

Questão Discursiva 03179

Indique os alicerces estruturais da proibição de insuficiência e sua funcionalidade na ordem constitucional brasileira, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Resposta objetivamente fundamentada.

Resposta #004125

Por: **Priscila Duarte da Silva** 15 de Maio de 2018 às 15:13

O princípio da proibição da insuficiência é invocado quando a efetivação dos direitos sociais, na medida em que o Estado não deve tão somente abster-se de maculá-los, mas também protegê-los de ataques de terceiros de forma eficaz.

Tem-se como ponto de equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, o princípio da proporcionalidade. Enquanto a proibição do excesso se volta contra o Estado, protegendo o cidadão em sua liberdade, a proibição da insuficiência atua na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, exigindo efetiva atuação do Poder Público com o escopo de proteger adequadamente os direitos fundamentais dos indivíduos.

Resposta #004238

Por: **Carolina** 4 de Junho de 2018 às 18:18

O princípio da proporcionalidade decorre do princípio do devido processo legal, em sua perspectiva substancial. Foi abordado, em primeiro lugar, na Alemanha, no contexto do processo administrativo.

É composto por três subprincípios, quais sejam: necessidade (para que a medida seja proporcional, ela deve ser necessária. Em um caso de comercialização de produtos com embalagem semelhante à do concorrente, por exemplo, não há necessidade de determinar a cessação da comercialização do produto. Bastaria, para atender à necessidade, determinar que a embalagem seja modificada); adequação (para que a medida seja proporcional, ela deve ser adequada a promover determinado valor por ela visado. Quanto a este ponto, pode-se citar o exemplo de julgado do Tribunal Federal Alemão que considerou inadequada a exigência de porte de arma para a prática da falcoaria, uma vez que isso não contribuía para a segurança do desporto) e proporcionalidade em sentido estrito (isto é, quanto maior o grau de restrição imposto por uma norma, maior deve ser o grau de proteção outorgado ao direito que ela tem em vista).

É dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que surgem a vedação à proteção em excesso e à vedação à proteção insuficiente. Especificamente com relação à última, verifica-se quando o Estado não adota medidas legislativas tendentes a proteger determinado direito ou, quando tendo legislado, deixa de adotar medidas materiais para concretizar o direito previsto.

A vedação à proteção insuficiente tem sido utilizada, sobretudo, para rebater a "reserva do possível", defesa comumente utilizada pela Fazenda Pública na tentativa de elidir pretensão à satisfação de direitos fundamentais de segunda geração. Argumenta o Poder Público que, se por um lado, as necessidades do povo são ilimitadas, os recursos públicos não o são, devendo haver bom-senso em sua alocação, tarefa que incumbiria, sobretudo, ao Poder Executivo. A jurisprudência, no entanto, tem afirmado que, se o legislador constituinte elegeu determinado direito como prioridade absoluta, ele deixa de integrar a margem de discricionariedade do administrador. Ademais, a alegação de insuficiência de recursos não seria oponível quando se tratar de demandas que versem acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como seria o caso do direito à saúde (ADPF 45).

A vedação à proteção insuficiente também aparece no Direito Penal. Sob esse fundamento, aliás, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ADI contra o art. 225 do CP, segundo o qual a ação penal em caso de estupro seria condicionada à representação. Haveria, por conta disso, proteção insuficiente ao direito à vida, uma vez que essa modalidade de ação penal, por se sujeitar à perempção, ensejaria impunidade. ,