Portugal, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 474/02 aprecia a “inconstitucionalidade resultante da falta das medidas legislativas necessárias [...] no que aos trabalhadores da função pública diz respeito, à norma contida na alínea e) do nº 1 do artigo 59º da Lei Fundamental”<sup>82</sup>. Neste julgado, a Corte Constitucional Portuguesa, apesar de não invocar expressamente o princípio da proibição do defeito, atuou sobre tema que se enquadra no seu âmbito de aplicação e trouxe pelo menos uma importante conclusão: a inconstitucionalidade por omissão pode se

77 2016, teqteq.

78 SILVA, 2012, p. 189 e 190.

79 RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Monografia (Conclusão de formação) – Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. p. 69 -70. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>. Acesso em: 26 abr. 2019.

80 BOROWSKI, 2003, p. 154 et seq.

81 LEE (2007, p. 309), apud CANAS, op. cit., p. 968.

82 O mencionado art. 59º, nº 1, e), da Constituição República Portuguesa assim dispõe: “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: e) à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego”. Interessante notar que o Provedor de Justiça enfrentou a questão de qual seria o instrumento de controle mais adequado, ao rejeitar a invocação do princípio da igualdade para que se viabilizasse a via do controle de constitucionalidade por ação. Concluiu, porém, por trazer à sua argumentação, ao lado da análise da omissão por violação de um dever de legislar, a violação do princípio da igualdade”. (PORTUGAL, Ac 474/2002, n. 1.)

fundamentar em normas de direitos sociais desde que exista específica e concreta imposição constitucional ao legislador<sup>83</sup>.

Nos Acórdãos nº 400/2011, nº 274/2013 e nº 481/2014, o Tribunal Constitucional Português aplicou o princípio da proibição do defeito e afirmou a suficiência de legislação que fixava na decisão judicial constitutiva o momento inicial da obrigação de o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores assegurar as prestações judicialmente fixadas, em substituição do devedor de alimentos<sup>84</sup>. A abordagem dada pela corte constitucional se iniciou identificando um dever estatal de proteção da criança, mas avançou sobre o reconhecimento de uma obrigação estatal de prestação pecuniária correspondente a um direito social, fundada num direito à segurança social<sup>85</sup>. É nesse sentido que interpretamos o seguinte trecho do Acórdão:

É certo que neste domínio particular da proteção da infância, pela insuperável debilidade do titular, pela sua incapacidade natural de encontrar por si alternativas para satisfazer necessidades vitais comprometidas pelo incumprimento da obrigação alimentar, pela urgência e pelas consequências, no plano social e pessoal, da insatisfação imediata das necessidades de uma personalidade em formação, o grau de proteção constitucional é mais intenso e o correlativo dever de prestação por parte do Estado mais determinável no seu conteúdo mínimo.<sup>86</sup>

Tratando-se de norma que define o marco inicial da constituição de prestação judicialmente fixada, seria possível enquadrá-la no âmbito dos deveres de organização e procedimento. Retomamos aqui a advertência de Borowski de que nem sempre é possível atribuir exatamente um direito a uma das espécies dos direitos fundamentais de prestação. Assim, nos mencionados Acórdãos seria possível acomodar a atuação estatal nos três tipos de deveres de prestação, tornando esta tarefa um pouco subjetiva e aleatória. Por outro lado, o aspecto relevante que se extrai desta análise é ampliação do âmbito de aplicação da proibição do defeito na jurisprudência portuguesa.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, também amplia o âmbito de aplicação da proibição do defeito. No ARE 745745 AGR / MG, o STF manteve o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reconheceu ser insuficiente a rede municipal de Belo Horizonte/MG para a assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo naquela cidade. Ficou estabelecido na decisão que um dever estatal prestacional relativo ao direito social à saúde – Art. 196, CRFB -, limitariam a discricionariedade administrativa e a falha

83 Idem, ibidem, n. 4.

84 Idem. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 481/2014*. Plenário (1. Secção). Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Lisboa, 25 jun. 2014. n. 1. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140481.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

85 Idem. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 400/2011*. Plenário. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 22 set. 2011. n. 5. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

86 Idem.

do ente público de efetivar tais direitos legitimaria a intervenção jurisdicional)<sup>87</sup>. O STF afastou uma alegação arbitrária de uma reserva do possível pelo Município de Belo Horizonte

[...] com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>88</sup>.

Forçoso reconhecer, portanto, que um dever estatal de ação, que abrange outros tipos de obrigações estatais constitucionalmente previstas e relativas à efetividade dos direitos fundamentais, funciona como um primeiro pressuposto do princípio da proibição do defeito. Tais obrigações positivas, com implicações sobre os direitos fundamentais bastante diferentes das correspondentes aos deveres de abstenção, caracterizarão situações que demandarão a aplicação de um instrumento adequado a controlar e, assim, preencher a “lacuna de garantias” mencionada na introdução.

### 3. SEGUNDO PRESSUPOSTO: COLISÃO DE POSIÇÕES DEÔNTICAS DO LEGISLADOR.

Um segundo pressuposto delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito seria a existência de uma colisão de normas, conceituada por Vitalino Canas como “a situação em que duas ou mais normas válidas partilham todas ou algumas condições de aplicação, definindo contudo consequências jurídicas irreconciliáveis”<sup>89</sup>. Nesse sentido, as colisões de normas representam o choque de posturas do legislador e, conforme se percebeu na seção anterior deste trabalho, tais posições deônticas determinarão qual instrumento de harmonização que melhor se adequa em busca de uma solução para o caso. Em outras palavras, havendo a colisão entre posições deônticas do legislador em relação a bens, interesses ou valores jusfundamentais, a solução para o caso demanda a aplicação de um instrumento de ponderação adequado à modalidade deste conflito<sup>90</sup>.

Robert Alexy deixa claro que a colisão de direitos fundamentais é natural em qualquer catálogo que os preveja e demanda uma solução que seja viável diante da ideia de unidade sistemática da constituição. A solução adequada para limitar o sacrifício dos direitos fundamentais, segundo a sua teoria principiológica, é a ponderação<sup>91</sup>. A solução do conflito pela ponderação pressupõe, inicialmente, o reconhecimento da vinculatividade dos direitos fundamentais e, em segundo lugar, o entendimento de uma estrutura dos direitos fundamentais na forma de princípios<sup>92</sup>. Já que a solução possível é obtida através da ponderação, ou seja,

87 BRASIL, 2014, p. 8 e 9.

88 Ibidem, p. 11.

89 Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008..

90 CANAS, op. cit., p. 553 et seq.

91 ALEXY, 1999, p. 67 et seq.

92 Ibidem, p. 73 et seq.



da harmonização da colisão, esta última se torna, então, pressuposto lógico para a aplicação dos respectivos instrumentos de ponderação e harmonização.

O princípio da proibição do defeito corresponde ao instrumento de harmonização que se aplica aos casos em que se detectam colisões entre um dever estatal de ação – primeiro pressuposto - e outros deveres ou permissões do legislador. Assim, de maneira geral, os tipos de conflitos que podem ocorrer dentro do seu âmbito de aplicação são os seguintes: i) entre um dever de ação e um dever de abstenção; ii) um dever de ação e outro dever de ação; ou iii) um dever de ação e uma permissão. Esses tipos de colisões normativas são chamados por Vitalino Canas de “hipóteses puras”, advertindo-se, porém, que “muitas vezes não são lineares os deveres que estão em causa e o tipo de colisão que se trava entre eles”<sup>93</sup> 94.

A análise das colisões terá repercussão na forma como duas correntes doutrinárias orientam a aplicação do princípio da proibição do defeito. Em sua tese, Vitalino Canas afirma que, enquanto norma de controle, a proibição do defeito “obriga” que o julgador avalie duas posições estatais em conflito, “as duas variáveis”, especialmente nos casos de tal colisão se manifestar numa relação triangular – dever de proteção contra a lesão perpetrada por particular vs. dever de abstenção. Nestas hipóteses, a forma como o caso chega para julgamento pode variar de acordo com o ponto de vista do sujeito ativo processual e sua posição jurídica subjetiva.

Independente de qual a “variável” apontada pelo sujeito que assumiu a iniciativa processual, a proibição do defeito só se aplica para analisar omissões – totais ou parciais – do Estado em face de um seu dever de ação<sup>95</sup>. É aqui que se encontra a relação entre a análise dos tipos de colisões e a forma de aplicação da *Untermaßverbot* como norma de controle de constitucionalidade.

Vitalino Canas enxerga uma importante consequência da diferenciação dos tipos de colisões normativas, diferenças estas que são baseadas na “equivalência ou desigualdade do peso abstrato” das posições deontológicas do legislador<sup>96</sup>. O autor

93 CANAS, op. cit., p. 989. Dissecando essas hipóteses, Canas enumera e exemplifica os tipos de colisão entre os deveres de ação de acordo com a classificação adotada em sua obra, mas que podemos resumir da seguinte forma – adaptando à classificação tripartite que adotamos neste trabalho: a) colisão entre um dever de proteção e um dever de abstenção; b) colisão entre um dever de proteção e um dever de concretização de um direito social; c) colisão entre um dever de proteção e um dever de organização e procedimento; d) colisão entre um dever de proteção e uma permissão; e) colisão entre um dever de concretização de um direito social e um dever de abstenção; f) colisão entre um dever de concretização de um direito social e um dever de organização e procedimento; g) colisão entre um dever de concretização de um direito social e uma permissão; h) colisão entre um dever de organização e procedimento e um dever de abstenção; i) colisão entre um dever de organização e procedimento e uma permissão (Ibidem, p. 983 e 989).

94 Das modalidades de colisão entre um dever estatal de proteção com outro dever estatal, apenas se enquadram no âmbito de aplicação da *Untermaßverbot*, como visto, os casos que envolvem um dever de abstenção, uma permissão ou outro dever de ação que não seja um dever estatal de proteção. Tal afirmação se utiliza de uma ressalva que já foi anteriormente anunciada, no momento em que se tratou especificamente dos deveres estatais de proteção: é elementar da própria noção do dever de proteção a relação triangular em que um particular tem seu direito violado/ameaçado pela atuação de outro particular - que é a “fonte de perturbação” -, que, por sua vez, “expõe” um seu direito de abstenção perante o Estado (Ibidem, p. 972). O mais comum de acontecer, portanto, é que um dever de proteção entre em colisão com um dever de abstenção estatal, sendo a situação típica de aplicação do princípio da proibição do defeito. Por outro lado, caso o conflito entre um dever de proteção ocorra face a outro dever de proteção, será caso para aplicação de outro instrumento de harmonização, e não o da proibição do defeito. Vitalino Canas aponta como mais adequado para esse tipo específico de colisões a figura da proporcionalidade equitativa. Tais casos, segundo o autor, na verdade envolveriam a “colisão de deveres cruzados”, como é o caso da colisão entre os direitos fundamentais de manifestação e de livre circulação, exemplo indicado também por Canas. Uma situação hipotética, mas plausível, para esse quadro pode ser retratada pela colisão entre o dever do Estado de proteção para que a realização de uma manifestação em favor do aumento do salário mínimo decorra sem interferências, bem como o dever estatal de proteger o deslocamento das pessoas que apenas querem retornar para casa após um dia de trabalho. Nesses casos o autor ainda ressalta que as pretensões gerariam uma situação de reciprocidade ou bilateralidade, pois surgiriam pretensões subjetivas tanto de abstenção como de proteção (Ibidem, p. 1058).

95 Ibidem, p. 1014 et seq.

96 Ibidem, p. 992.

aponta duas categorias de pesos abstratos, tendo por base a posição deontológica do legislador. Assim, os deveres de ação e de abstenção, exatamente por ambos serem deveres, serão *prima facie* equivalentes quando estiverem em colisão, enquanto a colisão entre deveres de ação e permissões de intervenção não são paritárias, já que as permissões “não estão protegida[s] por um dever constitucional do legislador”, exigindo uma estrutura de aplicação distinta daquela aplicável à categoria anterior – equivalente ou paritária<sup>97</sup>. Essas duas formas de aplicação da proibição do defeito – paritária e não paritária – significam, por conseguinte, estruturas de aplicação distintas<sup>98</sup>. Em suma, entender a colisão como pressuposto da aplicação da proibição do defeito, permite perceber, aí, efeitos que repercutem na estrutura de aplicação do princípio.

Por outro lado, a afirmação de que a colisão de normas é um pressuposto de aplicação do princípio da proibição do defeito não é questão pacífica. Canaris entende que a identificação de um dever de ação – especificamente um dever de proteção – consiste num passo anterior a uma ponderação<sup>99</sup>. Tal raciocínio culmina na ideia de que, em caso de uma relação triangular que apresente suposto conflito entre direitos fundamentais, não sendo possível apontar um dever de proteção, não há nem que se falar nesse conflito. Conforme já aqui exposto, Canaris defende que o dever de proteção corresponde a “se” há um imperativo de tutela estatal, enquanto a proibição de insuficiência seria o “como”, restando neste segundo momento, uma vez superado satisfatoriamente o primeiro, espaço para a atuação da *Untermaßverbot*<sup>100</sup>. Canaris ainda aponta que a proibição do defeito tem o papel de “delimitar o núcleo mínimo de proteção”, não sendo instrumento de harmonização, portanto, aderindo à chamada tese do “*korridor*”<sup>101</sup>.

A aplicação da proibição do defeito, assim, configuraria numa operação subsuntiva. Por outro lado, se for identificado um dever de proteção de um direito jusfundamental, que corresponde a um núcleo mínimo absoluto, e, a pretexto de realizar essa proteção, o Estado interferir num direito fundamental de defesa de outro particular, tal intervenção se justifica, em nome do princípio da proibição do defeito, não havendo necessidade de ponderação e nem mesmo a existência de uma colisão a ser solucionada<sup>102</sup>.

Jorge Reis Novais, por sua vez, se alinha à tese do *korridor*, com forte inspiração em Canaris, negando que o conflito seja um pressuposto para a aplicação da proibição do defeito: se há um corredor que permite a liberdade de ação do legislador, então não chegaria a haver uma colisão, não consistindo a proibição do defeito num exercício de ponderação propriamente dito<sup>103</sup>. Para ele, a teoria

97 teq..

98 Vitalino Canas detalha de que forma essa diferenciação de metodologia pode influenciar no controle judicial das omissões estatais: “Do ponto de vista da intensidade do controle pelo juiz constitucional, não parece que devam existir diferenças de regime, delineadas em abstrato, consoante se trate de situações abrangidas pela proibição do defeito paritária ou pela proibição do defeito não paritária. Todavia, pode suceder que o juiz constitucional tenha de fazer repercutir na extensão e alcance dos poderes de controle, caso a caso, a circunstância de a liberdade de conformação do legislador não ser uniforme em todos os tipos de deveres de ação. Assim, em média a liberdade de conformação é menor na produção das normas de processo, procedimento, organização e financiamento do que na produção de normas de proteção; e a liberdade de conformação dessas normas é menor do que quando se trata de materializar direitos sociais ou, mais latamente, normas programáticas” (Ibidem, p. 1030 e 1031).

99 op. cit..

100 op. cit., teqteq.

101 op. cit..

102 CANAS, 2017, p. 910.

103 NOVAIS, 2018, p. 292 et seq.

dos direitos fundamentais como princípios, sob a influência de Alexy, exigindo uma otimização, elimina o corredor de atuação do legislador e se aproxima em muito da *Kongruenzthese*, motivo pelo qual opõe semelhantes críticas a essa corrente. Para Novais esse elemento específico tornaria tal concepção da *Untermaßverbot* incompatível com a separação de poderes do Estado de Direito. A proibição do defeito deveria consistir, então, num instrumento de controle de omissões e do cumprimento dos deveres de ação, e não um critério de proporcionalidade:

O que temos de apurar é se o Estado tinha uma obrigação constitucional de proteger e, em caso afirmativo, se observou ou não, de forma suficiente ou insuficiente, os comandos constitucionais de protecção a que estava obrigado. A ideia de proporção é totalmente estranha a esta indagação<sup>104</sup>.

No trecho acima, entendemos que Novais revela, implicitamente, que na sua tese o único pressuposto do âmbito de aplicação seria a existência de um dever constitucional de ação, excluindo a necessidade de identificação de um conflito de normas, na medida em que afasta a ideia de proporcionalidade que lhe seria anterior. O autor entende que o conteúdo do princípio da proibição do defeito é dado por um critério de evidência, que garanta a realização de um nível mínimo do direito fundamental e a uma avaliação da razoabilidade das consequências da omissão<sup>105</sup>. Com isso, ao contrário da proposta de Canas, se justificaria um conteúdo unitário do princípio da proibição do defeito aplicável a todos os casos de deveres estatais de ação.

É importante ressaltar, todavia, que Jorge Reis Novais não nega a possibilidade de conflitos normativos. De fato, identifica a existência de colisão de normas nas situações de conflito de direitos fundamentais de particulares – relações triangulares –, caso típico do reconhecimento de deveres de proteção, mas não afirma que tais colisões sejam pressuposto da *Untermaßverbot*, vez que não percebe conflito nas chamadas relações bipolares, associadas ao que chama de deveres de promoção, especialmente a promoção de direitos sociais<sup>106</sup>.

Entendemos que é nesse ponto que reside a dissonância entre Novais e Canas: ao não identificar as colisões normativas como pressupostos de aplicação da proibição do defeito, Jorge Reis Novais defende um conteúdo dogmático unitário, aplicável igualmente a todos os casos que se enquadrarem no âmbito de aplicação da *Untermaßverbot*<sup>107</sup>. Novais chega a reconhecer uma diferença entre graus de margens de controle da constitucionalidade: enquanto em algumas situações haveria uma “reserva do politicamente adequado”, natural de um regime democrático, em outras se lhe acresceria a reserva do financeiramente possível<sup>108</sup>. Esse tipo de situação, apesar de não especificada em detalhes pelo autor, se

104 Ibidem, p. 327.

105 Ibidem, pp. 345 et seq.

106 NOVAIS, 2018, p. 338 et seq.

107 Ibidem, p. 339.

108 Idem, 2017, p. 340.

enquadraria num tipo de colisão que Canas identifica como não-paritária – dever de ação vs. permissão de intervenção.

Uma análise das implicações práticas de tais posições pode ser feita a partir de um caso concreto. Nos debruçemos, mais uma vez, sobre o Acórdão 481/2014, analisado anteriormente, em que se verifica a suficiência da legislação em relação ao direito à segurança social do menor e ao dever estatal de promover tal direito através de prestações pecuniárias. O cerne do caso se referia ao fato de o marco inicial da obrigação pecuniária estatal ser a decisão constitutiva, ainda que provisória, o que impediria a satisfação das necessidades do menor anteriores a este momento. Segundo a argumentação de Jorge Reis Novais, como vimos, para se aplicar o princípio da proibição do defeito seria necessária a identificação de um dever de ação estatal correspondente à realização de um nível mínimo essencial do direito jusfundamental em causa. Assim, se fosse reconhecido que as prestações alimentícias anteriores à decisão compõem o nível mínimo essencial do direito à segurança social, ou que as consequências do seu não pagamento seriam desrazoáveis, deveria ser reconhecida a insuficiência da norma, não sendo relevantes, *prima facie*, argumentos relativos à reserva do financeiramente adequado. Extrapolado o conceito de nível mínimo, ou sendo considerado razoável o resultado da omissão, a inconstitucionalidade da norma não poderia ser afirmada por violação ao princípio da proibição do defeito.

No mesmo caso, mas aplicando o raciocínio de Vitalino Canas, seriam identificadas duas posições deontológicas em colisão: um dever de ação, consistente na obrigação de promoção do direito à segurança social do menor; *versus* uma permissão de intervenção, referente à manutenção da regularidade financeira do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, dentro de uma reserva do financeiramente possível ou adequado. Diante deste conflito de posições deontológicas desiguais, seria aplicável ao caso o modelo não paritário do princípio da proibição do defeito, segundo a proposta de Canas.

O que permite que os autores tenham duas visões diferentes sobre o segundo pressuposto do âmbito de aplicação da proibição do defeito é a interpretação que eles fazem da densidade normativa necessária para identificar um dever de ação e a forma como essa densidade interfere na unitariedade ou não da metodologia de aplicação da *Untermassverbot*. Canas afirma que o grau de intensidade do exame que propõe é mínimo, correspondente a um critério de evidência. Novais também afirma que se posiciona a favor de um controle de evidência e também com conteúdo de controle de mínimos. Qual seria a diferença, então? Vitalino Canas traz a resposta:

Não se deve confundir grau mínimo de intensidade do exame judicial com uma conceção da proibição do defeito como garantia do conteúdo mínimo ou do núcleo mínimo ou essencial da norma de direitos donde deflui o dever do legislador. [...] o conteúdo mínimo do direito não é garantido através da proibição do defeito em sentido próprio.<sup>109</sup>

<sup>109</sup> CANAS, 2017, p. 1031.

#### 4. CONCLUSÃO

O intuito de delimitar um âmbito de aplicação de um princípio é oferecer critérios para apontar os casos aos quais ele deve ser aplicado. No caso do princípio da proibição do defeito, vimos que, mais do que oferecer critérios de escolha, o estudo do seu âmbito de aplicação ajuda a explicar a necessidade e a legitimidade de um instrumento autônomo de controle do cumprimento dos deveres estatais de ação. Além disso, uma observação mais acurada sobre os seus pressupostos de aplicação se mostra determinante quanto ao conteúdo dogmático da proibição do defeito.

A percepção de uma nova posição do Estado, superando a visão do Estado como inimigo e passando, então, a ser também protetor e garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos faz surgir obrigações estatais positivas com previsão constitucional e relacionadas aos direitos fundamentais. O reconhecimento de deveres de ação suficientemente densos, de características distintas das obrigações de abstenção, legitima a intervenção do poder judiciário para controlar a suficiência da conduta do ente público. Tal legitimação é deferida, portanto, quando os direitos fundamentais têm sua efetividade ameaçada pela omissão da atuação do ente público, seja em uma relação triangular, entre particulares, ou numa relação bipolar, entre o cidadão e o próprio Estado. A doutrina e a jurisprudência já reconhecem a aplicabilidade da proibição do defeito como instrumento de proteção nesses casos, de modo a oferecer justiciabilidade inclusive a direitos sociais constitucionalmente previstos.

Estabelecida a necessidade de um instrumento autônomo de controle de omissões estatais, a análise de um segundo pressuposto levou o presente estudo a avaliar as teses de dois autores que sustentam estruturas distintas de aplicação do princípio. Jorge Reis Novais, ao propor uma estrutura dogmática unitária, não condiciona a aplicação da proibição do defeito à existência de um conflito normativo. Por sua vez, Vitalino Canas encontra no desequilíbrio das posições deontológicas do Estado um argumento para sugerir que a estrutura do princípio deva se adequar conforme as normas em conflito sejam paritárias ou não. Daí que sua proposição pressupõe a identificação de tal conflito para que o princípio da proibição do defeito seja aplicado.

Conclui-se que as diferenças de abordagem das duas teorias se baseiam na forma como os autores avaliam a intensidade do dever de ação. Exigindo uma intensidade menor, correspondente a um nível mínimo de satisfação do direito fundamental em questão, a teoria unitária de Novais reduz a margem de interferência do judiciário ao mesmo tempo em que amplia a discricionariedade do ente público. Assim, se não for satisfeita a obrigação de prestação, a omissão não poderá ser justificada e poderá ser controlada através do instrumento da proibição do defeito. Por outro lado, pelas lições de Canas, admitindo uma intensidade menor do dever de ação e reconhecendo que este é apenas uma das modalidades de posições deontológicas constitucionalmente previstas, o choque destes com uma outra obrigação ou permissão constitucional jusfundamental demandaria uma ponderação. O espaço de discricionariedade do ente público ficaria mais restrito, dependendo a conduta da persecução de um outro fim constitucionalmente previsto. Assim, a proibição do

defeito daria maior poder de avaliação e ponderação ao judiciário, especialmente num cenário de conflito de normas não paritárias.

Por fim, a principal conclusão deste trabalho é que a combinação dos dois pressupostos delimitadores do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito, além de apontar os casos em que este deve ser aplicado, pode oferecer um maior ou menor grau de legitimidade na intervenção do poder judiciário no controle da suficiência das medidas estatais relacionadas aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 1-17, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>. Acesso em: 18 mar .2019.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Agravo Regimental nº 745745 AGR/MG*. Acórdão. Relator: Min. Celso de Mello. 02 dez. 2014. p. 4. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2. p. 111-124.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidade. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). *La teoria principalista de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 169-206.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016.

MACÊDO, F. M. O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal. *RIDB-FDUL*, Lisboa, v. 9, p. 7029-7072, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 474/02*. Plenário (2. Secção). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 19 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 400/2011*. Plenário. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 22 set. 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 274/2013*. Plenário (3. Secção). Relator: Conselheiro Vítor Gomes (Conselheira Maria José R. Mesquita). Lisboa, 25 mai. 2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130274.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 481/2014*. Plenário (1. Secção). Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Lisboa, 25 jun. 2014. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140481.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos s fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Monografia (Conclusão de formação) – Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-control-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>. Acesso em: 26 abr. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SHUE, Henry. *Basic rights*. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 185-210. v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de protecção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.