

rincípio da Vedação à

Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar
Especialista em Direito Militar

RESUMO: O novo Direito Constitucional – segundo a visão neoconstitucionalista – é um império de princípios e regras. No âmbito penal, deve-se respeito aos direitos fundamentais dos investigados e acusados. Nesse contexto, surgiu a doutrina garantista, que possui atualmente dois lados: um deles tem a visão de proteção contra os excessos do Estado; o outro, objeto deste artigo, tem como finalidade defender a sociedade da proteção deficiente fornecida pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo penal. Princípios e regras constitucionais. Proteção deficiente.

ABSTRACT: Nowadays, Constitutional Law – according the “neoconstitutionalism” point of view – it is an empire of principles and rules. In criminal scope, fundamental rights of defendants must be ensured. In this sense, comes the garantism doctrine, with two sides: one aims to protect against State excesses; other, object of this article, aims to defend society against the State deficient protection.

KEYWORDS: Penal rule of law. Constitutional principles and rules. Deficient protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípios e regras constitucionais – 3. Garantismo penal e o princípio da proporcionalidade – 4. Vedação à proteção deficiente e propostas para a aplicação no CPM – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive um momento extremamente conturbado, em que as instituições estatais encarregadas de resguardar a vida, a segurança e a liberdade demonstram dificuldade em coibir a prática delituosa de um modo geral.

Essa dificuldade, independentemente da origem que se imagine ter, atinge diretamente o Poder Judiciário e o Ministério Público. Naturalmente, quando a sociedade clama por “justiça”, vêm à cabeça de cada cidadão envolvido os nomes do Ministério Público e do Poder Judiciário. O MP, como função essencial à justiça e titular da ação penal pública, e o Poder Judiciário, como detentor da última palavra em termos de repressão penal, têm papel fundamental nessa máquina que, para funcionar bem, necessita de peças robustas e dispostas a realizar incansavelmente seus papéis.

Muito se fala – e corretamente – sobre a necessidade de garantir os direitos fundamentais dos investigados, acusados e sentenciados, eis que são fatores limitantes do poder estatal e garantidores do Princípio da Dignidade Humana, enunciado nuclear em nossa ordem constitucional. Todavia, em tempos de crise, mais ainda que em

momentos de paz social, há que se buscar a outra face desses direitos fundamentais, em que a vítima e a sociedade têm relevância tão grande para a tutela penal quanto o autor do fato delituoso. Essa vítima não pode, por óbvio, buscar a autotutela penal, razão pela qual o Estado, malgrado não tenha papel de “vingador”, deve mostrar à sociedade que a reprimenda criminal fez frente à violação sofrida pelo ofendido em seu direito fundamental denominado “segurança”.

O presente artigo não tem a finalidade de desconstruir o garantismo sob o prisma da proteção ao excesso (*Übermassverbot*), mas demonstrar a necessidade crescente do respeito ao esquecido – e para muitos desconhecido – viés positivo dessa doutrina, qual seja, a vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Juntos, os dois parâmetros consecutórios do Princípio da Proporcionalidade permitem oferecer garantia de individualização da pena de modo justo e proporcional, reprimenda coerente com a ofensa praticada e correção na linha interpretativa de dispositivos incriminadores que não oferecem proteção suficiente à sociedade ou que se mostram desarrazoados.

Especificamente no que concerne ao Direito Penal Militar, cujo diploma legal já conta com mais de quarenta anos de existência, alguns dispositivos, que serão vistos ao final do trabalho, carecem de nova leitura à luz do Garantismo Positivo, ou seja, mais especificamente consoante o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. Esses dispositivos, na sociedade atual, não permitem que o Órgão Ministerial e a Justiça Militar sempre se conformem com a aplicação da “doutrina da pena mínima”, ou seja, seguir-se meramente a adequação típica e, ante a ausência de agravantes ou causas de aumento, fixar-se a pena-base no mínimo legal, independente do núcleo do tipo, do “verbo” realizado pela conduta do sujeito ativo. São dispositivos que,

dependendo da situação fática, exigem maior reprimenda criminal e, pela via hermenêutica, dentro dos parâmetros legais da pena, pode-se fixar a sanção em patamar que satisfaz a ideia de proteção à sociedade, até que o legislador federal, contumaz omissivo nas alterações tão necessárias nos Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, promova as devidas alterações.

Este trabalho não tem por fito esgotar o assunto nem aprofundar as questões sob o prisma da doutrina garantista – existe doutrina do mais alto nível sobre o assunto, até porque a proposta não permite tal nível de complexidade, mas apenas alertar o leitor sobre as possibilidades e potencialidades hermenêuticas e legislativas aqui desenvolvidas. Destarte, talvez se descortine uma pequena centelha que, no decorrer do tempo, se transforme em potente chama a transformar o atual panorama de impunidade, pelo menos no que tange ao Direito Penal Militar e especificamente nos dispositivos legais sob análise no curso do texto.

2 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 apresenta um conjunto de enunciados normativos que, segundo a doutrina de Luís Roberto Barroso¹ (há entendimento diverso por parte de Humberto Ávila), podem ser divididos em princípios e regras.

Os princípios são enunciados de baixa densidade normativa, que normalmente apresentam alto grau de abstração e definem decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo

¹ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 203 e s.

Estado. São verdadeiros mandados de otimização. Nesse diapasão, Barroso menciona que são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o plano jurídico². São exemplos de princípios constitucionais a República, o Estado Democrático de Direito, a Federação, a Legalidade, a Dignidade da Pessoa Humana e a Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, entre outros.

Já as regras compreendem enunciados que exprimem mandamentos ou permissões com alto grau de concretude e precisão, de tal forma que, em algumas situações, as regras constitucionais “realizam” os objetivos expostos pelos princípios.

Alguns exemplos de regras são a idade mínima para um cidadão se candidatar a Presidente da República, a idade para aposentadoria compulsória do servidor público, o fato de que nenhum benefício de seguridade social pode ser criado sem indicação de fonte de custeio e o cabimento de *habeas corpus* para coibir ameaça ou coação à liberdade de locomoção, entre inúmeras outras³.

Os princípios se relacionam com a possibilidade de justiça e as regras com a ideia de segurança jurídica. Um sistema totalmente aberto, com maioria absoluta de princípios, mostra-se muito flexível e capaz de se fazer justiça em qualquer caso, eis que a interpretação se adapta a qualquer caso, porém se mostra insegura juridicamente, pois deixa ao total alvitre do Magistrado interpretar a norma. Um sistema rígido e repleto de regras se mostra muito seguro juridicamente (era a pretensão do positivismo jurídico), porém se revela injusto, pois não é

² BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 203 e s.

³ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 205 e s.

capaz de prever e se adaptar a todas as situações. O ideal é um sistema equilibrado.

Nesse sentido, vale a doutrina de Luís Roberto Barroso⁴:

A proteção dos consensos é feita por meio de regras – âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios –, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador, quer a de juízes e tribunais. Já o pluralismo político se manifestará na escolha, pelas maiorias de cada época, dos meios que serão empregados para a realização dos valores e fins constitucionais – i.e., dos princípios – em tudo que diga respeito à sua parte não nuclear. O ponto merece breve aprofundamento.

Como já dito e reiterado, regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. Essas características dos princípios pode acarretar duas consequências. Por vezes, a abstração do estado ideal indicado pela norma dá ensejo a certa elasticidade ou indefinição no seu sentido. É o que acontece, e.g., com a dignidade da pessoa humana, cuja definição varia, muitas vezes, em função de concepções políticas, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete. Em segundo lugar, ao empregar princípios para formular opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, a Constituição nem sempre escolhe os meios que devem ser empregados para preservar ou alcançar esses bens jurídicos. Mesmo porque, e esse é um ponto importante, frequentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo. As regras, uma vez que descrevem condutas específicas desde logo, não ensejam essas particularidades.

Enquanto os princípios são ponderáveis, as regras funcionam por subsunção, ou seja, aplicam-se binariamente (se a situação se enquadra na descrição da regra, esta é aplicada; caso contrário, não será empregada).

⁴ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 210 e s.

Segundo um conceito mais didático, os princípios podem ser representados graficamente por dois círculos concêntricos. A área entre o círculo externo e o círculo interno (“coroa circular”) compreende o espaço de deliberação democrática em relação ao qual o Legislador pode atuar, ampliando ou restringindo a eficácia e alcance desse princípio. É também um espaço destinado ao hermenêuta, que pode dar concretude ao princípio, concedendo-lhe maior ou menor importância em uma ponderação de interesses (eventual colisão com outro princípio), ou maior ou menor eficácia nessa hipótese real.

Acerca dessa questão, Luís Roberto Barroso faz um alerta, mencionando que

essa função diferenciada de princípios e regras tem repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial – e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originalmente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tinha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, pela via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silêncio eloquente.⁵

Já a área interna ao círculo menor compreende o chamado “núcleo duro” do princípio, que é inderrogável e irredutível, sob pena de violar-

⁵ O autor ainda menciona que exemplo de silêncio eloquente é a não atribuição de competência ao legislador federal para criar monopólios públicos. Sobre o tema, vide BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 211.

se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para aquém de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa, praticamente “letra morta”, o que por certo afeta a Unidade da Constituição, que não possui enunciados mais importantes que outros. Dessa forma, conclui-se que o núcleo essencial dos princípios tem a forma de regra, eis que não pode ser ponderado ou mitigado.

Alguns princípios, malgrado possam ter sua eficácia mitigada, caso sejam reduzidos ao seu núcleo essencial, formarão o que se chama de “*Mínimo Existencial*”. Sobre esse conceito, vale transcrever a lição precisa de Ricardo Lobo Torres⁶:

O tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi estudado sobretudo na Alemanha. O art. 19, § 2º, da Constituição de Bonn, ao encerrar o catálogo dos direitos fundamentais (do art. 1º ao art. 18) declarou-os suscetíveis de restrições pelo legislador ordinário, salvo no seu “conteúdo essencial”. Influenciou a Constituição Portuguesa.

O conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado. O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais.

[...]

Para os adeptos da teoria externa das restrições⁷, o

⁶ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 87 e s.

⁷ A teoria externa é defendida por diversos autores na Alemanha (Alexy e Borowski), em Portugal (José Carlos Vieira de Andrade) e no Brasil (Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva) e se baseia na convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Alexy as classifica em restrições diretamente e indiretamente constitucionais. As primeiras decorrem de norma de nível constitucional. As últimas são aquelas cuja autorização para limitação do direito fundamental está na Constituição e se processam em norma infraconstitucional. A teoria interna ou imanente foi adotada por Häberle e preconiza que o conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes insuscetíveis de ponderação. Para a teoria interna não

conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como “último conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, é irreduzível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência.

Embora parte da doutrina mais importante no assunto (Luiz Edson Fachin⁸ e Ana Paula de Barcellos⁹) mencione apenas os direitos sociais como integrantes desse Mínimo Existencial, Ricardo Lobo Torres¹⁰ – e nesse sentido este trabalho também se posiciona – entende que também a liberdade e a segurança, como direitos fundamentais – e obrigação do Estado – que são, merecem integrar esse conteúdo mínimo e essencial. Ricardo Lobo Torres explica com maestria a questão:

A liberdade tem uma característica que se ausenta dos outros valores: a de ser simultaneamente um valor e um dado existencial. A liberdade do homem, diferentemente do que acontece com a justiça ou a solidariedade, pode ser objeto de ofensas que afetam a própria existência física do indivíduo.

Daí se segue que o mínimo existencial deixa-se tocar pelo princípio da liberdade fática. O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade¹¹.

[...]

existe restrição a direitos fundamentais. Adota-se, aqui, a teoria externa, reputada como mais adequada à democracia, eis que permite que o Parlamento delibere com razoável liberdade sobre a ampliação ou restrição de um direito fundamental, como consectário dos fins constitucionais.

⁸ FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2006.

⁹ BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, 2002.

¹⁰ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009.

¹¹ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 139.

A segurança é outro valor de grande complexidade, que interage com os demais valores éticos e jurídicos e que contribui para dificultar a compreensão do mínimo existencial. O relacionamento entre segurança e justiça é “dramático”.

De uma parte aparece como segurança dos direitos individuais, isto é, como apanágio da liberdade. Deve ser garantida em sua extensão máxima. Pode assumir a feição de segurança da existência, expressão também utilizada para o mínimo existencial.¹²

Nesse sentido, verifica-se que tanto o direito à liberdade (*Freiheitsrecht*) – no contexto de o cidadão ter seu direito pleno de ir e vir sem ser objeto de ofensas penalmente relevantes, quanto o direito à segurança e existência (*Existenzsicherung*) são componentes do chamado Mínimo Existencial, sem os quais o indivíduo não pode ter uma vida digna.

Portanto, coexistem, dentro do próprio cabedal normativo da Constituição Federal, direitos fundamentais e princípios com aplicabilidade penal, o que pode causar confusão em primeira visão, porém de fato apenas convergem com os objetivos do presente trabalho, eis que irão fornecer a percepção de que o Direito Penal deve atender aos dois lados da escala: o aspecto protetivo do cidadão e, em particular, do indiciado/denunciado/acusado, e o aspecto protetivo da sociedade, materializado pelo Princípio da Vedação à Proteção Deficiente.

3 GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina do Garantismo Penal foi idealizada por Luigi Ferrajoli¹³, em sua obra “Direito e Razão”.

¹² TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 144.

¹³ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2010.

Segundo Ferrajoli, existem três planos normativos para o Garantismo. Se trata, no tocante ao Direito Penal, de um modelo de “estrita legalidade”, que sob o prisma epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognitivo de poder mínimo, sob o plano político, caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, portanto, “garantista”, todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente¹⁴.

Na verdade, segundo o próprio autor, deve-se falar mais em graus de garantismo que em sistemas garantistas ou não.

No Brasil, existem distorções severas no sistema penal: da insuficiência de meios periciais ao excesso de feitos nos juízos criminais, passando pela inegável ideia, difundida no povo, de que o autor do delito não merece ter qualquer garantia como ser humano (a ideia de que “direitos humanos” se destinam a “humanos direitos”), as mazelas se espraiam nesse sistema. Muito se fala sobre as consequências desse panorama, mas talvez a pior seja a sensação de impunidade, principalmente no tocante aos delitos mais graves. Nesse sentido, mostra-se essencial demonstrar a necessidade de que o Garantismo Penal tenha uma segunda face, que visa resguardar a sociedade contra práticas delituosas que terminam por violar a liberdade e a segurança dos cidadãos brasileiros.

¹⁴ FERRAJOLI. L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2010, p. 785/786.

Dessa feita, faz-se mister ressaltar a doutrina de Fernanda Mambrini Rudolfo, Defensora Pública do Estado de Santa Catarina¹⁵:

Em fase mais recente, iniciou-se a defesa de bens de titularidade incerta, considerada difusa ou coletiva, o que se denominou direito fundamental de terceira geração.

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Analisando-se as três gerações de direitos fundamentais, constata-se que o Estado, através de omissão ou atuação, deve sempre assegurar a concretização mínima de tais direitos, o que serve como limite de sua interpretação, buscando reduzir ao máximo a discricionariedade [...]

A segurança é, sem dúvida, um direito destinado à coletividade, portanto, um direito fundamental de terceira geração. É, portanto, dever do Estado assegurar que a sociedade tenha, mesmo que no âmbito do Mínimo Existencial, assegurado esse direito. Com o advento da Carta de 1988, o constitucionalismo brasileiro passou por uma transformação e a força normativa da Constituição¹⁶ ganhou cada vez mais destaque, principalmente nos tribunais superiores e no Pretório Excelso. Nesse sentido, esses direitos fundamentais de terceira geração vieram à tona e ganharam espaço na atividade jurisdicional.

¹⁵ RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.

¹⁶ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, 1991.

Nada mais coerente que, sendo a Constituição Federal um conjunto de princípios e regras, um direito fundamental como a segurança seja assegurado a toda a coletividade.

Note-se que não se trata de enxergar o autor do crime como a figura Lombrosiana ou como aquele desprovido de direitos humanos, mas sim abordar com coerência e proporcionalidade o fato delituoso, tanto sob o prisma garantista negativo – deveres de abstenção do Estado em face do cidadão acusado – quanto sob o parâmetro positivo – o Estado assegurar um mínimo de liberdade e segurança à sociedade.

O garantismo sob o prisma negativo, que se coaduna com a proibição de excesso por parte do Estado (*Übermassverbot*), revela deveres de abstenção a que o poder punitivo estatal está obrigado a cumprir, não violando o que Ferrajoli denomina de “axiomas”¹⁷.

Em sua obra, Ferrajoli menciona que sua doutrina pretende responder aos seguintes questionamentos: se, por que, quando e como punir; se, por que, quando e como proibir; e se, por que, quando e como julgar. O autor enumera dez axiomas (A1 até A10) destinados a responder os quesitos “quando e como”, já que os demais (“se e por que”) são respondidos mediante crítica em desfavor tanto das doutrinas abolicionistas quanto das extremas, voltadas ao direito penal máximo, associada à proposta de uma tese utilitarista “reformada”¹⁸. Os axiomas são, portanto, garantias penais e processuais penais que visam, segundo o autor, fornecer ao cidadão a proteção contra o arbítrio estatal nessa matéria.

¹⁷ Axioma, segundo a matemática, é um postulado que não se pode demonstrar, mas se aceita como ponto de partida para uma teoria, que será nele fundamentada.

¹⁸ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2010, p. 18.

Em seguida, estão descritos os dez axiomas¹⁹:

- a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
- b) *Nullum crimen sine lege* (obediência à legalidade estrita para a tipificação penal);
- c) *Nulla lex penalis sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia);
- d) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);
- e) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade, necessidade de exteriorização da ação humana);
- f) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal);
- g) *Nulla culpa sine iudicio* (submissão à jurisdição);
- h) *Nullum iudicium sine accusatione* (separação funcional e subjetiva entre juiz e acusação);
- i) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova);
- j) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório e ampla defesa).

Sinteticamente, pode-se dizer que não há pena sem crime, que por sua vez deve estar previsto previamente em lei, esta que não deve ser elaborada sem necessidade, sempre pautada na lesividade da conduta, que por sua vez deve ser a causadora da lesão e sem ela não há culpa, que só pode ser reconhecida judicialmente por magistrado imparcial e com funções divorciadas da acusação, que por sua vez só pode ser

¹⁹ FERRAJOLI. L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2010, p. 91.

feita com base em provas, estas submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Como o próprio Ferrajoli menciona em sua obra, existem sistemas com diversos graus de garantismo. A doutrina garantista se baseou no sistema penal italiano e, portanto, deve ser “lido” de acordo com cada país.

Evidentemente, no caso brasileiro, há que se ponderar e atenuar alguns postulados que o autor construiu em sua doutrina. Não se trata de uma desconstrução do garantismo, mas sim a devida adaptação à realidade pátria.

Não há a possibilidade, no atual estado da sociedade brasileira, que se venha a abolir, por exemplo, a prisão preventiva, tal qual propõe Ferrajoli. Da mesma forma, não há como olvidar que a sociedade merece proteção por parte do Estado, principalmente no que tange às condutas penalmente mais deletérias (crimes dolosos contra a vida, tráfico de entorpecentes, crimes patrimoniais com violência ou grave ameaça, crimes contra a Administração Pública etc).

A falta da adequada seletividade por parte do legislador brasileiro gera um efeito “dominó”. O legislador elege condutas praticamente irrelevantes como penalmente puníveis. A sociedade, carente da cultura jurídica, aprende que a polícia é a solução para os conflitos, inclusive aqueles que deveriam ser alheios a esse tipo de solução. Tudo é “caso de polícia”, desde o ruído excessivo do vizinho até a troca de ofensas em uma discussão no trânsito. Em seguida, os órgãos estatais encarregados de apuração, persecução e julgamento se veem assoberbados, colocando na mesma “pilha” feitos relacionados a

condutas graves e outros contendo situações irrelevantes ou passíveis de solução por outros ramos do direito. Os meios disponíveis – humanos e materiais – são escassos a atender toda essa demanda. A sociedade, por sua vez, se vê submersa em um mar de impunidade, eis que condutas muito graves com frequência ficam sem a devida apuração e, quando são apuradas, todo o procedimento demora muito tempo. Em alguns casos, a prescrição da pretensão punitiva atinge o fato, gerando mais impunidade. Toda essa engrenagem gera, na sociedade, efeitos terríveis, como a vontade de realizar a autotutela penal, a sensação de que se pode violar a norma penal sem maiores consequências e, naturalmente, o aumento da criminalidade organizada.

Não é a proposta deste trabalho ingressar no complexo debate envolvendo a eficácia do recrudescimento das penas, mas sim demonstrar a necessidade de que algumas condutas carecem de um ajuste hermenêutico enquanto o legislador não as adequar a um parâmetro mínimo de proteção à sociedade, bem como revelar a necessidade de alterações legislativas.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, em seus três ramos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) oferece uma escala na qual tem-se, em cada extremo, uma face do garantismo.

No primeiro extremo da escala, tem-se a já mencionada proteção em face do arbítrio estatal, materializada pelos dez axiomas de Ferrajoli. É chamado de garantismo negativo. Visa proteger o cidadão dos excessos praticados pelos agentes estatais encarregados da persecução penal.

No outro extremo da escala, tem-se a necessidade de proteger a sociedade daquelas condutas delituosas mais severas ou deletérias. O Estado deve, assim, seja por intermédio do legislador, do juiz ou do executor da pena, garantir que os autores dessas condutas tenham uma reprimenda mais efetiva, apta a gerar tanto formal quanto materialmente a segurança que se espera desse sistema persecutório. É o chamado garantismo positivo, visto que exige um atuar estatal.

É justamente o princípio da proporcionalidade, sob o prisma do garantismo positivo, que irá construir a ideia da vedação à proteção deficiente.

4 VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE E PROPOSTAS PARA A APLICAÇÃO NO CPM

Como corolário das duas faces do Garantismo e do princípio da proporcionalidade no âmbito penal, verifica-se que o viés negativo visa proteger o investigado, denunciado ou acusado, enquanto o viés positivo visa proteger a vítima em potencial e, em sentido amplo, a sociedade como um todo.

No cenário nacional, Gilmar Mendes é um dos doutrinadores que defende a tese do garantismo positivo, mencionando que a Corte Constitucional Alemã tem reconhecido a lesão ao chamado princípio da proteção deficiente²⁰.

O Eminentíssimo Ministro do STF ainda menciona essa dupla face do princípio da proporcionalidade em voto recente, em Recurso Extraordinário ainda pendente de julgamento, em que o Pretório

²⁰ BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, 2015.

Excelso aprecia a descriminalização do porte de substância entorpecente. Malgrado o Ministro Gilmar Mendes tenha opinado pela atipicidade penal da conduta, cabe aqui mencionar a precisão de um trecho de seu voto – descrito no Informativo 795, do STF – em que reconhece a necessidade da proteção à sociedade pelo duplo viés do princípio da proporcionalidade:

O Ministro Gilmar Mendes assentou que estariam em jogo os valores da saúde pública, de um lado, e da intimidade e vida privada, de outro. Enfatizou, no ponto, que os direitos fundamentais expressariam um postulado de proteção, a qual não poderia ser insuficiente, sequer excessiva. Assim, a Constituição conteria mandados expressos de criminalização, bem assim conferiria ao legislador margem de ação para definir a forma mais adequada de proteção aos bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. A liberdade do legislador estaria, portanto, limitada pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de excesso de poder legislativo [...] RE 635659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 19 e 20.8.2015. (RE-635659).

No caso em questão, o Ministro Gilmar Mendes menciona o excesso de poder legislativo ou a insuficiência de sua atuação, o que pode dar a entender que a vedação à proteção deficiente se destina somente ao legislador, mas de fato se dirige também ao intérprete da norma e até mesmo aos responsáveis pela execução da pena.

Na visão de Fernanda Mambrini Rudolfo, o Estado deve nortear pelo que preceitua o movimento garantista, tanto no viés negativo quanto no viés positivo, sempre assegurando os direitos fundamentais envolvidos em cada caso²¹.

²¹ RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.

Vale mencionar também a doutrina sempre coerente do Prof. Ingo Sarlet²²:

O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

O *leading case* em que o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht - BverfGE) tratou do contraponto entre proibição do excesso e vedação à proteção deficiente foi em 28/5/1993 (BverfGE 88,203), ao apreciar a uma lei datada de 1975 sobre descriminalização do aborto.

Enquanto o viés negativo do garantismo exige um dever geral de abstenção estatal em relação a praticar excessos, o aspecto positivo desse mesmo garantismo impõe um atuar positivo do Estado no sentido de proteger a segurança e a liberdade da coletividade em relação àquelas condutas mais graves.

Nesse ponto, cabe abrir espaço para que seja delineada, por intermédio do Mínimo Existencial, sem muito aprofundamento, a questão da

²² SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003, p. 88.

omissão estatal no cumprimento desse dever de prover a segurança e a liberdade da sociedade.

Sabe-se que o Estado detém o monopólio no emprego do poder punitivo e, salvo nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade, também possui a exclusividade no uso da força. Para cumprir seu desiderato de proteger a ordem pública, o patrimônio, a vida e a incolumidade das pessoas (art. 144 da Constituição Federal), o Estado dispõe de um imenso aparato policial, seja de natureza preventiva e ostensiva (Polícias Militares), seja de natureza investigativa (polícia judiciária) e repressiva (Polícias Civil e Federal). O mesmo ocorre em relação ao prisma legislativo e judicante, em que o Estado gasta um quantitativo enorme de recursos para que as funções legislativa e jurisdicional funcionem. Também é cediço que esses meios materiais e humanos são finitos, de modo que sobre eles também pode subsistir o argumento sempre empregado pelo Estado para justificar suas omissões, que é a chamada Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*), expressão talhada também pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A Reserva do Possível – que, segundo Ricardo Lobo Torres, não é um princípio, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais²³ – nada mais é que a limitação estatal de cumprir um determinado mandamento constitucional em certa situação, o que justifica, em certos casos, sua omissão. Nesse sentido, se atesta que o Estado não é onipresente, nem onipotente e muito menos onisciente.

Todavia, segundo Ricardo Lobo Torres, a Reserva do Possível não é aplicável nem oponível ao Mínimo Existencial, que se vincula à previsão

²³ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 105.

orçamentária e às garantias institucionais de liberdade, plenamente sindicáveis nos casos de omissão administrativa ou legislativa²⁴.

Nesse sentido, faz-se mister transcrever o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, proferido em 29/4/2004:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico- financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):”Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro

²⁴ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 105/106.

lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Na questão em pauta, ou seja, a vedação à proteção deficiente, o Estado não poderá, portanto, alegar falta de recursos humanos ou materiais (leia-se, “Reserva do Possível”) para justificar sua omissão em prover a segurança e a liberdade, quando essa ausência de providências atingir a sociedade em um nível tal que a dignidade humana reste violada em seu núcleo essencial. Nesses casos, não será justificável a omissão estatal.

Atualmente, a sociedade se vê refém do crime organizado, patrocinado e protegido em grande parte pelo tráfico ilícito de entorpecentes e outras práticas deletérias (tráfico de armas de fogo, lavagem de bens e valores, corrupção e crimes contra a Administração Pública de um modo geral). A grande vítima é o cidadão, que tem sua liberdade e segurança violadas muitas vezes em seu núcleo essencial (cidadãos que não podem sair de casa para não correrem o risco de serem vitimados por tiroteios entre integrantes de facções criminosas, pontos das metrópoles onde o Estado é inteiramente ausente e impera o poder paralelo das organizações criminosas, que permite que a prática da

extorsão, da ameaça e dos homicídios seja algo comum, entre outras situações). Nesses casos, o Estado tem o dever de atuar, tanto na esfera legislativa, quanto na judicial e na administrativa.

Nesse azimute, o que se pretende neste trabalho é firmar o entendimento de que, nesses casos mais graves, em que há o envolvimento de tráfico ilícito de entorpecentes, de homicídios decorrentes de grupos de extermínios ou contra agentes estatais, de latrocínios e de crimes contra a Administração Pública (principalmente Peculato, Concussão e Corrupção Ativa e Passiva, que corroem as políticas públicas e os valores a elas associados), o Estado tem o dever de criar políticas diferenciadas, tanto no campo legislativo, quanto no campo hermenêutico, a fim de assegurar que os sujeitos ativos desses delitos sejam punidos eficazmente.

Especificamente no caso do Direito Penal Militar, ramo jurídico objeto contumaz de omissão estatal do Legislativo, existem algumas hipóteses que carecem de “ajuste hermenêutico” ou alteração da redação. O Legislativo brasileiro, nas alterações que promove no Código Penal e na legislação comum extravagante, raramente se recorda que existe um diploma penal militar, cuja importância é fundamental na manutenção da “sanidade” moral e disciplinar das Forças Armadas, bem como prevenindo que civis pratiquem crimes militares.

O primeiro – e mais importante – caso é o do art. 290 do CPM (Código Penal Militar). O dispositivo em questão tem a seguinte redação:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que

determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I – o militar que fornece, de qualquer forma,

substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II – o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III – quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Vale observar, para fins de comparação, o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Comparando-se os dois dispositivos, verifica-se que ambos têm diversos verbos em comum (preparar, produzir, vender, fornecer, trazer consigo, ministrar, entregar a consumo etc), tornando claro

que o tipo penal do art. 290 do CPM abrange não somente a posse de substância entorpecente, mas também seu tráfico ilícito.

Tal previsão legal decorre do fato de se tratar de uma codificação antiga, datada de 1969, quando não se falava em tráfico de entorpecentes, pelo menos não como existe hoje. Desse modo, as duas formas (posse e tráfico) restaram “coibidas” no mesmo dispositivo legal. Esse fato gerou distorções ao longo do tempo, eis que o traficante de entorpecentes, no âmbito da Justiça Militar, passou a ter a mesma disciplina do usuário e, com isso, uma sanção extremamente leve para uma conduta notoriamente deletéria para a sociedade.

O leitor deve imaginar o prejuízo causado pelo tráfico de entorpecentes dentro de uma Organização Militar. Cada militar está sempre sujeito a ser empregado todo o tempo e, não raras ocasiões, porta armas de fogo de alto poder vulnerante, manuseia explosivos e conduz veículos pesados. Essas especificidades levaram inclusive ao Supremo Tribunal Federal a tratar de forma diferenciada a questão do Princípio da Insignificância no crime militar de posse de entorpecentes. Hoje, as duas Turmas do STF são uníssonas em dizer que não cabe insignificância em porte de entorpecentes por militar em local sujeito à Administração Militar.

Nesse sentido, vale a transcrição do Informativo 608, do STF, em que o Plenário firmou entendimento sobre o tratamento diferenciado que deve ser dado ao art. 290 do CPM:

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar – STM em favor de militar condenado pelo crime de posse de substância entorpecente em

lugar sujeito à administração castrense (CPM, art. 290) — v. Informativos 519 e 526. Entendeu-se que, diante dos valores e bens jurídicos tutelados pelo aludido art. 290 do CPM, revelar-se-ia inadmissível a consideração de alteração normativa pelo advento da Lei 11.343/2006. Assentou-se que a prática da conduta prevista no referido dispositivo legal ofenderia as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal. Asseverou-se que a circunstância de a Lei 11.343/2006 ter atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente não repercutiria no âmbito de consideração do art. 290 do CPM, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Salientou-se, ademais, que lei posterior apenas revoga anterior quando expressamente o declare, seja com ela incompatível, ou regule inteiramente a matéria por ela tratada. Concluiu-se não incidir qualquer uma das hipóteses à situação em tela, já que o art. 290 do CPM seria norma especial. Em seguida, reputou-se inaplicável, no âmbito do tipo previsto no art. 290 do CPM o princípio da insignificância. No ponto, após discorrer que o referido postulado tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, concluiu-se que o entorpecente no interior das organizações militares assumiria enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que seria utilizado, no serviço, armamento de alto poder ofensivo, o que afetaria, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agrediria, dessa forma, os valores básicos das instituições militares. O Min. Gilmar Mendes, tendo em conta o recente posicionamento do Plenário acerca da matéria no julgamento do HC 103684/DF (j. em 21.10.2010), acompanhou o colegiado, fazendo ressalva do seu entendimento pessoal em sentido contrário. Vencido o Min. Eros Grau que concedia o writ. HC 94685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 11.11.2010. (HC-94685).

Se o Plenário do STF firmou esse entendimento no tocante à posse de entorpecentes, o que se dirá do tráfico ilícito, crime militar com lesividade extremamente alta.

Nesse diapasão, a proposta que ora se faz tem natureza hermenêutica e se dirige não apenas aos Conselhos Permanente e Especial de Justiça no âmbito da Justiça Militar (seja da União ou dos Estados), mas também ao Superior Tribunal Militar, aos Tribunais de Justiça Militar e aos Tribunais de Justiça.

A proposta é que, enquanto o Legislador pátrio não se sensibilize com a necessidade de adequação da lei penal militar com o mínimo de proteção que a sociedade precisa (vedação à proteção deficiente), a fim de que a coletividade não se veja prejudicada em sua segurança pelo verdadeiro estímulo à prática delituosa materializada nesse dispositivo, os órgãos jurisdicionais mencionados apliquem a pena mínima de três anos de reclusão (média entre um e cinco anos) quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes com base no art. 290 do CPM. Caso se trate de sentenciado civil (ou militar que perca esta qualidade), que o cumprimento ocorra em regime inicial fechado, tal qual o habitualmente decidido em relação aos sentenciados pela conduta descrita no art. 33 da Lei 11.343/2006. Com esse “ajuste hermenêutico”, satisfaz-se tanto ao princípio constitucional da individualização da pena (ao tratar separadamente o usuário e o traficante) quanto à proteção ao núcleo essencial do princípio constitucional relativo à segurança e à liberdade. Com esse entendimento, pelo menos restará satisfeito, até que haja a devida alteração legislativa, o princípio da vedação à proteção deficiente.

A outra proposta que se faz neste trabalho não tem natureza hermenêutica, eis que não se permite a analogia em matéria penal para piorar a situação do acusado, mas sim de caráter legislativo (*lege ferenda*).

Trata-se de uma proposta geral de alteração do CPM para que todos os crimes militares que tenham mesma redação na lei penal comum e lá sejam considerados crimes hediondos passem a ter a mesma natureza também na lei penal militar. Nesse caso, o homicídio qualificado, o latrocínio e demais crimes hediondos teriam disciplina distinta também na lei penal militar, o que certamente conferiria à sociedade proteção semelhante, eis que, por exemplo, o latrocínio praticado em desfavor de um sentinela com o fito de subtrair armamento militar de alto poder vulnerante é considerado crime militar, mas não fica sujeito à disciplina da lei dos crimes hediondos para os fins de progressão de regime e obtenção do benefício de livramento condicional.

Do modo que a lei penal militar hoje é tratada pelo Legislativo e, de certa forma, pelo Judiciário (eis que trata, no caso do art. 290 do CPM, usuário e traficante da mesma forma), o Estado se omite de forma injustificada, eis que viola o princípio da vedação à proteção deficiente nesses aspectos.

5 CONCLUSÃO

Após as breves linhas acima delineadas, conclui-se sobre a necessidade de o Estado prover, principalmente no âmbito legislativo e judicial, a proteção ao núcleo essencial dos princípios constitucionais relacionados à segurança e à liberdade dos cidadãos, hoje violados em seu mínimo existencial pela sensação de a sociedade ser refém

do crime organizado e dependente de organismos estatais que não cumprem seu papel a contento por diversos motivos.

No âmbito do Direito Penal Militar, existe a sensação de que a criminalidade, ontem adstrita ao universo extramuros das Unidades Militares, hoje, mesmo que em menor escala, já aumentou vertiginosamente.

Dessa feita, há que se proteger a sociedade também pela implementação urgente de medidas legislativas e hermenêuticas, a fim de que o Direito Penal Militar não seja um estímulo para a prática delituosa e para que seja satisfeito o aspecto positivo do garantismo penal, ou seja, a vedação à proteção deficiente.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2010.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003.

TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

