

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CONSTITUCIONAL III

RUBENS BEÇAK

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Rubens Beçak; Thais Janaina Wenczenovicz. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-763-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL III

Apresentação

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

**O COMBATE A DESINFORMACAO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO
PROCESSO DEMOCRATICO ELEITORAL**

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

O trabalho de Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Fabrício Facury Fidalgo, trouxe elementos da importante discussão que se faz nos processos eleitorais com relação ao tratamento da informação, sobretudo explorando a questão da desinformação em seu contexto atual.

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

**A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA
DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)**

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

**A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro, destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

O COMBATE A DESINFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro,

destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para diferentes sentidos, culminando em decisões antagônicas.

A ADI 5938 E A PROTEÇÃO AO DIREITO DE DUPLA TITULARIDADE DO NASCITURO E DA GESTANTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

As autoras Adriana Goulart de Sena Orsini e Paula Gondim de Sena Orsini em sua pesquisa analisam, de forma circunstanciada, a decisão da ADI 5938 pelo Supremo Tribunal Federal,

demonstrando a importância do referido julgado, seja para o Direito Constitucional, seja para o Direito do Trabalho, com destaque especial para o voto do Ministro Alexandre de Moraes e a doutrina da Proteção ao Direito de Dupla Titularidade do Nascituro e da Gestante.

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXPERIÊNCIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

PRINCIPLE OF PROHIBITION OF INSUFFICIENT PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: EXPERIENCE IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE POSSIBILITY OF APPLYING THE PRINCIPLE TO JUDICIAL DECISIONS

Flávio Barros Braga Juanes ¹

Resumo

Em um Estado Democrático de Direito, é dever dos Poderes Públicos a concretização dos direitos fundamentais, seja pela via administrativa, seja legislativa, tal qual almejado pela Constituição Federal em suas regras e princípios. Em última instância, em casos de omissões, violações ou insuficiências, competirá ao Poder Judiciário a salvaguarda dos direitos fundamentais, pelas mais diversas vias de tutelas processuais cabíveis no ordenamento jurídico. O princípio da proibição da proteção insuficiente é vertente do princípio constitucional da proporcionalidade, cuja existência impõe a necessidade de que o Estado proteja por parâmetros mínimos os direitos fundamentais dos cidadãos, impedindo a existência de leis ou atos do Poder Público que, de forma deliberada, protejam e resguardem de forma insuficiente as garantias constitucionais. Este princípio já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, tornando igualmente necessário que seja ele acolhido pelos tribunais inferiores. Em situações limítrofes, hard cases e desacordos morais razoáveis que envolvam direitos de grupos vulneráveis, conflito entre direitos dignos de proteção, o papel do Judiciário é ser concretizador de direitos. O presente trabalho teve como intuito analisar a possibilidade de aplicação da vedação de proibição insuficiente como uma técnica decisória e de interpretação do direito, através do método indutivo e análise de bibliografia selecionada.

Palavras-chave: Proibição da proteção insuficiente, Poder judiciário, Direitos fundamentais, Supremo tribunal federal brasileiro, Grupos vulneráveis

Abstract/Resumen/Résumé

In a Democratic State of Law, it is the duty of the Public Powers to implement fundamental rights, whether through administrative or legislative means, as desired by the Federal Constitution. However, in cases of omissions, violations or insufficiencies, it will be up to the Judiciary to safeguard fundamental rights, through the most diverse means of procedural protections applicable in the legal system. The principle of prohibiting insufficient protection is part of the constitutional principle of proportionality, whose existence imposes the need for

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito. Advogado.

the State to protect the fundamental rights of citizens by minimum parameters, preventing the existence of laws or acts of the Public Power that insufficiently protect and safeguard constitutional guarantees. This principle has already been adopted by the Brazilian Supreme Court, making it equally necessary that it be accepted by the lower courts. In borderline situations, hard cases and reasonable moral disagreements involving the rights of vulnerable groups, conflict between rights worthy of protection, the role of the Judiciary is to be a concretor of rights. The present work aimed to analyze the possibility of applying the prohibition of insufficient prohibition as a decision-making technique and interpretation of the law, through the inductive method and analysis of selected bibliography.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prohibition of failure protection, Judicial power, Fundamental rights, Brazilian federal supreme court, Vulnerable groups

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, é dever dos Poderes Públicos a concretização dos direitos fundamentais, seja pela via administrativa, seja legislativa, tal qual almejado pela Constituição Federal em suas regras e princípios. No entanto, em última instância, em casos de omissões, violações ou insuficiências, competirá ao Poder Judiciário a salvaguarda dos direitos fundamentais, pelas mais diversas vias de tutelas processuais cabíveis no ordenamento jurídico.

Ressalvada a necessidade de autocontenção judicial, evitando-se o polêmico ativismo judicial, é certo que a atuação judicial, tratando-se de grupos vulneráveis, não deve ser perfunctória. Deve, em realidade, ser concretizadora de direitos fundamentais, atuando o magistrado com o objetivo de efetivar direitos fundamentais e incluir grupos vulneráveis nas estruturas de Poder do Estado, almejando, assim, a adoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 3º).

Dentre os princípios advindos da Constituição Federal brasileira, consagrou-se doutrina e jurisprudencialmente o princípio da proibição/vedação da proteção insuficiente/deficiente, originário da doutrina alemã, como vetor interpretativo do direito, sobretudo na análise da constitucionalidade das leis.

Este princípio em ocasiões diversas foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, encontrando, portanto, abrigo na Corte Constitucional brasileira.

No entanto, torna-se necessária a discussão sobre a possibilidade de aplicação de referido princípio às decisões judiciais em Tribunais inferiores, como razão de decidir ou por argumentação jurídica, sobretudo diante de situações limítrofes, *hard cases* que envolvam direitos de grupos vulneráveis e desacordos morais razoáveis.

Assim o sendo, o presente artigo analisará o princípio da proibição/vedação da proteção insuficiente e a possibilidade de sua utilização para a criação da norma de decisão. Para tanto, perpassar-se-á pela conceituação de referido princípio, sua adoção na Corte Constitucional brasileira, discussão sobre o papel do juiz no atual estágio do constitucionalismo no Brasil e, ao final, definir sobre a possibilidade de aplicação do princípio da proteção insuficiente aos casos concretos levados ao Poder Judiciário.

Para tanto, o artigo será pautado em pesquisas bibliográficas em autores nacionais, com enfoque jurisprudencial e doutrinário, e escrito a partir do método lógico-dedutivo.

2 ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO/VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE/DEFICIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da proibição/vedação da proteção insuficiente/deficiente é derivado do princípio constitucional da proporcionalidade. Para os fins do presente artigo, adotar-se-á simplesmente a nomenclatura de proibição da proteção insuficiente. Por ele, impõe a necessidade de que os direitos fundamentais sejam protegidos por parâmetros mínimos, de forma a impedir a existência de leis ou atos, normativos ou administrativos, que protejam insuficientemente os direitos fundamentais.

O estudo da proibição da proteção insuficiente deve ter início pelo conceito de proporcionalidade, princípio ou postulado do qual aquela deriva. Mendes (2017, p. 216) sustenta que parte da doutrina encontra o fundamento do princípio da proporcionalidade nos direitos fundamentais, outra como expressão do próprio Estado de Direito e, por fim, alguns mencionam que seria ela postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo. Novelino (2022, p. 340), de sua vez, defende que a proporcionalidade é um postulado, ou seja, “uma meta norma que prescreve o modo de raciocínio e de argumentação relacionado às normas restritivas de direitos fundamentais”, de modo que ela se liga à justificação interna da decisão jurídica, isto é, contribui “para a revelação das premissas a serem justificadas externamente e para a identificação de erros e inconsistências na fundamentação do resultado” (NOVELINO, 2022, p. 340).

A finalidade da proporcionalidade, inicialmente, é permitir que se afira a constitucionalidade das normas que limitem ou restrinjam direitos fundamentais ou os efeitos de normas constitucionais, a partir da aplicação ordenada dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MARTINS, 2020, p. 412). É ela importante vetor de interpretação constitucional ao hermenauta, atuando na análise da liberdade de conformação do legislador entre os fins constitucionais e a legislação infraconstitucional a ser editada. A proporcionalidade, também, deve ser objeto de verificação quanto ao teor das decisões judiciais aplicadas aos casos concretos, ou seja, liga-se à justificação interna da decisão jurídica (NOVELINO, 2022, p. 340).

A aplicação da proporcionalidade depende da aplicação ordenada de critérios (MARTINS, 2020, p. 412), ou seja, tal qual mencionado, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Para Rothenburg (2014, p. 98), a análise da proporcionalidade ocorre fases sucessivas e prejudiciais a serem vencidas pelo intérprete, tratando-se “de uma decomposição analítica da relação entre meio e fim, para verificar se a

intervenção jurídica (na maior parte das vezes, uma restrição a direito fundamental) é coerente e razoável diante da finalidade pretendida”.

A adequação analisa uma relação de causa e efeito, verificando se a norma restritiva alcança os objetivos pelos quais foi estabelecida (MARTINS, 2020, p. 412), pontuando-se que se exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, de modo que a Corte Constitucional, no caso, analisará se o meio adotado é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado” ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (MENDES, 2017, p. 225).

Em segundo lugar, superada a adequação, analisar-se-á a necessidade, ou seja, sopesa-se a imprescindibilidade do meio adotado com o objetivo alcançado. Assim, como diz Silva (2002, p. 38), “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Logo, conclui Mendes (2017, p. 225), “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”, ou seja, “o intérprete compara a solução dada pela lei restritiva com outras alternativas que poderiam ser menos lesivas ao direito fundamental violado” (MARTINS, 2020, p. 412).

Superadas as duas fases acima, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a restrição é razoável e proporcional em relação ao objetivo pretendido (ROTHENBURG, 2014, p. 101). Sendo o último dos critérios ou subprincípios da proporcionalidade, um juízo definitivo sobre esta deve, segundo Mendes (2015, p. 225), “resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”.

As três fases ou premissas da proporcionalidade são sinteticamente resumidas por Martins (2020, p. 412), da seguinte forma: (a) na adequação, verifica-se uma relação de causa e efeito, analisando-se se a norma restritiva alcança os objetivos pelos quais foi estabelecida; (b) a necessidade, cuja análise é comparativa, compara a solução dada com outras que poderiam ser menos lesivas ao direito restringido; (c) a proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação de interesses em conflito, com a verificação entre o direito violado pela norma restritiva e o direito por ela tutelado.

Do princípio da proporcionalidade decorrem dois subprincípios ou vertentes, quais sejam, a proibição de excesso (aspecto negativo) e a proibição de insuficiência ou proteção insuficiente (aspecto positivo). Diz-se negativo porque o primeiro busca uma *proibição de*

excesso quando da imposição de restrições aos direitos fundamentais, enquanto a última – proibição de insuficiência – impõe atuação positiva, ou seja, a necessidade de atuação (ROTHENBURG, 2014, p. 110).

Impõe, ainda, mencionar que por vezes a jurisprudência e a doutrina tratam proporcionalidade e proibição de excesso como sinônimos. Há, todavia, quem alerte que melhor seria a utilização do termo proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, utilizando-se proibição de excesso e proibição de insuficiência como subprincípios daquela Silva (2002, p. 26). Sobre as diferenciações entre os dois subprincípios ou facetas da proporcionalidade, Novellino (2022, p. 344) destaca:

O postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (*proibição de excesso*); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (*proibição de proteção insuficiente*). Neste sentido, pode-se dizer que enquanto a “proibição de excesso” tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais *além* do necessário, a “proibição de proteção insuficiente” visa a impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem *aquém* do necessário.

A *proibição da proteção insuficiente* impõe aos poderes públicos, portanto, a adoção de medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais, sobretudo, daqueles que dependem de prestações materiais – *e.g.*, direitos sociais prestacionais – e jurídicas – *e.g.*, criminalização de condutas gravemente ofensivas – por parte do Estado.

Em virtude da proibição de excesso, não pode o Estado restringir excessivamente os efeitos da norma constitucional, de modo a violar os critérios caracterizadores do princípio da proporcionalidade, sendo a fixação de limites aos limites do Poder Público (MARTINS, 2020, p. 413). Tal vertente de análise da proporcionalidade encontra grande incidência na interpretação do direito penal, ramificação do direito cujas garantias do jurisdicionado estão umbilicalmente ligada aos direitos fundamentais do indivíduo. Se, de um lado, ao Estado é garantido o dever de investigar, processar e punir, estes, tal qual a criminalização e penalização, não podem se mostrar excessivas.

Como contraface da proibição de excesso, encontra-se a proibição de insuficiência ou de proteção insuficiente. Ao Estado compete a proteção aos direitos fundamentais, ao qual o Estado está vinculado e sem o qual sua atuação não será legítima aos jurisdicionados. O Estado deve promover os direitos fundamentais, sendo, inclusive, objetivo do que se diz Estado Democrático de Direito. Assim, a nova dimensão do princípio da proporcionalidade corresponde à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, sendo vinculada ao dever de proteção do Estado quanto aos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 84). Se a restrição ou limitação de direitos fundamentais por leis ou atos normativos infraconstitucionais,

praticados pelo Estado, não pode ser excessiva, sob pena de infringência à vedação de excesso, igual e consequentemente a proteção destes igualmente não pode ser insuficiente. Ao introduzir a temática da vedação da proibição insuficiência, Martins (2020, p. 413) destaca:

Por sua vez, o termo *Untermassverbot* (proibição de proteção insuficiente) foi utilizado pela primeira vez, ao que tudo indica, por Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, e ganhou importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão em decisão importante sobre a legalização do aborto¹. Nas palavras de Daniel Sarmento, “no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo. [...] A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros.

Assim, ao administrador e ao legislador infraconstitucional, e, até mesmo ao constituinte reformador, veda-se a edição de leis ou atos normativos ou administrativos que excessivamente limitem direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, que lhe confirmem proteção insuficiente. A atuação estatal somente será legítima se proteger e promover os direitos fundamentais de forma adequada e suficiente. A proibição da insuficiência igualmente impõe atuação positiva de conformidade e, por isto, está ligada às omissões inconstitucionais. Ela impõe aos Poderes Públicos adoção de medidas – vez mais, adequadas e suficientes – para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais, com especial enfoque naqueles dependentes de prestações materiais e jurídicas (NOVELINO, 2022, p. 344). Conforme aponta Campos (2016, p. 85):

Tem-se assim a ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais: o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade. Se a finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas normativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. Dessa forma, a violação desse princípio, por meio de medidas insuficientes para a proteção desses direitos, “encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional: o imperativo de proteger adequadamente os direitos fundamentais.

O Estado Democrático, vinculado que está aos direitos fundamentais, deve ter atuação positiva para protegê-los de forma satisfatória, adequada e eficaz, comprometendo-se com os fins constitucionais. Ações estatais insuficientes, inações ou omissões violarão o princípio da proteção insuficiente. A doutrina, especialmente Rothenburg (2014, p. 111), propõe a aplicação dos critérios utilizados para averiguar o respeito ao princípio da proporcionalidade igualmente para o subprincípio da proibição da proteção insuficiente:

¹ O autor, em nota de rodapé, menciona que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a inconstitucionalidade de lei que legalizara o aborto nos três primeiros meses de gestação, com fundamento de que o legislador alemão deixara de proteger em grau necessário a vida do feto ao legalizar o aborto (MARTINS, 2020, p. 413).

É possível adaptar a aplicação do critério da proporcionalidade, em seus três momentos, à proibição de proteção insuficiente: a adequação impõe o descarte do meio que não consiga alcançar o objetivo proposto, e a busca de outros meios adequados; a necessidade impõe a realização do objetivo exigido, com o sacrifício menos intenso das “posições jusfundamentais colidentes” (deveríamos acentuar não o menor sacrifício imposto aos demais direitos, mas o maior benefício obtido pelo direito fundamental cuja promoção se intenta, se bem que menor sacrifício com maior proveito são facetas indissociáveis do processo dialético de máxima efetividade dos direitos fundamentais); a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma rigorosa ponderação, “considerando os graus de satisfação ou não satisfação alcançados pelos meios adequados e necessários” (P. G. C. Leivas). O critério da proporcionalidade é uma ferramenta de aplicação dos direitos fundamentais em geral, em situação de concorrência ou conflito, seja por causa da defesa (proteção) que reclamam os direitos, seja por causa da promoção que demandam (ROTHENBURG, 2014, p. 111).

Uma vez reconhecida doutrinariamente o princípio da proibição da proteção insuficiente, importante mencionar como o Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, reconhece e aplica o princípio da vedação à proteção insuficiente em seus julgados, os quais serão abordados em tópico próprio deste artigo.

3 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Neste ponto do presente artigo, deve-se apresentar como o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem enfrentando a proibição insuficiente de direitos fundamentais. Ela impõe atuação positiva de conformidade e, por isto, está ligada às omissões inconstitucionais, impondo aos Poderes Públicos adoção de medidas – vez mais, adequadas e suficientes – para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais, com especial enfoque naqueles dependentes de prestações materiais e jurídicas (NOVELINO, 2022, p. 344).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já utilizou o princípio da vedação da proteção insuficiente como *ratio decidendi* em diversos de seus julgados, consagrando posição de proteção aos direitos fundamentais. A adoção inicial do princípio ocorreu em matérias afetas ao direito penal até seu posterior reconhecimento em outras áreas do direito, como o ambiental, ao envolver temas de direitos difusos.

Como menciona Campos (2016, p. 87), inicialmente o Tribunal Constitucional recusou a aplicação analógica de antigo dispositivo do código penal que previa a extinção da punibilidade nos crimes sexuais em razão do casamento do criminoso com a vítima, sendo que, na ocasião, o Min. Gilmar Mendes consignou que a adoção da aplicação analógica seria contrária ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente porque o

princípio conduziria à ideia de “garantismo positivo”, não podendo o Estado abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

O princípio da proibição da proteção insuficiente foi uma vez mais objeto de menção como razão de decidir pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto parcialmente divergente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.112/DF, que versava sobre o “Estatuto do Desarmamento”. Campos (2016, p. 87) menciona que o Ministro consignou que “a proteção dos direitos fundamentais deve se dar, entre outro, por meio da criminalização de condutas através de um sistema penal adequado, o que justificaria as restrições legais ao uso de armas”.

No entanto, passados dos mandados de criminalização na Corte Constitucional, a consolidação do princípio em realidade veio com o julgamento da Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, em que o Tribunal deu “interpretação conforme” aos artigos 12, I, e 16, daquela lei, para assentar a natureza incondicionada das ações penais referentes às lesões corporais no ambiente doméstico, independentemente de sua extensão (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF). Estes artigos condicionavam à representação da vítima a persecução penal de agressores em casos de lesões corporais no contexto de violência doméstica.

Em seu voto, o Min. Rel. Marco Aurélio de Mello (2014, p.12), todavia, entendeu que deixar a cargo da mulher a decisão sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Apesar do Ministro Relator não expressamente mencionar a proibição da proteção deficiente, seu entendimento alinha-se ao conceito desta. De outro lado, a Min. Rosa Weber assentou que a situação especial da mulher vítima de violência doméstica exige uma resposta especial do Estado, de modo que a ação penal pública condicionada à representação consistiria em proteção insuficiente.

A decisão, embora respeitável e que efetivamente proteja os direitos fundamentais das mulheres, grupo historicamente vulnerável, não foi imune às críticas da doutrina especializada, notadamente por ter limitado sobremaneira a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional.

Todavia, foi com o julgamento sobre a “Lei Maria da Penha” o exemplo mais destacado da aplicação, pelo Supremo, da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, e isso porque, nesse caso, a Corte reavaliou os diagnósticos e os prognósticos do legislador para, em clara sentença substitutiva, julgá-los parcialmente equivocados, efetivamente corrigi-los e, dessa forma, modificar a disciplina legal atacada na direção de estabelecer meios que assegurassem, segundo seu exclusivo

juízo, proteção mais eficaz e adequada aos direitos fundamentais envolvidos. De modo bastante claro, a Corte realizou um controle forte sobre os diagnósticos e prognósticos legislativos.

[...].

Diante dessa constatação, o Supremo resolveu “corrigir” a “Lei Maria da Penha”. Dando-lhe, segundo a parte dispositiva da decisão, “interpretação conforme à Constituição”, o Tribunal determinou que, nos crimes de lesão corporal, de qualquer espécie, a ação penal deveria ser tida como incondicionada à representação da mulher ofendida, em vez de condicionada como expressamente previsto. O Supremo revisou os diagnósticos e prognósticos legislativos e negou validade ao juízo de suficiência da medida protetiva estabelecida pelo legislador ordinário, julgando-a um exercício normativo insuficiente para a proteção da dignidade da mulher. A Corte adotou uma postura hermenêutica criativa na direção daquela que considerou a proteção insuficiente e impôs ao Estado o dever positivo de tutelar a saúde física e moral da mulher agredida no âmbito doméstico e familiar independentemente da vontade dela. O julgamento foi marcado pela forte investida da Corte sobre a liberdade de conformação legislativa a respeito dos meios de proteção da dignidade e da integridade física da mulher no âmbito doméstico e familiar. O legislador acreditara que condicionar a ação penal à representação da mulher resultaria em proteção suficiente e, em um juízo de pré-ponderação, escolheu também priorizar a autonomia da vontade da mulher ofendida. Os ministros, todavia, em sua grande maioria (apenas o ministro Cézar Peluso votou vencido), discordaram dos prognósticos legislativos em relação às consequências da medida adotada, principalmente porque rejeitaram o diagnóstico sobre a autonomia da vontade da mulher agredida. Para eles, essa autonomia não existe, é viciada diante do histórico de vulnerabilidade da mulher, de forma que a intimidação em face do agressor só se obteria se ele soubesse que a mulher agredida não pode dispor da demanda penal (CAMPOS, 2018, p. 89).

Aparte das contundentes críticas, o julgamento demonstrou uma investida do Tribunal Constitucional apta a considerar a proibição da proteção insuficiente como princípio para além dos mandados de criminalização e proteção de bens jurídicos pelo direito penal, tornando-o igualmente instrumento de proteção de grupos vulneráveis. O entendimento alinha-se ao desenvolvido neste artigo, sobretudo pela necessidade de proteção judicial aos grupos vulneráveis.

Para além dos mandados de criminalização e a proteção de bens jurídicos pelo direito penal, a vedação de proteção insuficiente igualmente foi utilizada como *ratio decidendi* em matérias de cunho ambiental, direito difuso por natureza, ao entender que a supressão de extenso espaço territorial especialmente protegido vulnerava o dever de proteção e preservação do meio ambiente, inclusive ofendendo o princípio da proibição insuficiente². Mais uma vez, o

² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. REDUÇÃO DO TERRITÓRIO DA ÁREA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL DE TAMOIOS POR MEIO DE DECRETO ESTADUAL. ART. 1º DO DECRETO 44.175/2013 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ART. 225, § 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. AFRONTA AO DEVER DE PRESERVAÇÃO E AOS POSTULADOS DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ART. 225, CAPUT, DA LEI MAIOR. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. I – A Área de Proteção Ambiental de Tamoios foi reduzida por meio de Decreto estadual, em violação ao princípio da reserva legal (art. 225, § 1º, III, da CF). II – A supressão de extenso espaço territorial especialmente protegido vulnera o dever de proteção e preservação do meio ambiente (art. 225, caput, CF) e ofende os princípios da vedação do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “com

Tribunal atuou para evitar inações estatais a direitos que necessitam de maior proteção e de especial atenção dos Poderes Públicos, no caso em análise, o meio ambiente saudável, direito difuso e fundamental de terceira geração. Conclui-se, assim, que aos poucos o Tribunal Constitucional vem construindo jurisprudência no sentido de reconhecer a existência do princípio da proibição da proteção insuficiente, vertente da proporcionalidade. Resta, assim, a possibilidade de aplicá-lo para a efetivação de direitos, sobretudo de grupos minoritários aos casos *sub judice*.

4 O PAPEL DO JUIZ NA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O texto normativo não é, em si, completo. É sinal linguístico, enunciado prescritivo, que deve ser interpretado pelo intérprete/hermeneuta para a criação da norma jurídica. É, pois, a base sobre a qual o intérprete se debruçará para, após interpretá-lo, criar a norma jurídica. Como estabelece Grau (2018, p. 40), os enunciados em si nada dizem, passando a dizer algo, em verdade, quando convertidos em normas a partir da interpretação. Logo, a norma ou significado é fruto da tarefa interpretativa do intérprete.

A interpretação do direito é um caminho. Inicia-se com o texto legal e segue-se à criação da norma jurídica e, realizado pelo juiz, seu intérprete autêntico, a norma de decisão. A criação da norma jurídica e a de decisão é processo dialógico em que o intérprete/hermeneuta dialogará com o texto normativo, utilizando-se de premissas e métodos de interpretação; e, nas palavras de Tovar (2020, p. 236) o intérprete deve deixar que o texto lhe diga algo; deve dialogar com ele, em verdadeiro juízo de alteridade hermenêutica.

Grau sustenta que a norma jurídica é construída pelo intérprete a partir do texto normativo, caminhando até a norma de decisão, ou seja, a concretização do direito somente ocorre com o alcance da norma de decisão, apta a solucionar o conflito do caso concreto (2014, p. 34).

Feitas estas digressões sobre a criação da norma de decisão, deve-se indagar sobre o processo decisório na interpretação do direito. Fato é que o juiz deverá interpretar os textos legais para criar a norma de decisão. Mas sua interpretação para a criação da norma de decisão deve estar adstrita ao texto (regra), porém não só. Deve igualmente estar pautada pelos

área total aproximada de 7.173,27 hectares", contida no artigo 1º do Decreto 44.175/2013 do Estado do Rio de Janeiro. (ADI 5676, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-012 DIVULG 24-01-2022 PUBLIC 25-01-2022).

princípios e objetivos decorrentes da Constituição Federal, pacto político-civilizatório de uma sociedade, sejam eles implícitos ou explícitos. Assim, para que se tenha uma resposta judicial adequada, não basta, mais, a mera aplicação do texto legal, sem que se observe estritamente os comandos constitucionais principiológicos, sobretudo àqueles decorrentes dos direitos e garantias fundamentais estampados na Carta Constitucional.

O juiz é o autêntico intérprete do direito, é ele quem criará a chamada norma de decisão, decidindo um caso concreto. E, ao fazê-lo, está adstrito aos princípios do ordenamento jurídico e não somente ao texto positivado em leis e regramentos infraconstitucionais. A interpretação do direito – e conseqüentemente a criação da decisão judicial - observará, também, os princípios do ordenamento jurídico para criação da norma jurídica e, após, da norma de decisão pelo juiz. Do juiz, também, espera-se a observância da constitucionalidade das leis, ou seja, de que haja necessária ponderação sobre a lei aplicável e sua compatibilidade material e formal com a Constituição Federal, sob pena de, não o sendo, tornar necessária a declaração incidental de inconstitucionalidade pela via difusa. E ao analisar a constitucionalidade das leis – respeitada a presunção de constitucionalidade – poderá o juiz se valer dos princípios constitucionais para aferi-la, inclusive a proporcionalidade e a vedação de insuficiência.

Por fim, deve o juiz verificar a convencionalidade das leis e atos normativos em sua interpretação, em virtude da denominada cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, respeitando os avanços jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aderidos pelo Brasil pelo rito constitucional. Permite-se, assim, o controle de convencionalidade no direito brasileiro, tendo como parâmetro normativo os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, podendo ser inclusive feito de forma incidental. Reforçando esta posição, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 123, de 07 de janeiro de 2022, ao recomendar aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Vale, assim, pontuar. O juiz hoje não está mais adstrito com exclusivamente ao texto legal, ou seja, sendo a simples “*la bouche de la loi*”, tal qual disposto no direito francês pós-revolucionário. Não é mero reproduzidor do texto legal, sem pontuações críticas. Em um sistema de jurisdição neoconstitucional, o magistrado deve considerar ao decidir – e, por consequência, criar a norma de decisão – com fundamento nos princípios constitucionais que criam o ordenamento jurídico, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Deve

realizar o controle de constitucionalidade e convencionalidade e, se necessário, interpretar o ordenamento em consonância com os fins constitucionais.

É neste sentido que definem Gomes e Mazzuoli (2019, p. 108), ao estabelecer que o novo juiz, no constitucionalismo, deve buscar a solução adequada no texto legal em confronto permanente com a Constituição e os tratados internacionais, exercendo um papel de “motor no dinamismo jurídico”.

E na medida em que ele vai interpretando tais textos vai, concomitantemente, “ajustando” o ordenamento, exercendo muitas vezes, dentro de suas limitações, uma função aparentemente “criativa”, mas que, na verdade, não passa de “declaração” do ordenamento já existente” (assim fez o STF no caso da prisão civil do depositário infiel). O Direito, assim, passa a ser concebido como “um razoável processo de ajuste interpretativo” e mais num sentido problemático “jurisprudência de problemas”) que analítico (“dogmático”).

Verifica-se, dessa forma, que uma das características mais marcantes da atividade judicial (desse novo juiz) está na sua “historicidade”, o que significa que a tarefa de julgar é uma tarefa que se atualiza, que faz progredir o ordenamento, de acordo com as exigências jurídicas de cada momento e de cada caso concreto, sempre ajustadas ao Texto Maior. Por isso mesmo está sempre sujeita a mudanças, a alterações, porque a atividade interpretativa e de buscar justiça não é inflexível (o que não significa seja arbitrária ou totalmente “livre”). Nessas hipóteses de avanço muda o Direito, muda o ordenamento jurídico, mas a lei continua a mesma, válida em um ou mais sentidos, de acordo com sua adequação aos textos constitucional e internacional. A Constituição, assim como as normas do direito internacional dos direitos humanos, nunca é demais repetir, constitui, desse modo, um limite não só à atividade do legislador como também da do encarregado de declarar o Direito, que lhe está “plenamente submetido” (GOMES; MAZZUOLI, 2019, p. 108).

Assim, o intérprete, ao analisar o caso concreto, deve averiguar a constitucionalidade e convencionalidade das leis e atos normativos, verificar sua consonância com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, mas, sobretudo, produzir norma de decisão de acordo com os fins esperados de um Estado Democrático de Direito. A interpretação do texto jurídico levará em conta também os princípios do ordenamento jurídico, sobretudo os constitucionais.

5 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE AOS CASOS CONCRETOS PARA CRIAÇÃO DA NORMA DE DECISÃO

Ao longo do presente artigo estabeleceram-se três premissas: (i) a existência do princípio da proibição ou vedação da proteção insuficiente, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais; (ii) adoção de referido princípio pelo Supremo Tribunal Federal e (iii) a necessidade de que as decisões judiciais, para que se mostrem justas e adequadas aos casos

concretos, sejam fruto de interpretação amparada na Constituição Federal, tratados internacionais e na legislação infraconstitucional.

Resta, nesta etapa, aferir a possibilidade de que juízes, ao decidirem casos concretos a eles apresentados no exercício do poder jurisdicional, igualmente se valerem do princípio da vedação da proibição insuficiente aos casos concretos para a criação da norma de decisão. Adverte Barroso (2013, p. 367) que “a argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do *auditório* passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão”, de modo que não mais se aceita que qualquer decisão emanada de autoridade competente seja legítima, exigindo-se sua justificação racional e moral, ou seja, sua justiça intrínseca.

Assim, em quaisquer casos e qualquer que seja sua decisão, do juiz é esperado ônus argumentativo racional para justificação da decisão, o qual deverá ser feito nos moldes acima descritos, qual seja, com deferência à Constituição, tratados internacionais e legislação infraconstitucional, sejam por suas regras ou princípios.

No entanto, em uma sociedade estruturalmente complexa, é natural que existam conflitos a serem solucionados pelo Poder Judiciário e que, não raras as vezes, haverá conflito entre direitos igualmente relevantes e dignos de proteção. Ao Poder Judiciário, por intermédio do juiz, competirá concretizar e proteger grupos vulneráveis dentro da sociedade, provendo-lhes a efetividade de seus direitos em face de desígnios de maiorias temporárias, por vezes em verdadeira função contramajoritária da opinião pública. Ao Poder Judiciário compete a salvaguarda da Constituição Federal e, em última instância, a concretização dos direitos fundamentais. Tratando-se de grupos vulneráveis, a atuação judicial deve necessariamente ser voltada à proteção destes, com olhar à concretização e efetivação de seus direitos fundamentais, de forma a incluir os vulneráveis nas estruturas de Poder do Estado. Há, assim, necessidade de maior ônus argumentativo para a restrição de direitos de tais grupos, assim como a imperatividade de que as decisões judiciais protejam de forma minimamente adequada aqueles.

É neste sentido que exsurge a possibilidade de que o princípio da vedação da proteção insuficiente seja utilizado aos casos concretos para a criação da norma de decisão. Em conflitos entre direitos ou que envolvam grupos juridicamente vulneráveis, inclusive na análise das ações e omissões dos Poderes Públicos, competirá ao juiz verificar se há, de forma adequada proteção aos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Referido princípio pode ser utilizado para que, diante de um caso concreto e, em especial, de situações limítrofes, *hard cases* e desacordos morais razoáveis que envolvam direitos de grupos vulneráveis, o julgador decida em prol da

solução que proteja de forma adequada e suficiente direitos fundamentais destes. Como bem concluem Gomes e Mazzuoli (2019, p. 107):

De todos os significados válidos que podem ser extraídos de um texto legal, deve o juiz eleger o que for mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e internacionais (ou seja: o que retratar com maior fidelidade a sua posição de garante dos direitos fundamentais). Nada de “livre convencimento motivado” há de existir, sequer decisões baseadas “nas realidades da vida” e outros argumentos congêneres; as decisões devem ser fundamentadas nos textos maiores e imperativos presentes na ordem jurídica da qual é longa manus (Constituição e tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos). A sujeição irrestrita do juiz a esse Direito (neoconstitucional e transnacional) implica a adoção de postura absolutamente crítica diante das leis inválidas. Nisso reside sua legitimação democrática assim como a preocupação com sua independência (interna ou externa, que são também chamadas de política ou funcional). O juiz é dotado de uma série de garantias funcionais, mas isso não pode ser entendido como privilégio pessoal, sim, como atributos necessários para o exercício independente de sua missão fundamental (destacando-se, dentre elas, a de garante dos direitos humanos e fundamentais).

O pressuposto básico do juiz independente e imparcial não conta com outro significado, portanto, senão o de que ele não está subordinado (irrestritamente) a nenhuma decisão das maiorias ou a qualquer vínculo interno (funcional) ou externo (político) ilegítimo: a legitimação da sua função advém da estrita observância do Direito que está na ordem jurídica do Estado da qual é longa manus, especialmente o que está acima da lei (e é isso que lhe possibilita censurá-la, julgá-la inaplicável e não válidos todos os atos conflitantes com esse complexo Direito vigente). Ao juiz, em suma, cabe reparar as injustiças, cortar os abusos e conter as inclinações ao autoritarismo, à discriminação, à intolerância. Para concretizar essa tarefa espinhosa, não pode o juiz substituir as injustiças e os abusos de terceiros por uma discricionariedade ou arbitrariedade própria.

Assim, ao se construir a norma de decisão, deve esta ser pautada não apenas na Constituição, tratados internacionais, legislação, como já amplamente dito. É preciso que haja, respeitada a necessária deferência aos demais Poderes e a autoconceção judicial, função concretizadora dos direitos fundamentais e de resguardo de grupos vulneráveis. Necessário que as normas jurídicas, criadas a partir da interpretação do Direito, ao se transformarem em normas de decisão, tenham estrita observância com os fins constitucionais, com os princípios e a proteção e integração de grupos vulneráveis nas mais diversas estruturas sociais.

Em situações limítrofes, *hard cases* e desacordos morais razoáveis que envolvam direitos de grupos vulneráveis, conflito entre direitos dignos de proteção, o papel do Judiciário é ser concretizador de direitos. Deve-se, então, entender pela possibilidade de aplicação da vedação de proibição insuficiente como uma técnica decisória e de interpretação do direito, no sentido de que competirá ao magistrado, à luz do caso concreto, indagar a medida que será necessária, adequada e proporcional aos direitos fundamentais, competindo-lhe proteger minimamente o núcleo fundamental dos direitos.

Não se tratará de ativismo ou invasão de competências dos demais Poderes, mas sim da necessária atuação positiva do magistrado para a proteção de direitos de grupos vulneráveis, excluídos, em regra, do acesso igualitário às estruturas estatais.

6 CONCLUSÃO

O princípio da proibição da proteção insuficiente é vertente do princípio constitucional da proporcionalidade, cuja existência impõe a necessidade de que o Estado proteja por parâmetros mínimos os direitos fundamentais dos cidadãos, impedindo a existência de leis ou atos do Poder Público que, de forma deliberada, protejam e resguardem de forma insuficiente as garantias constitucionais.

Este princípio já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, tornando igualmente necessário que seja ele acolhido pelos tribunais inferiores e magistrados, notadamente para que se criem decisões judiciais com respostas constitucionalmente adequadas em casos de grupos vulneráveis.

Ao Poder Judiciário, por intermédio do juiz, competirá concretizar e proteger grupos vulneráveis dentro da sociedade, provendo-lhes a efetividade de seus direitos em face de desígnios de maiorias temporárias, por vezes em verdadeira função contramajoritária da opinião pública. Competir-lhe-á a salvaguarda da Constituição Federal e, em última instância, a concretização dos direitos fundamentais. Tratando-se de grupos vulneráveis, a atuação judicial deve necessariamente ser voltada à proteção destes, com olhar à concretização e efetivação de seus direitos fundamentais, de forma a incluir os vulneráveis nas estruturas de Poder do Estado. Há, assim, necessidade de maior ônus argumentativo para a restrição de direitos de tais grupos, assim como a imperatividade de que as decisões judiciais protejam de forma minimamente adequada aqueles.

No atual estágio do constitucionalismo brasileiro, deve-se entender que o juiz não mais está adstrito exclusivamente ao texto legal. Isto porque deverá decidir com fundamento nos princípios constitucionais que criam o ordenamento jurídico, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Deve realizar o controle de constitucionalidade e convencionalidade e, se necessário, interpretar o ordenamento em consonância com os fins constitucionais.

É neste sentido que exsurge a possibilidade de que o princípio da vedação da proteção insuficiente seja utilizado aos casos concretos para a criação da norma de decisão. Necessário que as normas jurídicas, criadas a partir da interpretação do Direito, ao se transformarem em normas de decisão, tenham estrita observância com os fins constitucionais, com os princípios e a proteção e integração de grupos vulneráveis nas mais diversas estruturas sociais.

Em situações limítrofes, *hard cases* e desacordos morais razoáveis que envolvam direitos de grupos vulneráveis, conflito entre direitos dignos de proteção, o papel do Judiciário

é ser concretizador de direitos. Deve-se, então, entender pela possibilidade de aplicação da vedação de proibição insuficiente como uma técnica decisória e de interpretação do direito, no sentido de que competirá ao magistrado, à luz do caso concreto, indagar a medida que será necessária, adequada e proporcional aos direitos fundamentais, competindo-lhe proteger minimamente o núcleo fundamental dos direitos.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1942.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.676. A supressão de extenso espaço territorial especialmente protegido vulnera o dever de proteção e preservação do meio ambiente (art. 225, caput, CF) e ofende os princípios da vedação do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente. Relator: Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 18/12/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418.376. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Relator: Marco Aurélio. Relator do acórdão: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: CNJ, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.