

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Fabício Meira Macêdo

Sumário: Introdução. Capítulo I - Aspectos doutrinários do princípio. 1.1. A proibição da insuficiência e os deveres de proteção. Capítulo II - A proibição da insuficiência e os julgados do Supremo Tribunal Federal. 2.1. A introdução do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2.2. Votos do ministro Gilmar Mendes. 2.2.1. Recurso extraordinário n.º 418.476-5. 2.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510. 2.2.3. Habeas Corpus número 104.410 (RS). 2.3. Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade número 4.424 e ação declaratória de constitucionalidade número 19. 2.4. Voto da Ministra Rosa Weber. Capítulo III - A análise dos julgados. 3.1. Votos do Ministro Gilmar Mendes. 3.1.1. Recurso extraordinário n.º 418.476-5. 3.1.2. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510. 3.1.3. Habeas Corpus número 104.410 (RS). 3.2. Voto do Ministro Luiz Fux. 3.3. Voto da Ministra Rosa Weber. Conclusão. Referências. Sítios Eletrônicos

INTRODUÇÃO



exposição adiante constitui o relatório final da disciplina de Justiça Constitucional, sob a regência do Senhor Professor Doutor Luís Pedro Pereira Coutinho, no Curso de Mestrado Científico em Direito

* Relatório da Disciplina de Justiça Constitucional do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2012/2013, sob a regência do Professor Doutor Luís Pedro Pereira Coutinho.

Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola de Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, nos anos de 2012/2014.

O princípio da proibição da proteção insuficiente, também denominado princípio da proibição da insuficiência ou mesmo proibição de deficiência ou do déficit, nasce das ideias difundidas após a implementação do Estado Social, em contraposição às ideias e princípios dominantes no seu antecessor Estado Liberal, decorrendo de uma leitura pós-positivista do texto constitucional.

Para além da noção de que os direitos fundamentais deveriam proteger tão somente o homem dos ataques do Estado, com o redimensionamento das funções deste e as novas tarefas por ele assumidas, sobretudo na garantia de condições materiais básicas à população e o surgimento de novos direitos fundamentais de caráter prestacional, sobretudo os de segunda geração, tem-se que o Estado, ao enunciar um direito fundamental, deve não somente se abster de violá-lo, como também protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros, além de fomentá-lo.

É precisamente do dever de proteção que se extrai o princípio da proibição da proteção insuficiente, conduzindo à análise da verificação de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em proteger determinado direito, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada, passíveis, portanto, de correção.

Integrando o princípio da proporcionalidade e apontado como o reverso do princípio da proibição do excesso, mas não somente, o princípio da proibição da proteção insuficiente, ainda que de forma tímida, tem ganhado, embora de maneira insipiente, menções na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo visa investigar a forma como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando o princípio da proibição

da insuficiência nos últimos anos.

Para tanto, no primeiro capítulo, serão explicitados aspectos doutrinários do princípio em estudo, visando definir o seu alcance.

No segundo capítulo, serão analisados os argumentos utilizados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, mormente nos votos do Ministro Gilmar Mendes, em número de três, haja vista haver sido este que, até a corrente data, mais invocou o mencionado princípio em suas decisões, bem como o responsável pela introdução do princípio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Brasileiro, além de voto do Ministro Luiz Fux e outro da Ministra Rosa Weber. No terceiro capítulo, proceder-se-á a uma análise crítica dos julgados trazidos no segundo capítulo.

Por fim, nas conclusões, proceder-se-á a uma análise crítica acerca da invocação da proibição do déficit na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre a efetiva necessidade de invocação em alguns dos julgados, bem como se correta a sua aplicação.

CAPÍTULO I - ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO PRINCÍPIO

1.1. A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E OS DEVERES DE PROTEÇÃO

O princípio da proibição da insuficiência é pouco explorado pela doutrina, com exceção do caso alemão, sendo escassos os autores de língua portuguesa a tratar do tema.

Consoante o entendimento de Ingo Sarlet¹, seria o reverso do princípio da proibição do excesso, integrando, ambos, o

1 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53, com acesso em 10 de outubro de 2013.

princípio maior da proporcionalidade.

Também é tratado como princípio da proibição por defeito, dizendo respeito ao défice no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, haja vista caber ao Poder Público adotar medidas suficientes de natureza normativa e de natureza material, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais².

Não se confunde, entretanto, com o dever de proteção do estado, não obstante a ele se refira.

Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar mínimo. O princípio da proibição do défice, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses contrapostos não sejam sobreavaliados³.

Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

É que, paralelamente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pela qual são considerados como direitos subjetivos pelo seu titular, a dimensão objetiva desses direitos impõe uma nova visão e reconhecimento de prestações aos poderes estatais, com o escopo de consagrar os valores nucleares da ordem jurídica democrática.

Quando enuncia, a Constituição, o direito à vida, por exemplo, deve o Estado se abster de atentar contra a vida dos particulares, bem como de não colocá-los em risco, de qualquer modo, fazendo com que sejam possivelmente tolhidos nesse

2 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999, 3ª ed. p. 267.

3 CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 138/139.

direito.

Contudo, mister que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos particulares, de modo a evitar que tenham o direito à vida ceifado por ataques de terceiros.

Assim, consoante observado por José Carlos Vieira de Andrade, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está ligada à eficácia irradiante das normas constitucionais que os preveem⁴.

Existiria, desse modo, um efeito externo dos direitos fundamentais, do qual resultaria uma espécie de força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos, seja através de ações estatais efetivas, por meio da Administração, seja por meio de espécies de comandos de normatização, ou imperativos de tutela, termo utilizado por Canaris⁵.

Enquanto os direitos fundamentais considerados em sua dimensão subjetiva alcançam exclusivamente as relações entre o Estado e os particulares, em sua dimensão objetiva atingem as relações entre particulares.

Assim, reconhece-se a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, haja vista que simultaneamente constituam fonte de direitos subjetivos, que poder vir a ser postulados pelos seus titulares em juízo, além das bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem por todo o ordenamento⁶.

Enquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais assegura aos particulares a liberdade perante o Estado, a dimensão objetiva tem o escopo maior de proporcionar a liberdade através do Estado, mediante ações concretas dos Poderes

4 ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 293 e ss.

5 CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009.

6 SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Aécio (coordenador). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64 e ss.

Públicos.

Nesse diapasão, verifica-se que não basta ao Estado se abster de violar os direitos dos particulares, mas antes protegê-los de ameaças de terceiros. Seriam os chamados deveres de proteção estatal.

Conforme Jorge Reis Novais, a dúplici dimensão, objetiva e subjetiva, impõe aos poderes públicos a necessidade de abstenção de intervenções restritivas no âmbito de liberdade assegurada pelos direitos fundamentais aos particulares, bem como a atuação positiva, no sentido de assegurar o exercício efetivo, além de estruturar o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos fundamentais⁷.

Desse modo, há o claro dever de o Estado organizar o seu arcabouço normativo no sentido de garantir a plena proteção aos direitos fundamentais dos particulares, tais como enunciados na Constituição.

Os deveres de proteção, contudo, ainda que vinculem todos os poderes do Estado, devem ser enunciados através de leis, reservando-se, ao Judiciário, portanto, um espaço subsidiário de aplicação.

Quando há, contudo, a violação ao princípio da proibição do déficit de proteção, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que houvesse condições de proporcionar, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, adverte Jorge Reis Novais que, mesmo quando estão em causa valores máximos como o direito à vida, a integridade física ou à segurança pessoal, situações nas quais a necessidade de proteção pode ser mais premente, a decisão sobre a melhor via de proteção não é neutra, nem tampouco independente da concepção que se perfilhe sobre as relações sociais, pré-compreensões disputadas no terreno da luta política

7 NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 297.

e eleitoral democráticas, ou, no mínimo, para avaliações políticas muito diversas da mesma situação conjuntural que requer a proteção do Estado. Assim, o Poder Judiciário, apesar de estar obrigado a controlar a observância do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, não é a instância mais adequada, em Estado de Direito Democrático, para a referida discussão⁸.

Assim, os órgãos políticos têm, neste domínio, uma competência própria que lhes advém da legitimidade de escolha popular democrática, feita para a tomada de decisões políticas deste tipo. Trata-se, portanto, de um problema de separação de poderes.

O Estado, forçoso observar, tendo em vista as liberdades asseguradas aos cidadãos, não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais, nem tampouco, verificando conflito entre particulares, deixar de proteger adequadamente direito de cidadão atingido por terceiro.

Essa é a ideia da proibição da proteção insuficiente, princípio tratado originariamente por Canaris, em sua obra sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado⁹.

Por meio da proibição da insuficiência, estaria garantido o mínimo de proteção efetiva e adequada ao direito, quando este possui uma função protetiva, através da formula da proporcionalidade.

Na esfera penal, a proibição da insuficiência, juntamente com a proibição do excesso, estabelecem meios adequados para a proteção de bens jurídicos. Assim, é possível saber se é razoável a mobilização da máquina penal para proteger determinado bem jurídico, ou seja, se é razoável invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, bem como, se por outro lado, é razoável deixar de proteger¹⁰.

8 NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 297.

9 CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009.

10 STREK, Maria Luiza Shafer. A outra face da proporcionalidade. Revista Ibero-

Em se tratando de uma das vertentes da proporcionalidade, por óbvio, na análise da existência de proteção insuficiente, há que se ponderar os valores envolvidos, em colisão, com o escopo de verificar a existência ou inexistência de omissão inconstitucional do Estado, seja por meio da não observância de comandos de normatização, seja por meio da atividade administrativa insuficiente.

Para JORGE SILVA SAMPAIO, o que se pede no caso da realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é precisamente que se ofereça, no conjunto, uma proteção eficiente e, portanto, suficiente dos direitos fundamentais, não se podendo negar, contudo, que permaneça nas mãos do Estado diversas possibilidades de variação, quanto ao modo como o direito deve ser especificamente conformado¹¹.

Desse modo, embora não possua, a Administração, discricionariedade tal que lhe permita a realização de qualquer finalidade arbitrária, não se pode negar ser bastante variável a sua margem de discricionariedade.

Há, contudo, exceção, diante da redução da discricionariedade a zero, exemplo disso, no caso de comandos de normatização, a insuscetibilidade de graça ou anistia para as práticas dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por força do disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Nesse caso, a Constituição Federal já determina a edição de lei com o escopo de tornar insuscetíveis de graça ou anistia os crimes que indica, subtraindo do legislador ordinário a discricionariedade acerca da matéria, ou mesmo decisão política.

Igualmente há a redução da discricionariedade, quando determina, a Constituição Federal, a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais.

Americana de Ciências Penais – ano 7, n. 14 (2006) Porto Alegre: FMP, CEIP, 2000.

11 SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 145 e ss.

Ao poder público cabe, portanto, dentre as medidas a serem adotadas para a proteção ao direito, em não havendo redução da discricionariedade a zero, adotar uma delas, só havendo que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito é afetado, por atuação ilegal de terceiro, de maneira substancial.

É que, em geral, a Constituição, embora imponha deveres de proteção, não indica o modo através do qual a referida proteção deve ser concretizada, razão pela qual, havendo inúmeras formas pelas quais se mostraria possível a proteção, importa à Administração escolher qual das medidas será adotada, não se tornando obrigatória qualquer delas.

Dessa forma, a aferição da proibição da proteção insuficiente somente se dará diante da completa omissão estatal, deixando desprotegido o direito fundamental, sujeito a ameaças e ataques de terceiros, ou ainda se, havendo atuado, as medidas forem, a toda evidência, inadequadas, insuficientes para a proteção que se impõe.

A verificação da insuficiência mostra-se de mais fácil aferição diante da completa inércia do Estado, sendo todavia mais dificultosa a sua verificação quando, não obstante abaixo da proteção mínima, há atuação estatal com o escopo de proteger o direito.

Como critério inicial ou mínimo de verificação da insuficiência, aponta JORGE SILVA SAMPAIO para princípio da dignidade da pessoa humana¹².

Assim, haveria proteção deficiente e, portanto, omissão inconstitucional do Estado, sempre que o titular do direito fundamental protegido viesse a ser atingido em sua dignidade.

Além do referido critério, indica, o mencionado autor, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É que, consoante já referido, só há que se falar em prote-

12 SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 151.

ção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito a ser protegido é, por atuação ilegal de terceiro, afetado em seu núcleo essencial.

Ademais, admite-se a existência de proteção insuficiente, ainda que não atingido o direito fundamental em seu núcleo essencial, nem tampouco o titular do direito em sua dignidade, sendo, contudo, de mais árida verificação.

Em que pese a suficiência dogmática apontada em relação ao princípio da proibição do excesso, a metodologia da ponderação de bens utilizada neste último, e, com as suas necessárias adaptações, podem guiar intérprete, com o escopo de aferir a existência, ou não, no caso concreto, de proteção insuficiente.

É que, no caso concreto, estarão em choque o direito de liberdade do terceiro, em tese agressor, e o direito fundamental a ser protegido.

Assim, para a verificação da efetiva violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, será indispensável submeter à ponderação a gravidade da desproteção em contraposição à efetivação total à importância dos bens que necessitam da proteção.

Quanto mais próximos estiverem, os direitos a serem protegidos, da dignidade da pessoa humana, ou mesmo de núcleo essencial de direito fundamental, mormente se estiver relacionado à liberdade, maior será a gravidade da desproteção.

Tal ponderação há que se realizar em conjunto, não em fases estanques, com o escopo máximo de aferir, no caso concreto, a existência ou não de déficit vedado de proteção ao direito.

Contudo, há que se admitir que tais ponderações, sobretudo quando se está diante de comandos de normatização, devem ser efetivadas pelo Poder Legislativo, por ser este o órgão constitucionalmente responsável pela edição de leis.

A judicialização dos referidos conflitos mostra-se sobre-

maneira dificultosa, sobretudo quando há lei editada, devendo, pois, o Poder Judiciário, permanecer adstrito à vontade expressa pelo Parlamento por meio do comando normativo.

A atuação judicial, dessa forma, deverá se restringir às violações ao princípio da proibição insuficiência mais grosseiras, não obstante se reconheça que a objetivação dos direitos fundamentais impõe a sua proteção total e efetiva.

CAPÍTULO II - A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E OS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. A INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde o ano de 2006, quando o princípio da proibição da insuficiência foi pela primeira vez inserido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foram poucas as ocasiões em que foi aventado nas decisões da Corte, ganhando maior utilização a partir do ano de 2008, com o início da Presidência do Ministro Gilmar Mendes, precisamente o responsável pela primeira menção à proibição do déficit no Tribunal¹³.

Em que pese o lapso temporal desde o ingresso das discussões acerca do princípio nos julgados do Supremo Tribunal Federal, não foram muitas as modificações no enfoque que a ele foi dado ao longo dos anos.

A maior parte das decisões que invocaram o princípio como argumento, contudo, foram prolatadas no período compreendido entre os anos de 2008 e 2010, exatamente o biênio em que o Ministro Gilmar Mendes ocupou a presidência do Supremo Tribunal Federal, a partir do dia 23 de abril de 2008, representando, as suas decisões monocráticas, maioria expres-

13 RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A proibição da insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal. São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009, pág. 37.

siva das decisões do Tribunal¹⁴.

Para a demonstração da afirmação, ao iniciar o presente estudo, possuía a intenção de analisar como o princípio da proibição da insuficiência foi utilizado como argumentação em cinco oportunidades distintas.

Contudo, por questão de lógica, que se evidenciará mais adiante, optei por analisar em conjunto os votos de autoria do Ministro Gilmar Mendes, tratando, em seguida, de votos dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, seguindo uma sequência cronológica.

Inicialmente, no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376-5, originário do Estado do Mato Grosso do Sul, posto que neste o Ministro Gilmar Mendes, pela primeira vez, buscou fundamentação para o seu voto no referido princípio, inserindo-o na jurisprudência do Tribunal.

Em seguida, pela notoriedade do julgamento, a ação direta de inconstitucionalidade de número 3.510, relativa à inconstitucionalidade das pesquisas com utilização de células tronco embrionárias, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes, já Presidente do Supremo Tribunal, também invocou o princípio para sustentar o seu voto.

O último dos julgados a ser analisado, com voto do Ministro Gilmar Mendes, o habeas corpus número 104.410, originário do Rio Grande do Sul, julgado no ano de 2012, refere-se à constitucionalidade do crime de porte de arma desmuniçada.

Em seguida, será submetido à análise o voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento conjunto da ação direta de constitucionalidade de número 4.424 e ação declaratória de constitucionalidade número 19, relativamente à inconstitucionalidade da LEI 11.340/2006, Lei Maria da Penha, relativa à violência doméstica contra a mulher.

14 RODRIGUES, Fernando Matricardi. A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2009, pág. 25.

Por fim, será analisado o voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento do Recurso Extraordinário número 103.539, originário do Rio Grande do Sul, que também discute a constitucionalidade do crime de porte de arma de fogo nas hipóteses em que esta se encontra desmuniada.

2.2. VOTOS DO MINISTRO GILMAR MENDES

2.2.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 418.476-5

No julgamento do recurso extraordinário número 418.476-5, recurso interposto contra decisão que ordenou a prisão do autor de estupro praticado contra incapaz, estribado em dispositivo do Código Penal, na época em vigor, precisamente o inciso VII do artigo 107¹⁵, pelo qual extinta estaria a punibilidade do agente criminoso em virtude de posterior casamento com a vítima, em que se pretendia a utilização da analogia favorável ao réu, em virtude de posterior união estável com aquela, nos termos do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal¹⁶, Gilmar Mendes procurou afastar a união estável, em virtude de ausência de consentimento válido da vítima, haja vista a sua incapacidade, posto que se tratava de uma criança, havendo o delito sido atribuído ao seu tutor.

No julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa havia votado negando provimento ao recurso, sob a alegação de que somente o casamento regularmente celebrado teria o condão de

15 Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

.....
VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código - Revogado pela Lei nº 11.106, de 28.03.2005, DOU de 29.03.2005.

16 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

extinguir a punibilidade, bem como que as circunstâncias específicas do caso concreto seriam terríveis, haja vista tratar de um estupro de uma criança de apenas nove anos de idade.

Cézar Peluso, por sua vez, também havia votado pelo não provimento do recuso, argumentando a ausência de consciência de uma criança com 09 ou 10 anos de idade para dar consentimento válido.

Eros Grau, por sua vez, também votou pelo não provimento do recurso, utilizando dois argumentos reputados incisivos por Gilmar Mendes, precisamente o não-cabimento de interpretação analógica em matéria penal e a não-caracterização da família para a hipótese, posto que começaria com uma violência praticada contra uma criança de 09 anos de idade.

Celso de Mello, em seu voto, considerou, ainda, a questão da revogação do dispositivo que tratava da extinção da punibilidade pelo casamento do ofensor com a vítima.

Gilmar Mendes considerou a proteção à família, por meio do reconhecimento da união estável, afastando, contudo, a possibilidade de reconhecimento de união estável no caso concreto, posto que se tratava de uma criança de nove anos de idade, confiada a um tutor, marido de sua tia, que com ela mantinha relações sexuais desde essa época, engravidando-a aos 12 anos de idade.

Deu ênfase ao dever do Estado, além de proteger a família, assegurar à criança e ao adolescente a dignidade, o respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal¹⁷.

Complementou alegando que a situação concreta não permitiria o reconhecimento da união estável, muito menos, a

17 *Art. 227.* É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

partir dela, a equiparação com o casamento para fins de incidência do artigo 107, inciso VII, do Código Penal, com a consequente extinção da punibilidade.

Gilmar Mendes alegou que o raciocínio inverso levaria à impunidade de uma conduta repugnada pela sociedade, o que caracterizaria típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, em um plano mais geral, e do Judiciário, em plano específico.

Trata da proibição da proteção insuficiente como de grande importância para a aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstanciam nos casos em que o Estado não poderia abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Cita Lênio Streck para tratar da dupla face do princípio da proporcionalidade, de proteção positiva e de proteção de omissões estatais, razão pela qual a inconstitucionalidade pode se dar em virtude do excesso do Estado, ou quando este abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Arremata dizendo que conferir à situação concreta aventada o status de união estável, equiparável ao casamento, para fins de extinção da punibilidade, não seria consentâneo com o princípio de proporcionalidade, no que toca à proibição da proteção insuficiente.

2.2.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3510

Ao proferir o seu voto no curso da ação direta de inconstitucionalidade que questionava a validade, diante da Constituição Federal Brasileira, do artigo 5º da Lei 11.105/2005¹⁸, que

18 Art. 5 É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização, Gilmar Mendes optou por julgar improcedente a ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo questionado, desde que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias seja submetida à prévia autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Segundo Gilmar Mendes, muito teria se comentado a respeito do equívoco de um modelo que permitiria que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, pudessem dar a última palavra a respeito das grandes questões filosóficas, dentre elas, quando teria início a vida.

Lembra, contudo, em argumento contrário, as palavras de Ronald Dworkin, para quem os Estados Unidos seriam uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias¹⁹.

Cita Robert Alexy para dizer que o parlamento detém a representação política do cidadão, enquanto que o tribunal constitucional o representaria argumentativamente²⁰.

Sustenta existir, independente da concepção sobre o iní-

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir a data de congelamento.

§ 1 Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2 Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3 É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

19 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 426.

20 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Hek. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

cio da vida, um elemento vital digno de proteção jurídica, sendo que, em muitas oportunidades, passaria despercebido nos debates, que seria prescindível reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível.

Desse modo, segundo Gilmar Mendes, incumbiria ao Estado atuar na proteção do organismo pré-natal, diante das novas tecnologias, cujos resultados não poderia o homem prever.

Sustenta que a questão envolveria uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade.

Reconhece haver sido cuidadosa, a lei, na redação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas em embriões humanos reconhecidamente “inviáveis”, mediante o consentimentos dos genitores e com prévia aprovação dos projetos por comitês de ética, sendo vedada a comercialização do material biológico.

Aduz causar perplexidade, contudo, que a regulamentação de um tema tão sério, que envolveria profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, fosse realizada apenas por um artigo.

Para Gilmar Mendes, a vaguidade da lei ordinária teria deixado sob a responsabilidade do Poder Executivo a regulamentação do tema, o que se deu através dos artigos 63 a 67 do Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005, que ainda conteria remissões normativas a atos administrativos específicos de órgãos como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em seguida, passa a aduzir que

A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar a princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

Sustentou, ainda, que a existência de um dever genérico de proteção, com fulcro nos direitos fundamentais, relativizaria a separação das ordens constitucional e legal, permitindo o reconhecimento de uma irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica.

Assim, mesmo não se reconhecendo, em todas as hipóteses, uma pretensão subjetiva contra o Estado, inequívoco seria o reconhecimento do dever estatal de adoção de todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Com base na jurisprudência alemã, estabelece a classificação do dever de proteção em: a) dever consistente em se proibir determinada conduta; b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros; e, por fim c) dever de evitar riscos, que autorizaria o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ao de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Para tanto, alegou que o referido dispositivo, por regulamentar de maneira insuficiente a matéria, analisada à luz de comparação com a legislação estrangeira, mormente da Alemanha, Austrália, França, Espanha e México, seria inconstitucional, por proibição do déficit, optando, contudo, pelo princípio da responsabilidade e proporcionalidade, pelo julgamento improcedente, com efeito ativo, com o escopo de evitar indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção da sua vigência.

Como critério de verificação da insuficiência, Gilmar

Mendes aduz que

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Em seu voto, o Gilmar Mendes alega que a lei seria deficiente na regulamentação e, portanto, violaria o princípio da proporcionalidade, não como proibição do excesso, mas sim como proibição da proteção deficiente.

Alega que a lei deixou de instituir um necessário Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado, bem como que a lei brasileira deveria estabelecer uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem eficazes.

Conclui que, a análise comparativa do artigo 5º da Lei 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto, demonstra que a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente.

O ministro Gilmar Mendes, contudo, foi voto vencido, prevalecendo a constitucionalidade do dispositivo questionado.

2.2.3. HABEAS CORPUS NÚMERO 104.410 (RS)

No julgamento do habeas corpus número 104.410, originário do Rio Grande do Sul, discutia-se a tipicidade da conduta daquele que porta ilegalmente uma arma de fogo desmuniçada.

A defesa buscava a concessão da ordem de habeas corpus, sob o fundamento de que ausente seria a potencialidade lesiva, ou ofensividade, na conduta questionada.

Gilmar Mendes mais um vez invocou o princípio para votar pelo indeferimento da ordem, arguindo imperativo de tutela relacionado à ordem pública.

Explicitou duas correntes no Supremo Tribunal Federal, a primeira delas no sentido de que o crime seria de perigo abstrato e, portando, a incidência da norma penal independeria de se encontrar municida ou não, a arma.

A segunda corrente, com base no princípio da lesividade, considerando o fato de a arma se encontrar desmunicada, haja vista a ausência de ofensividade, por sua vez, afasta a tipicidade material do crime.

Reconhece, em seu voto, o princípio da ofensividade como vetor interpretativo e de aplicação da lei penal, para acrescentar que o Supremo Tribunal Federal poderia

evoluir nessa fundamentação, para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.

Fundamentando, a seguir, a necessidade de aplicação do princípio da proibição do *défice*, Gilmar Mendes refere a existência de mandados constitucionais de criminalização, que são as margens conferidas ao legislador ordinário, bem como a sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição da proteção deficiente, exemplificando com diversos dispositivos da constituição brasileira que determinam a criminalização de condutas²¹, para explicitar a dimen-

21 Art. 5º

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os

são objetiva dos direitos fundamentais, pela qual está obrigado, o Estado, não apenas a observar os direitos dos indivíduos diante dos ataques do Poder Público, como também contra agressões de terceiros.

Discorre, a exemplo do que fez quando proferiu voto no julgamento do recurso extraordinário número 418.476-5, sobre os deveres de proteção, sustentando, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, serem os referidos deveres classificados em: a) dever consistente em se proibir determinada conduta; b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros; e, por fim c) dever de evitar riscos, que autorizaria o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

.....
Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

.....
Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

.....
Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Sustentou, também, a existência de um direito subjetivo fundamental à observância do dever de proteção, já reconhecido na jurisprudência alemã, acrescentando, ainda, que provavelmente tenha a constituição brasileira vigente adotado um dos mais amplos catálogos de mandados de criminalização.

Ao lado de mandados de criminalização expressos, refere à existência de mandados implícitos, haja vista a ordem adotada pela constituição, razão pela qual, tendo em vista o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente, cumpre ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucionalmente adequado.

Menciona as margens de ação do legislador infraconstitucional, possuindo, contudo, ação limitada pelo princípio da proporcionalidade, limitando-se a sua ação, por um lado, com a proibição do excesso, e pelo outro com a proibição do déficit ou imperativo de tutela.

Refere, a exemplo do fez no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510, ao mencionar proibição do déficit, que o ato não seria adequado quando não viesse a proteger o direito fundamental de uma maneira ótima, não seria necessário na hipótese de existência de medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental e, por fim, violaria o subprincípio da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido estrito, quando o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção, citando, pois, o pensamento de Bernal Pulido²².

Menciona que, considerando estar o legislador sujeito, em sua atividade legiferante, aos limites da proporcionalidade, conclui-se pela viabilidade da fiscalização judicial dessa atividade legislativa.

Alerta que a atividade legislativa no campo penal consti-

22 BERNAL PULIDO, Carlos. EL principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003, p. 788 e ss.

tui a forma mais severa de intervenção estatal no âmbito de liberdade individual, razão pela qual a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser mais rigorosa e realizado em três níveis de intensidade: a) controle de evidência; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; c) controle material de intensidade.

No primeiro plano, as normas podem ser declaradas inconstitucionais quando visivelmente inidôneas para a proteção do bem jurídico, devendo exercer, o tribunal constitucional, controle com ampla margem de avaliação, valoração e conformação.

No segundo plano, de justificabilidade ou sustentabilidade, deve o tribunal verificar se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei, bem como se realizou prognósticos sobre as consequências de aplicação da norma, valendo-se da sua margem de ação de maneira sustentável.

Alega que a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade e que a verificação desses fatos é inerente à competência do Tribunal. Assim é que, no controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal se inteirar dos diagnósticos e prognósticos realizados por ocasião da edição da norma, permitindo a verificação sobre a efetiva utilização da margem de ação do legislador, de maneira justificada e sustentável.

O último e terceiro plano, no controle material intensivo, defende a verificação, pelo Tribunal Constitucional, se a medida penal, que constitui uma intervenção em direitos fundamentais, mantém relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas à promoção da segurança e incolumidade públicas.

Afasta a possibilidade, diante da máxima da adequação, de idoneidade de criminalização, com criação de tipos de peri-

go abstrato, de meras infrações administrativas que não tenham aptidão para pôr em risco o bem jurídico a ser protegido.

Pela máxima da necessidade, afasta a constitucionalidade do tipo penal quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, enfatiza a necessidade de verificação se a restrição aos direitos fundamentais, como resultado da incriminação de comportamentos perigosos, pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão.

Arremata, dizendo que as razões expostas superariam os proclamados juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade, posto que a política pública encontraria ressonância em estudos diversos e ecoaria dentro do anseio popular, razão pela qual, em tese, haveria legitimidade no uso da discricionariedade do legislador.

Quanto à justificabilidade, alega que a mera apreensão e imposição de sanção pecuniária ao detentor de arma de fogo, não são o bastante para coibir o porte de arma.

Alega interesse público e social na proscrição da conduta, haja vista que tutelaria a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo, acrescentando que o poder de intimidação de uma arma de fogo sobre as pessoas representa potencial lesão à paz social e segurança pública.

Aduz que a questão de possíveis injustiças pontuais, ante à absoluta ausência de significado lesivo, deva ser aferida concretamente, e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa, devendo ser divididos os momentos da elaboração da norma penal incriminadora e o da aplicação da lei ao caso concreto.

Sob tais fundamentos, pois, votou pelo indeferimento da ordem de habeas corpus.

2.3. VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX NO JULGAMENTO

CONJUNTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 4.424 E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 19

O objetivo das ações, julgadas em conjunto, era a garantia de reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – para afastar a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995, com o escopo de garantir tratamento diferenciado aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, sobretudo possibilitar a segurança de que a ação penal para a apuração da responsabilidade, no contexto referido, fosse pública incondicionada.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, recorreu aos princípios da igualdade, em sua acepção de igualdade material, bem como ao princípio da proibição da proteção deficiente, objeto do presente estudo, embora de forma sucinta, para manifestar-se pela procedência de ambas as ações, garantindo a declaração constitucionalidade dos dispositivos questionados, assim como a interpretação Conforme a Constituição, pretendida pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade.

Alegou que, longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, a Lei número 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em forma de legítima discriminação positiva, que busca corrigir um grave problema social, pois que, diversamente do que se pensa, a mulher ainda seria subjugada pelas mais variadas formas no mundo ocidental.

Enfatizou que toda discriminação positiva deveria se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais.

Sustentou, Luiz Fux, ainda, que a abordagem pós-positivista da Constituição Federal infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção impostos ao Estado.

Alegou que o direito penal seria o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, sendo a sua efetividade condição precípua ao desenvolvimento da dignidade humana e, ao revés, a sua ausência, demonstraria uma proteção deficiente dos valores agasalhados.

Estribou, o seu voto, na doutrina de INGO SARLET, para dizer que impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente.

Mencionou a necessidade de uma postura de autocontenção do Judiciário, ao alegar que o afastamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos subjacentes e, portanto, atividade que deveria caber ao Parlamento, devendo ser prestigiado o Legislador, salvo em casos teratológicos.

Acrescenta que não seria possível sustentar, no caso concreto, que o legislador teria escolhido errado ou que não adotou a melhor política para combater a situação de maus-tratos domésticos contra a mulher.

Alega, contudo, que o condicionamento da ação penal à representação da mulher se revelaria um obstáculo à efetivação do direito fundamental, à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo a dignidade humana feminina.

Sob esses fundamentos, votou pela procedência da ação direta inconstitucionalidade número 4.424 e a declaratória de inconstitucionalidade número 19.

2.4. VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER

A exemplo do último julgado referido no item 2.2.3, cujo voto relevante foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, o julgado ora em disceptação tratou de habeas corpus impetrado

contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação de acusado de porte ilegal de arma desmuniada.

Rosa Weber, em seu voto, não traz relevantes contributos teóricos, explicitando, tão somente, antiga divergência entre os julgados da Primeira Turma, por ela integrada, e os julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, integrada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Consoante demonstrado, a Primeira Turma, desde os primeiros questionamentos, considerava o porte ilegal de arma desmuniada crime de perigo abstrato, razão pela qual as decisões do órgão eram no sentido da denegação da segurança.

A Segunda Turma, integrada pelo Ministro Gilmar Mendes, decidia pela ausência de lesividade, e conseqüente concessão da ordem, desde que o agente criminoso não levasse consigo, além da arma desmuniada, munição de fácil acesso, possibilitando o rápido municiamento da arma.

Demonstra que o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, com base no princípio da proibição do déficit, precisamente no julgamento do habeas corpus número 104.410, já analisado, foi decisivo na modificação da linha da jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Assim, transcreve a ementa do referido julgado, utilizando-a como precedente e, adotando os seus fundamentos, sem nada acrescentar.

CAPÍTULO III - A ANÁLISE DOS JULGADOS:

3.1. VOTOS DO MINISTRO GILMAR MENDES

Ao analisar os três julgados referidos, em que pese proferidos dentro de certo espaço de temporal, uns em relação aos outros, datando, o primeiro, do ano de 2006, o segundo, do ano de 2010, e o terceiro do ano de 2012, vê-se que os fundamentos utilizados no primeiro acórdão não são muito diversos dos úl-

timos.

Não obstante, considerando as particularidades de cada caso, há enfoques distintos, razão pela qual mister análise em separado de cada um dos acórdãos.

3.1.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 418.476-5

Consoante se percebe através da análise do julgado no curso do julgamento do recurso extraordinário em epígrafe, a exemplo dos demais ministros que acompanharam o voto divergente, Gilmar Mendes afastou o reconhecimento da união estável ao caso concreto, haja vista que se tratava de uma criança de apenas nove anos de idade, submetida às sevícias do seu tutor, marido de sua tia.

Ao afastar o reconhecimento da união estável, por conseguinte, afastou, o Supremo Tribunal Federal, qualquer possibilidade de aplicação analógica do inciso VII do artigo 107 do Código Penal, para, equiparando a união estável ao casamento, ensejar a extinção da punibilidade pretendida no recurso.

Tal argumentação já se mostrava suficiente para estribar o não provimento do recurso, mantendo a condenação do recorrente.

Contudo, Gilmar Mendes avançou na argumentação, passando a tratar dos deveres de proteção do Estado e, em seguida, da proteção deficiente.

Embora tenha reconhecido o princípio da proibição do déficit como uma dupla face do princípio da proporcionalidade, pelo qual não poderia abrir mão, o Estado, de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos, em momento algum procedeu à análise da proporcionalidade, quanto ao controle de evidência, sustentabilidade ou justificabilidade e controle material de intensidade.

Em momento algum utiliza-se da ponderação para indicar, no caso concreto, ou mesmo em tese, qual deles deva se

sobrepor.

Lançou mão, assim, do princípio da proibição da insuficiência como mero argumento, sem contudo efetivamente utilizá-lo no raciocínio através do qual chegou à conclusão de que não mereceria provimento o recurso, em juízo de proporcionalidade, mesmo porque a esta conclusão já havia chegado com a rejeição do reconhecimento da união estável o caso concreto.

É bem verdade que é viável a utilização do argumento da proteção insuficiente, entretanto necessário ao tribunal e, no caso, ao juiz constitucional, se desincumbir do seu ônus argumentativo.

Não há também, no caso concreto, qualquer omissão a ser reconhecida para fim de aplicação do princípio da proibição da insuficiência.

O que se aventou, no julgamento, foi precisamente a impossibilidade de aplicação da analogia em favor do réu para, reconhecendo a união estável entre ele e a vítima, equipará-la ao casamento, com o escopo de fazer incidir hipótese de extinção da punibilidade.

Assim, forçoso reconhecer que o fato, cuja extinção da punibilidade se pretendia no recurso, já era devidamente tratado como crime pelo legislador, não havendo qualquer causa legal de extinção de punibilidade para o caso de posterior união estável entre o ofensor e a vítima.

Assim, ao Estado, em sua atividade legiferante, não poderia ser apontada falha ou omissão, posto que a conduta repugnada pela sociedade já recebia o seu devido tratamento através de norma penal incriminadora.

Não seria possível, ainda, quando da edição da norma extintiva da punibilidade, afastar a equiparação entre casamento e união estável para fins de garantir a punição do réu no processo aventado, pois que a redação da parte geral do Código Penal, na qual está inserido mencionado artigo 107, foi impressa pela Lei 7.209 de 11 de julho de 1984, enquanto que a união

estável foi instituída no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O próprio Tribunal, inclusive, por argumento diverso, havia afastado a aplicação da analogia favorável ao réu, de modo que também não poderia ser apontado como se incorrendo em proteção deficiente estivesse.

Assim, forçoso reconhecer que não há quaisquer critérios objetivos expostos pelo ministro Gilmar Mendes para a constatação de uma medida insuficiente, nem tampouco eventual transposição dos critérios da proibição a insuficiência.

3.1.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3510

Apesar de manter as mesmas premissas teóricas relativas ao princípio da proibição da insuficiência utilizadas no julgado analisado no tópico anterior, no voto ora analisado, Gilmar Mendes melhor explicita o seu entendimento.

Trata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pela qual o Estado se obrigaria não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressões propiciadas por terceiros.

Menciona a ideia de um dever genérico de proteção, com fundamento nos direitos fundamentais, como relativizadora da separação da ordem constitucional da ordem legal, permitindo a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais sobre a ordem jurídica.

Refere decisões do Tribunal Constitucional Alemão, bem como a doutrina de CLAUS WILHELM CANARIS para reconhecer a existência do dever de proteção, em primeiro lugar, como dever de proibição, consistente no dever se proibir uma determinada conduta.

Em segundo, dever de segurança, que impõe ao estado o

dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas.

Por fim, o dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Ressalta a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade, em sua vertente da proibição da proteção deficiente, haja vista imperativo de tutela, referindo, mais uma vez, a doutrina de CANARIS.

Transcreve trecho da segunda decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre aborto para dizer que o Estado, no escopo de cumprir o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, com o objetivo de alcançar a uma proteção adequada e, como tal, efetiva.

O Ministro Gilmar Mendes alega proteção insuficiente basicamente por dois argumentos, sendo o primeiro deles a ausência de instituição de um comitê central de ética, enquanto que o segundo, é exatamente o fato de que a legislação, em comparação com as normas de outros países sobre o mesmo assunto, regulamentaria de maneira insuficiente a matéria, pois que é tratada em um único artigo.

O princípio da proibição da insuficiência, surge no voto do ministro Gilmar Mendes como mero argumento e, não obstante referido como um dos vetores da proporcionalidade, ao lado da proibição do excesso, em momento nenhum se dá controle de proporcionalidade da omissão estatal apontada.

Desse modo, considerando o raciocínio utilizado, bem como a ausência de explicitação de critérios objetivos, forçoso reconhecer a impossibilidade de controlabilidade intersubjetiva da decisão judicial.

3.1.3. HABEAS CORPUS NÚMERO 104.410 (RS)

Ao proferir seu voto no julgamento do processo em epígrafe, o ministro Gilmar Mendes mais uma vez invocou o princípio da proibição da insuficiência, todavia deu início à tentativa de controle de proporcionalidade, aduzindo que, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deve se verificar se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal.

Adverte sobre a necessidade de superação dos juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade e controle material de intensidade, pois que a proposição da política pública em questão encontraria ressonância em estudos diversos e ecoaria dentro do anseio popular. Em tese, conforme argumenta, haveria legitimidade no uso da discricionariedade do legislador.

Consoante se percebe, e restou demonstrado no item 3.1.3., Gilmar Mendes estribou o seu voto em sólida corrente doutrinária e jurisprudencial relativa ao princípio da proibição da proteção deficiente, com clara e expressa influência da doutrina de CANARIS, além de julgados do Tribunal Constitucional Alemão.

Explicita, de maneira coerente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual decorre deveres de proteção, do Estado, aos referidos direitos, ou, na expressão de CANARIS, imperativos de tutela.

Refere o princípio da proibição do déficit como um dos vetores do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, sendo a outra face, portanto, da proibição do excesso, não obstante em alguns momentos pareça confundir, em sua argumentação, o princípio com o próprio dever de proteção.

Contudo, apesar de mencionar expressamente a necessidade de verificação dos controles de evidência, sustentabilidade

de e material de intensidade, não demonstra, por meio de argumentação racional, o motivo pelo qual teria superado tais controles.

Limita-se a afirmar, quanto aos controles de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade, que a política pública de restrição ao uso de armas de fogo encontraria ressonância em estudos diversos e ecoaria dentro do anseio popular, posto que seriam alarmantes os índices de violência no país.

Em que pese a bem elaborada argumentação doutrinária acerca dos referidos controles, Gilmar Mendes não conseguiu estabelecer a necessária relação entre a doutrina e a hipótese fática analisada.

Com relação ao controle material de intensidade, ou proporcionalidade em sentido estrito, aduziu tão somente que o propósito almejado poderia ser obtido com a medida proposta.

É imperioso observar que o contexto fático referia-se a um habeas corpus impetrado em favor de réu condenado por porte de arma desmuniçada.

Entrementes, todos os argumentos constantes no voto de Gilmar Mendes referem-se a armas muniçadas, somente ao final fazendo uma pequena referência à questão das armas desmuniçadas, de forma contraditória, ao lançar a indagação:

Diante desse contexto, cabe renovar a questão inicial: é legítima a criminalização do porte de arma desmuniçada?

A resposta negativa se impõe, pois a dinâmica dos fatos verificados no cotidiano tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são o bastante para coibir o uso e o porte de arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência.

Salta aos olhos o erro material no qual incorreu. Certamente quis indagar sobre a 'descriminalização' do porte de arma desmuniçada, ou mesmo, na segunda parte, para salvar o raciocínio lógico pretendido, deveria ter imposto resposta positiva, e não negativa, mesmo porque a fundamentação seguinte demonstra que quis responder afirmativamente.

Superado, contudo, o referido equívoco, forçoso verifi-

car não trouxe, o Gilmar Mendes, qualquer argumento a justificar a tipicidade do crime de porte de arma de fogo desmuniçada, chegando, inclusive a dizer ser possível poetizar sobre arma de fogo, todavia de inexorável natureza letal, razão pela qual seria legítima a preocupação do legislador em coibir o seu uso, porte e posse. Tal argumento, a toda evidencia, aplica-se às armas de fogo muniçadas.

Assim, percebe-se que o ministro, no julgado, não tratou da particularidade do caso concreto, qual seja, o fato de a arma se encontrar desmuniçada, deixando de expor as razões do seu raciocínio acerca da justificação da criminalização da conduta.

Não conseguiu se desincumbir do seu ônus argumentativo, deixando de estabelecer a necessária conexão entre os fatos e a doutrina exposta, nem tampouco demonstrou a necessidade de invocação do princípio da proibição da insuficiência, posto que, consoante mesmo referiu no seu voto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, integrada, dentre outros, pela ministra Rosa Weber, já julgava pela denegação da segurança em casos semelhantes, todavia por outro fundamento, haja vista que considerava o crime de porte ilegal de arma, nas hipóteses em que esta se encontrava desmuniçada, daqueles de perigo abstrato.

3.2. VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX

O Ministro Luiz Fux, ao ser instado a decidir sobre a constitucionalidade da Lei número 11.340/2006, que disciplina a repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher, sobretudo o seu artigo 41²³, que afasta a aplicação da Lei 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais, aos crimes praticados no referido contexto, utilizou o princípio da proibição da

23 *Art. 41.* Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

insuficiência como argumento para afastar a aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos, garantindo, ainda, a desnecessidade de representação como condição de procedibilidade da ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve e culposa domésticos praticados contra mulheres.

A referida argumentação, contudo, se deu para reconhecer a existência dos deveres de proteção, que decorrem de uma abordagem pós-positivista da Constituição Federal, bem como de que o déficit de proteção dos direitos fundamentais por parte do poder público, tem levado a uma crise de efetividade e segurança dos direitos, da qual decorre um alarmante avanço na criminalidade.

Assim, reconhece Luiz Fux que a impunidade dos agressores acabaria por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, o que afrontaria o princípio da proteção deficiente.

Não obstante tenha expressado de forma sucinta as bases teóricas do princípio da proteção deficiente, imprescindível perceber que Luiz Fux, em sua linha de raciocínio, prestigia a decisão política do parlamento, tratando de uma necessária postura de autocontenção do judiciário, pela qual mister seria intervir tão somente em casos teratológicos, alegando caber ao Parlamento escolher as medidas adequadas à proteção do direito fundamental enunciado.

Assim, vê-se que opta por uma atuação contida do Judiciário, que somente pode e deve atuar diante da inação do poder público, ou mesmo evidente e inaceitável desproteção, devendo ser prestigiada, nos demais casos, a opção do legislador.

A ponderação de bens e valores a serem protegidos, para Luiz Fux, é tarefa do legislador, por ser precisamente ao parlamento que devem caber as opções e decisões políticas.

Argumentar de forma diversa, poderia ensejar a indesejável intromissão do Poder Judiciário nos demais Poderes da

República, violando a separação entre eles e, por conseguinte a harmonia, comprometendo, assim, o estado democrático de direito e a própria democracia.

É que aos membros do Poder Judiciário, desde aqueles que atuam no primeiro grau de jurisdição, até os que atuam na corte suprema, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, não é dada a missão de, como agentes políticos, representarem a maioria, mas antes de velar pelo cumprimento e observância dos valores que foram democraticamente incorporados na Constituição Federal.

Assim, vê-se que o argumento do princípio da proibição do déficit foi invocado pelo ministro Luiz Fux tão somente com o escopo de referir a exigência do cumprimento dos deveres de proteção, pelo Poder Público, mas que, escolhendo este a medida pela qual deve ser protegido o direito fundamental, não cabe ao judiciário percorrer novamente o caminho de escolha do legislador para dizer que uma outra medida seria mais adequada.

Esta se afigura como a posição mais coerente do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da proibição do déficit, pois que não invade a seara reservada ao Parlamento, prestigiando a sua decisão, tomada em contexto de ampla discussão, com a participação dos representantes de todos os setores da sociedade, devidamente eleitos.

3.3. VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER.

O voto da Ministra Rosa Weber, proferido no curso de habeas corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual foi mantida condenação de réu pelo crime de porte ilegal de arma, em caso de arma desmuniada, não trouxe maiores contribuições teóricas, todavia nem por isso deixa de merecer análise.

É que consoante expressou Rosa Weber, todas as deci-

sões anteriores do órgão colegiado por ela integrado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, já eram no sentido da denegação da segurança em casos semelhantes, contudo, o fundamento anterior dos julgados era a consideração do crime de porte de arma desmuniada espécie de crime do gênero dos crimes de perigo abstrato.

No julgado ora em análise, contudo, apesar de manter a denegação da segurança, optou, a ministra Rosa Weber, no quem foi acompanhada pelos demais integrantes da Primeira Turma do Supremo Tribunal, por alterar o fundamento que anteriormente vinha sendo utilizado para a decisão de reputar efetivamente crime o porte de arma desmuniada, denegando a segurança pleiteada, passando a adotar, entretanto, a fundamentação dos votos do ministro Gilmar Mendes, citando como precedente o julgamento do habeas corpus número 104.410, analisado no item 4.1.3 deste trabalho.

Assim, vê-se que consolidou-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a conduta de portar arma de fogo, mesmo nas situações em que esta se encontra desmuniada, é crime, tendo em vista que o contrário resultaria na proteção insuficiente do direito à segurança, à paz, bem como que seria conduta vedada por inegável interesse social.

Consoante já referido no item 4.1.3, não obstante fosse possível se chegar à mesma conclusão através de raciocínio diverso, tanto que a primeira turma do Supremo Tribunal Federal assim decidia sob outro fundamento, a ministra Rosa Weber optou por alterar o fundamento dos seus votos, acostando-se às razões do ministro Gilmar Mendes que, conforme já analisado, em que pese demonstrar as premissas teóricas que estribariam a sua posição acerca do tema, em momento algum conseguiu estabelecer a subsunção entre os fatos analisados e os mencionados argumentos doutrinários.

Não obstante tenha procurado estabelecer um controle de

proporcionalidade, não se desincumbiu, o ministro Gilmar Mendes, no julgado utilizado pela ministra Rosa Weber como precedente, do seu ônus argumentativo, sendo esta, contudo, a utilização preponderante do princípio da proibição do deficit nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

O princípio da proibição da insuficiência é tratado como o reverso da proibição do excesso, integrando ambos um princípio maior da proporcionalidade, decorrendo dos deveres de proteção do Estado.

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, tais como enunciados.

Assim, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, incumbe ao Poder Público não só respeitar os indivíduos em seus direitos fundamentais, como também protegê-los de eventuais ataques de terceiros, organizando o seu arcabouço legislativo, seus órgãos e praticando atos, tudo com o escopo de consagrar os valores nucleares da ordem jurídica democrática.

Mesmo reconhecendo-se a vinculação de todos os poderes do Estado, devem, os deveres de proteção, ser enunciados através de leis, reservando-se ao Poder Judiciário, assim, um espaço de aplicação subsidiária.

Quando o Estado não atinge o mínimo de garantia dos direitos fundamentais, mesmo diante das condições necessárias à consecução da finalidade, mostra-se possível deduzir a pretensão em juízo, com fulcro na proibição da proteção deficiente.

O princípio da proibição da insuficiência começou a ser referido nos julgados do Supremo Tribunal Federal no ano de 2006, sendo, contudo, tratado com mais assiduidade a partir do ano de 2008, com o início da presidência do ministro Gilmar Mendes, que também foi o responsável pela introdução do princípio na jurisprudência do Tribunal.

Ao longo do presente trabalho, foram expostos e analisados cinco votos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, sendo os três primeiros de relatoria do ministro Gilmar Mendes, o quarto do ministro Luiz Fux e o quinto e último da ministra Rosa Weber.

O primeiro voto analisado, de autoria de Gilmar Mendes, foi proferido no curso do recurso extraordinário número 418.476-5, que atacava a condenação de réu por crime de estupro praticado contra a sobrinha da sua esposa, recurso no qual pretendia, a defesa, a aplicação analógica do revogado inciso VII do artigo 107 da Constituição Federal para, reconhecendo a união estável entre o réu e a vítima, equipará-la ao casamento, gerando a extinção da punibilidade.

Os ministros que votaram anteriormente a Gilmar Mendes já haviam excluído a possibilidade de reconhecimento da união estável, sobretudo para a finalidade pretendida, pois que o caso concreto tratava de uma criança seviciada pelo seu tutor.

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o raciocínio da impossibilidade de reconhecimento da união estável, contudo, de forma desnecessária, invocou o princípio da proibição do déficit para dizer que o raciocínio inverso levaria à impunidade de conduta repugnada pela sociedade, de forma a caracterizar proteção deficiente.

Tal utilização do princípio evidenciou-se desnecessária, posto que a questão já se encontrava resolvida pela exclusão da possibilidade de reconhecimento da união estável. Ademais, a conduta repugnada já era prevista como crime na legislação penal, não existindo qualquer causa legal de exclusão da puni-

bilidade aplicável à espécie, razão pela qual sequer haveria de se falar em proibição do déficit.

Ao proferir voto no curso da ação direta de inconstitucionalidade número 3510, relativa à constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, que regulamenta a pesquisa e terapia com utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, apesar de avançar na melhor explicitação das premissas teóricas, o ministro Gilmar Mendes tratou do princípio como vetor do princípio da proporcionalidade, não estabelecendo, contudo, qualquer raciocínio hábil a exercer um controle de proporcionalidade da norma, alegando, entretanto, proteção deficiente pela ausência de instituição de comitê de ética, bem como pela melhor regulamentação do assunto pela legislação estrangeira.

Não utilizou critérios objetivos para a conclusão apresentada, utilizado-se de claro subjetivismo para concluir pela proteção deficiente diante da mera ausência de um comitê de ética, bem como pela comparação com a legislação estrangeira.

No voto proferido no curso do habeas corpus número 104.410, no qual atacava, o recorrente, decisão condenatória por porte de arma de fogo, na hipótese em que esta se encontrava desmuniada, o ministro Gilmar Mendes explicitou de forma bastante coerente a doutrina em que se estribou, mencionando, inclusive, a necessidade de verificação dos controles de evidência, sustentabilidade ou justificabilidade e material de intensidade.

Não obstante, falhou, mais uma vez, na tentativa de estabelecer qualquer conexão entre a hipótese fática analisada no recurso e a doutrina invocada, deixando de utilizar os critérios objetivos necessários a possibilitar a controlabilidade intersubjetiva do julgado.

O ministro Luiz Fux, contudo, tratou do princípio da proibição da insuficiência de maneira mais sóbria, pois que, reconhecendo a existência dos deveres de proteção, decorrentes de

uma abordagem pós-positivista da Constituição Federal, sinalizou pela necessidade de postura de autocontenção do Poder Judiciário, que somente deve intervir em casos teratológicos, de flagrante desproteção dos direitos fundamentais, pois que cabe ao Parlamento escolher as medidas adequadas à proteção do direito fundamental enunciado, devendo, portanto, ser prestigiada a sua decisão.

No referido julgado, Luiz Fux também utilizou o princípio como mero argumento, não sendo, de maneira alguma, decisivo para a linha de raciocínio por ele traçada.

A ministra Rosa Weber, no julgamento do habeas corpus 103.539, por sua vez, utilizou como precedente o julgado do habeas corpus número 104.410, alterando os fundamentos da jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que já decidia pela denegação da segurança em casos semelhantes, para consolidar o entendimento de que, decisão em sentido inverso, levaria à proteção insuficiente.

Vê-se, dessa maneira, que o princípio da proibição do déficit é utilizado nos julgados do Supremo Tribunal Federal ora como mero argumento, para ilustrar decisões que se tomam, contudo, sob fundamento diverso, ora para pretensamente possibilitar um controle de proporcionalidade sobre a legislação de constitucionalidade questionada.

Ao ser utilizado como mero argumento, mostra-se de despreciosa utilização, mas que, contudo, reputo válida, sobretudo para ilustrar a necessidade de se desincumbir, o Poder Público, do cumprimento dos seus deveres de proteção.

Quando utilizado na tentativa de se possibilitar a aferição da proporcionalidade de lei, evidencia-se a ausência de aferição de critérios objetivos necessários a possibilitar o controle intersubjetivo do julgado, de modo que a fundamentação dos votos estriba-se em meros subjetivismos, como no julgado da ação direta de inconstitucionalidade número 3510, relativa à constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, em que,

no seu voto, o ministro Gilmar Mendes alega proteção deficiente tão somente por ser a legislação estrangeira mais completa, bem como por ausência de instituição de um comitê de ética.

Não indica, o ministro, em que ponto exatamente estaria incorrendo o legislador em omissão, nem tampouco porquê o comitê de ética seria a solução adequada, muito menos pondera outra solução qualquer.

Invade, desse modo, a esfera de competência do parlamento, que, no processo de criação da norma, pondera com todos os setores representados da sociedade para chegar a uma solução.

Posição mais sóbria a do ministro Luiz Fux, vez que, reconhecendo os deveres de proteção do estado, bem como a possibilidade de ofensa ao princípio da proibição da insuficiência, prestigia a decisão do Parlamento, bem como ressalta a necessidade de uma autocontenção do Poder Judiciário, que somente deve atuar nos casos teratológicos.

Assim, evidencia-se que o princípio da proibição do déficit não é decisivo para os julgados do Supremo Tribunal Federal, vez que na maior parte das hipóteses analisadas, poderia ser tomada a mesma decisão, por fundamento diverso, contudo.

Em alguns julgados, é utilizado como mero argumento, tão somente para ilustrar os deveres de proteção do Estado, bem como a possibilidade de proteção deficiente, devido à sua omissão, não sendo igualmente decisivo.

Em outras hipóteses é invocado como forma de controle de proporcionalidade, contudo sem que efetivamente se exerça o referido controle, por deficiência na fundamentação.

E, por fim, no voto do ministro Gilmar Mendes proferido julgamento da ação direta de inconstitucionalidade número 3510, relativa à constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, o princípio é invocado, ainda que também com deficiente fundamentação, para justificar uma indesejável ten-

tativa de invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo, que somente não ocorreu por haver sido vencido em sua tese.

Assim, concluo pela desnecessidade e não utilidade da invocação do princípio da proibição do déficit nos julgados do Supremo Tribunal Federal, mormente pela forma como vem sendo utilizado, razão pela qual se, doravante, deixar de ser invocado, nenhum prejuízo acarretará ao Tribunal.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Hek. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.
- ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 293 e ss.
- BERNAL PULIDO, Carlos. EL principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003, p. 788 e ss.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 138/139.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1999, 3ª ed. p. 267.
- DWORKING, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 426.

- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2010,
- NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 297.
- RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. A proibição da insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal. São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009
- SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53 , com acesso em em 10 de outubro de 2013.
- SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Aécio (coordenador). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64 e ss.
- STREK, Maria Luiza Shafer. A outra face da proporcionalidade. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – ano 7, n. 14 (2006) Porto Alegre: FMP, CEIP, 2000.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

www.ibge.gov.br
www.mapadaviolencia.org.br
www.planalto.gov.br
www.senado.gov.br
www.stf.jus.br
www2.camara.leg.br