



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 238-266
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução

Theoretical and conceptual preconditions of punishment and prosecution

Walter Nunes da Silva Júnior¹

Romildson Farias Uchôa²

Leonardo Oliveira Freire³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. Pressupostos de existência, legitimidade e constitucionalidade da pena. 2.1 Fundamentos, finalidades ou funções da pena: as escolas. 2.2 Pressupostos ontológicos da pena e da persecução; 3. Pressupostos legais e constitucionais da pena e do *jus perseguendi*; 4. As formulações do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo trata dos pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução criminal. Podem ser apontadas três categorias: pressupostos *ontológicos*, que se referem à fundamentação da existência das penas e da maneira de aplicá-las, *constitucionais-legais*, que fornecem fundamentos normativos no ordenamento jurídico e *metodológicos*, que operam como vetores de previsão normativa, interpretação, aplicação e execução de medidas restritivas aos direitos fundamentais, entre os quais se destaca o *princípio da proporcionalidade*. Pouco se estuda a sua face de proteção eficiente, principalmente em relação à persecução criminal, justificando o estudo. Objetiva-se verificar a proporcionalidade e seus desdobramentos, proibição de insuficiência e proibição de excesso, como princípio multifuncional, e condição essencial para a aplicação de restrições e cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento da revisão bibliográfica. Conclui que a proporcionalidade,

¹ Doutor em Direito Constitucional e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1747-9233>. Email: walterjr@jfrn.jus.br.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Agente de Polícia Federal – Brasil — Departamento de Polícia Federal. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0638825753480032>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9489-3580>. E-mail: rf.uchoa@uol.com.br.

³ Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Filosofia Prática, na área de Filosofia do Direito. Pós-doutorando em Direito (UFRN). Professor colaborador do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN (DEPRO). Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Processos Institucionais (PPGPI/UFRN). Oficial da Polícia Militar do Estado do RN – Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3263821619188327>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6688-8538>. E-mail: freiredireitos@gmail.com.

com seus desdobramentos e subprincípios, se converte em pressuposto da persecução criminal eficiente e da aplicação de penalidades ou medidas alternativas à pena.

Palavras-chave: Pressupostos. Proporcionalidade. Pena. *Jus puniendi*. *Jus perseguendi*.

Abstract: This article addresses the theoretical and conceptual preconditions of punishment and criminal prosecution. It identifies three categories: ontological preconditions, which pertain to the justification of the existence of penalties and their application; constitutional-legal preconditions, which provide normative foundations within the legal system; and methodological preconditions, which guide the prediction, interpretation, application, and enforcement of restrictive measures on fundamental rights, notably the principle of proportionality. The study explores the principle of proportionality, including its prohibitions on insufficiency and excess, as a multifunctional principle essential for the application of restrictions and the protection of fundamental rights. The hypothetical-deductive method and a literature review were employed. The conclusion is that proportionality, with its related principles, serves as a key precondition for effective criminal prosecution and the application of penalties or alternative measures.

Keywords: Precondition. Proportionality. Punishment. *Jus puniendi*. *Jus perseguendi*.

1. Introdução

O presente artigo aborda os pressupostos teórico-conceituais que fundamentam a aplicação das penas e a persecução criminal no Estado Constitucional Democrático. O tema central gira em torno da análise das bases filosóficas, legais e metodológicas que sustentam a legitimidade e a eficácia das penas e do *jus perseguendi*, destacando, nesse contexto, o papel fundamental do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa foca nos pressupostos ontológicos, constitucionais-legais e metodológicos que estruturam o sistema criminal moderno. Esses pressupostos são divididos em três categorias principais: ontológicos, que justificam a existência das penas e a sua aplicação; constitucionais-legais, que fornecem a base normativa no ordenamento jurídico; e metodológicos, que operam como vetores para a previsão, interpretação, aplicação e execução das penas, com ênfase no princípio da proporcionalidade. Especificamente, o artigo explora como esses pressupostos moldam a função da pena e a condução da persecução criminal, garantindo que ambos estejam conforme os princípios de justiça e equidade.

Na categoria dos pressupostos ontológicos, o estudo analisa a punição como uma necessidade inerente ao contrato social, refletindo a retribuição pelo comportamento antagônico e a restauração da ordem violada pelo crime. Nos pressupostos constitucionais-legais, são examinados os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a legalidade e a culpabilidade, centrais para a aplicação do direito penal. Por fim, os pressupostos metodológicos destacam o princípio da proporcionalidade, que se desdobra em regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, funcionando como um critério essencial para equilibrar os interesses do Estado e os direitos dos cidadãos.

O artigo visa responder como os diferentes pressupostos teóricos e metodológicos da pena e da persecução criminal podem garantir um equilíbrio entre a necessidade de segurança pública e a proteção dos direitos fundamentais. A problemática central investiga se o princípio da proporcionalidade, em suas diferentes dimensões, consegue funcionar como um balizador eficaz na aplicação de sanções penais e na condução de processos criminais, evitando tanto a insuficiência quanto o excesso na proteção dos direitos dos indivíduos.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender os fundamentos que legitimam o uso do poder punitivo pelo Estado, especialmente em um cenário contemporâneo em que os direitos fundamentais são amplamente valorizados e protegidos no âmbito dogmático. A análise proposta é crucial tanto para o avanço acadêmico no campo do direito penal quanto para a aplicação prática das leis em um Estado que se pretende democrático e justo. A investigação sobre o princípio da proporcionalidade oferece uma perspectiva inovadora e essencial para garantir que o sistema penal funcione de maneira a respeitar a dignidade humana, ao mesmo tempo em que assegura a ordem social.

O objetivo geral do artigo é examinar os pressupostos que justificam a aplicação de penas e a persecução criminal, destacando a proporcionalidade como um princípio central nesse processo. Especificamente, o estudo busca: 1) identificar e discutir os pressupostos ontológicos da pena; 2) explorar os pressupostos legais e constitucionais que moldam o direito penal; 3) analisar o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como um critério metodológico para a aplicação de sanções e medidas restritivas.

A pesquisa adota uma abordagem teórica e conceitual, utilizando o método hipotético-dedutivo para explorar as diferentes dimensões do tema. A análise é realizada por meio de uma revisão bibliográfica abrangente, que inclui obras clássicas e contemporâneas sobre filosofia do direito, teoria penal e direito constitucional. Os procedimentos técnicos envolvem a interpretação crítica dos textos jurídicos e a aplicação dos conceitos teóricos à prática do direito penal.

O estudo está estruturado em três tópicos principais. O primeiro aborda os pressupostos ontológicos que justificam a existência da pena e da persecução criminal, examinando as bases filosóficas que sustentam a necessidade dessas práticas no contexto social e jurídico. O segundo tópico foca nos pressupostos legais e constitucionais, destacando os princípios fundamentais que orientam a aplicação das penas no ordenamento jurídico. O terceiro tópico analisa o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, considerando-o um pressuposto metodológico crucial para o exercício do dever de proteção, materializado na persecução criminal e na eventual aplicação de penas ou medidas alternativas.

2. Pressupostos de existência, legitimidade e constitucionalidade da pena

Existem pressupostos teórico-conceituais para a atribuição de penalidades e ao exercício do *jus perseguendi*, sobre os quais se discorre a seguir. A condição para a aplicação de reprimendas estatais é o devido processo legal, regado pelo princípio da presunção de inocência. Logo, a persecução criminal, no Estado Constitucional Democrático, é um pressuposto, um dever-poder instrumental para a aplicação de penas.

Considera-se, na presente pesquisa, a formulação que divide os pressupostos teórico conceituais da pena e da persecução criminal em: a) *pressupostos ontológicos*, que fundamentam a própria existência das penas, e logicamente, da persecução; b) *pressupostos constitucionais-legais* (princípios gerais do direito

Penal⁴, princípios informadores da pena⁵ e princípios do processual penal⁶); c) *pressupostos metodológicos*, estabelecido o *princípio da proporcionalidade* (com suas máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e suas extensões ou desdobramentos, proteção eficiente (ou proibição de insuficiência), e proibição de excesso, e o *devido processo legal*.

No momento, é necessário estabelecer alguns contornos e um esboço histórico sobre a pena e o direito penal.

2.1 Um esboço histórico da pena

A pena, admitida como a reprimenda por excelência, tem suas raízes nas eras primitivas, quando sequer existiam normas penais sistematizadas. O castigo, em sua origem, estava mais associado à vingança do que propriamente à justiça.

Durante a era primitiva, o direito de punir estava profundamente ligado ao sentimento ancestral de vingança. Como o Estado ainda não havia consolidado a autoridade e legitimidade para conduzir a persecução criminal, o dever-poder de reagir recaía sobre o ofendido e sua família. Nesse estágio civilizacional, o direito de punir se mesclava ao direito-dever de vingança, sendo esta considerada uma questão de honra para a vítima e seus parentes, em resposta à reprovação moral direcionada ao infrator. A persecução criminal era entendida, nesse contexto, como uma vingança defensiva, emergindo do impulso humano natural de preservação da espécie, indo além do simples instinto de autopreservação. Assim, a reação contra o culpado não era apenas um direito, mas um dever essencial⁷.

Pode-se identificar diferentes fases da vingança penal: a divina, a privada e a pública, que correspondem ao desenvolvimento das formas de Estado, embora tenham ocorrido retrocessos ao longo da história. Inicialmente, o homem, envolto em misticismo, explicava os fenômenos naturais ao seu redor por meio da crença em seres sobrenaturais, “totens”, que evoluíram para divindades.

Assim, o descumprimento das regras pelo grupo social era visto como uma ofensa a essas entidades, sujeitando os infratores a reprimendas que, para satisfazer a vontade divina, eram ilimitadas e predominantemente cruéis e desumanas. Predominava a ideia de repressão para a satisfação da divindade, e a finalidade maior era a intimidação. Bitencourt informa que se destaca como legislação típica da época,

⁴ Tratados no item sobre os pressupostos constitucionais-legais.

⁵ Com a prática de um crime ou sua mera previsão legal, nasce para o Estado o dever-poder de punir, com a atribuição de sanção penal ou outra solução restaurativa, reparatória ou negociada. No mister de aplicação da lei penal, devem ser respeitados os seguintes pressupostos, princípios constitucionais previstos na CF/88: a) *legalidade* (desdobrado em reserva legal e anterioridade); b) *personalidade* ou *intransmissibilidade* das penas (art. 5º, XLV); c) *individualização* da pena (art. 5º, XLVI); d) *princípio da proporcionalidade*, implícito, decorrente do Estado de Direito, também considerado pressuposto metodológico, a ser tratado em tópico próprio adiante; e) inevitabilidade da pena, temperado com o da necessidade concreta da pena (art. 59, CP); f) *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III; art. 5º, XLVII, alíneas ‘a’ a ‘e’, entre outros; art. 5º, §§ 1º e 2º da CADH), fonte moral dos direitos fundamentais, princípio fundamental do Estado democrático-constitucional; g) *vedação do bis in idem* (não previsto expressamente na CF, podendo ser encontrada base normativa no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, no art. 20, 1 e 2). O presente Rol de princípios é elencado por Rogério Sanches (CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 493–497). O dever de punir, deve ser melhor entendido como dever-poder de persecução criminal, ou *jus persecutionis*.

⁶ Podem ser indicados os seguintes princípios: (1) do devido processo legal; (2) da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade; (3) acusatório; (4) da inviolabilidade da intimidade; (5) da ampla defesa; e (6) da liberdade (SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280).

⁷ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 546.

o Código de Manu, os Cinco Livros (Egito), o Livro das Cinco Penas (China), Avesta (Pérsia), o Pentateuco (Israel), e na Babilônia⁸.

Na fase seguinte, com o avanço das civilizações, a reação punitiva aos crimes passou a ser realizada pela própria vítima ou por membros do grupo social (vingança privada), ainda que houvesse uma forte influência religiosa. Persistiam as penas desumanas e cruéis, e a vingança frequentemente resultava em conflitos entre diferentes grupos e tribos. Nesse contexto, o Código babilônico de Hamurábi representou uma evolução ao introduzir a regra de talião, que buscava estabelecer uma proporção entre a infração e o castigo, podendo-se identificar uma primeira tentativa de humanização da sanção criminal⁹. Essa regra também foi aplicada na Lei das XII Tábuas, e no Êxodo (Hebreus)¹⁰. Contudo, a punição ainda transcendia a pessoa do infrator, afetando gerações seguintes, como na Lei do povo Hebreu¹¹.

Na mesma linha, com o fortalecimento do conceito de Estado, surgiu a fase de vingança pública, marcada pelo aparecimento dos soberanos e pela atribuição a funcionários estatais sobre a aplicação das leis e penas. As penas continuaram a ser cruéis e violentas, com a função principal de proteger a ordem estatal em seus estágios inaugurais, afastando-se gradualmente da ideia de vingança. Nesse período, começou a surgir a distinção entre crimes que lesavam indivíduos e aqueles que atingiam o Estado¹².

A vingança privada, que subsistia, podia ser individual ou grupal, e era comum que no segundo caso redundasse em batalhas campais e na eliminação de todo o agrupamento, e foi a lei de talião uma das formas de se pôr freios à vingança e evitar essa dizimação de tribos. A vindita privada, também foi evoluindo para a composição, antecedente da reparação civil e das penas pecuniárias penais¹³.

Na Grécia, é possível observar a evolução do direito penal da vingança privada para a religiosa, coexistentes por longo tempo e, finalmente, para a pública. Os filósofos gregos começaram a questionar aspectos antes ignorados, como o fundamento da punição e a razão de ser da pena. A legislação draconiana, com seu primeiro legislador, atribuía a pena de morte para qualquer delito. Pitágoras, aplicando a lógica matemática, percebia um efeito retributivo na pena, proporcional ao mal causado. Protágoras, por sua vez, defendia que a pena tinha um caráter intimidador, tanto para o autor quanto para a sociedade, visando a correção de ambos. Para Platão, a pena seria um remédio para curar a delinquência, não sendo vista como um castigo, mas sim como um meio de evitar que outros cometam delitos (defesa social). Não se podia falar propriamente de um direito penal em relação a essas formas de vingança¹⁴.

Epicuro também defendia o efeito intimidativo da pena, utilizando o princípio utilitarista (originado em Aristóteles), argumentando que as penas deveriam ser aplicadas apenas quando necessárias. Aristóteles, por sua vez, já introduzia a ideia de que a sensação de impunidade poderia levar à prática de delitos, embora afirmasse que a educação poderia prevenir tais condições.

Assim como os gregos, a civilização romana separou Direito e Religião, passando pelas fases de vingança divina, privada e, finalmente, pública. Durante a República (509 a.C.), as penas capitais eram decididas pelo iudicium populi, em praça pública. Com o fim da República, o Estado assumiu a aplicação das penas, embora

⁸ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 73.

⁹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 73.

¹⁰ HELENO, C. F. *Lições de Direito Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 1975, p. 26.

¹¹ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

¹² *Ibid.*

¹³ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 73.

¹⁴ *Ibid.*

no ambiente familiar o pater famílias ainda mantivesse essa função. Cerca de vinte ou trinta anos antes de Cristo, a vingança privada desapareceu, e a finalidade da pena era essencialmente retributiva¹⁵. A pena de morte foi quase extinta, e as penas e delitos passaram a ser previamente estabelecidos, dando origem ao princípio da reserva legal. No século III d.C., houve um retorno das penas capitais, agora com uma função pública¹⁶.

No contexto romano, a função da pena era multifacetada, evoluindo conforme as mudanças sociais, políticas e econômicas do Império. Embora a retribuição fosse a principal função, também estavam presentes as ideias de deterrence (dissuadir o criminoso e a sociedade), restauração da ordem, reeducação e reintegração. As penas em Roma variavam amplamente, desde multas e exílios até formas extremas de punição, como a crucificação, escravização ou execução pública, dependendo da gravidade do crime e da posição social do infrator.

No Direito Penal dos povos germânicos, a pena mais grave era a *Frieldlosigkeit*, na qual o infrator perdia o direito à vida, permitindo que qualquer concidadão o matasse se o delito atingisse interesses comunitários. Se a infração afetasse uma pessoa ou família, buscava-se a reparação para restabelecer a paz social ou recorria-se à vingança de sangue (faida). Com o fim das invasões bárbaras no século XI d.C., o poder estatal cresceu, afirmando a autoridade pública e substituindo a vingança privada¹⁷. Também havia a visão de composição, e a vingança prevista podia ser hereditária, solidária e de família¹⁸.

Na Idade Média, após a queda do Império Romano em 476 d.C., houve um retrocesso para a vingança privada, embora a composição ainda fosse possível. Com a crescente intervenção dos reis na fixação de penas, surgiu a ideia de penas públicas, fortalecida pela dinastia carolíngia entre 751 e 911 d.C.

O Direito Canônico influenciou as penas, especialmente no Império Romano a partir de 379 d.C., quando o Cristianismo foi estabelecido como a religião oficial e única do Estado. Nesse contexto, a punição era vista como uma expiação em busca de redenção, e os crimes confundiam-se com o pecado, já que a gravidade do delito era proporcional ao pecado. Com o Direito Canônico, retomou-se a vingança estatal em contraponto à privada, criando-se a internação, precursora da penitenciária, além disso, esse ramo do direito continham princípios que orientam até hoje as penas, quais sejam: fraternidade, redenção, caridade, trasladados ao direito punitivo¹⁹.

A investigação era conduzida por meio de inquéritos realizados pelos Bispos, que visitavam comunidades e inquiriam pessoas para estabelecer a ocorrência de crimes, com a possibilidade de confissão de delitos, abrangendo os domínios administrativos, econômicos, políticos e religiosos. Essa forma de inquérito perdurou dos séculos XI a XII, até ser transferida para a esfera do poder soberano.

O Concílio de Latrão, em 1215, marcou o início do processo inquisitório, com a disseminação da tortura durante a Inquisição. A prisão, nesse estágio, era apenas uma medida preventiva para a aplicação das penas, como morte ou suplícios. Já com o Renascimento, nos séculos XIV e XV, os inquéritos passaram a buscar os fatos efetivamente ocorridos, considerando, conhecimentos como astronomia e geografia, embora a tortura ainda persistisse²⁰.

¹⁵ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 77.

¹⁶ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

¹⁷ *Ibid.*, p. 49-53.

¹⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 77.

¹⁹ *Ibid.*, 2016, p. 79.

²⁰ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

Posteriormente, com o Iluminismo, o conceito de crime e criminoso passou por grandes transformações. Hugo Grócio, em sua obra de 1625, intitulada *Sobre o direito da paz e da guerra*, impôs à pena um fundamento racional, conceito que foi mais tarde desenvolvido pelos jusnaturalistas, que buscavam na razão a essência do Estado.

Para Locke e Hobbes, as finalidades da pena eram a obediência da população e a segurança comum, destacando o caráter intimidador sobre a sociedade e o delinquente. No entanto, o período de maior influência foi marcado pela obra de Montesquieu (*Cartas Persas*, 1721 e *O Espírito das Leis*, 1748), que criticava o sistema penal vigente e propunha sua reforma, incluindo a separação dos poderes para garantir a independência do Judiciário. Montesquieu defendia penas moderadas (e proporcionais) como característica do Estado moderno, onde o legislador deveria focar na prevenção de delitos, e não na punição como um fim em si. Para ele, a impunidade, e não a moderação das penas, era a causa do descumprimento das leis. Entre suas propostas, estavam os princípios da proporcionalidade da pena e da reserva legal²¹.

No mesmo contexto, o Marquês de Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas* (1764), propôs reformas radicais no Direito Penal, com foco nas normas processuais. Influenciado por Rousseau, Voltaire, Locke, pelo contratualismo e utilitarismo, Beccaria defendia a proporcionalidade entre a pena e a infração, o fim da tortura, a prisão preventiva quando necessária, e a publicidade das acusações.

Para ele, a finalidade da pena era impedir que o autor continuasse delinquindo e prevenir crimes por outros cidadãos, alinhando-se com a ideia de defesa social e a sobrevivência da sociedade civil. Beccaria considerava a pena de morte incongruente e incompatível com o contrato social. Em sua visão, a pena deveria ser aplicada imediatamente para que sua ligação com a ação criminosa fosse clara, e as penas deveriam ser previamente fixadas, refletindo o princípio da reserva legal²². Marcadamente, o autor menciona o contrato social no início de sua obra, e, dessa forma, assevera que “os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a *função das penas*, imposta pela lei, é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade”²³. Seu pensamento marca o início do Direito Penal da modernidade, influenciando tanto a Escola Clássica da Criminologia quanto a Escola Clássica de Direito Penal²⁴.

No contexto histórico de Beccaria, John Howard²⁵, também na seara político-criminal, teve elevada importância no processo de humanização das penas, insurgindo-se contra as deploráveis condições carcerárias inglesas, inspirando uma corrente penitenciária, propondo princípios de classificação de presos, por sexo, idade, condenação ou processo, defendendo assistências básicas como higiênicas, médicas e alimentares. A pena não deveria ter outra finalidade senão a punitiva e intimidatória. Além disso, compreendia a importância de um controle jurisdicional sobre a execução²⁶.

Seguindo na mesma toada, Bentham fundamentou sua teoria da pena sobre o utilitarismo, defendendo um efeito preventivo geral preponderante, com o valor simbólico da resposta estatal, embora admitindo finalidade correccional. O limite para a retribuição deveria ser o de que a pena era um mal que não deveria exceder o dano

²¹ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

²² *Ibid.*, p. 49-53.

²³ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 27.

²⁴ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 82-83.

²⁵ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 80.

²⁶ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 82-83, p. 86.

produzido pelo delito (reside aqui uma ideia de proporcionalidade). Também considerava as más condições carcerárias como um problema penitenciário, já que infestariam o corpo e a alma dos encarcerados, pela ociosidade e pelo contato com outros criminosos²⁷.

As ideias iluministas francesas que alteraram o direito penal, decorrentes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foram muito influenciadas também pelas ideias de Beccaria e de autores precedentes. Após o período iluminista, surgem o que se denomina Escolas Penais, e que até o presente influenciam as respostas criminais nos ordenamentos jurídicos. As escolas serão tratadas em tópico adiante. Todas elas, em alguma medida, entendem as funções da pena, cujas formulações iniciam desde a antiguidade, quais sejam, retribuição, redenção, defesa social (segurança da ordem soberana, da sociedade civil ou do Estado de Direito), ressarcimento e outras correlatas.

Com o avançar das concepções de Estado, e marcadamente após a II Guerra Mundial, as transformações nas relações entre os poderes e a necessidade de observância dos direitos fundamentais como expressões da dignidade humana, e da consequente expansão constitucional, surgiram formulações a respeito da cláusula do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade. Este último se desdobra inicialmente em proibição de excesso, evoluindo para a necessidade de proteção eficiente, e balizará necessariamente toda a estrutura de resposta estatal aos delitos, nas previsões em abstrato, na aplicação de reprimendas aos ilícitos, bem como na execução das penas.

Atualmente, o Código Penal brasileiro não enuncia sobre qual teoria adotou, mas a doutrina entende que a pena possui tripla finalidade, a saber: a) retributiva; b) preventiva; c) reeducativa²⁸.

Cada uma dessas funções pode ser identificada em momento específico, pois o legislador cria o crime e comina a sanção penal, com a pena abstratamente prevista, e assim manifesta o caráter preventivo geral. Ao estabelecer parâmetros mínimos e máximo da pena, expõe a prevenção geral positiva, mirando inibir a prática de delitos (prevenção geral negativa). Já no momento de aplicar a sanção, o órgão jurisdicional observa as finalidades retributiva e preventiva especial. Na etapa da execução penal, desvela-se a retribuição e a prevenção especial, revelando-se a prevenção especial positiva.

Nessa ordem de considerações, a proporcionalidade, como técnica interpretativa, de aplicação da norma e de resolução de conflito entre princípios ou direitos fundamentais, se consubstancia em pressuposto metodológico para a prescrição, aplicação e execução das penas, e da antecedente e necessária persecução criminal. É dessa forma que o tema será tratado adiante.

Estabelecido o escopo do artigo, um esboço histórico da pena e de sua função em diferentes contextos, passa-se aos tópicos nos quais se estrutura este estudo, inicialmente tratando sobre os fundamentos, finalidades ou funções da pena, seguido de um tópico sobre os pressupostos ontológicos da pena e da persecução, em um terceiro tópico há considerações sobre os pressupostos constitucionais-legais, e o quarto item sobre as formulações do princípio da proporcionalidade para, enfim, expor as considerações finais.

2.2. Pressupostos ontológicos da pena e da persecução

Os fundamentos do *ius puniendi* foram tratados na construção filosófica do Direito, mais especificamente no contexto do idealismo alemão, com as teorias absolutas de Kant e Hegel. Os primeiros entendimentos sistemáticos estão alinhados à ideia de retribuição, *ius talionis*, com regate histórico no código de Hamurábi.

²⁷ *Ibid.*, p. 87.

²⁸ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 483.

Para Kant,²⁹ na sua obra *Metafísica dos Costumes*, Doutrina do Direito, no parágrafo 49, Seção E, a ideia de que a punição serve para aplicação da justa medida a retribuir ao criminoso pelo mal praticado, o crime, como condição causal que impõe a resposta pelo exercício da razão, é um imperativo moral, um projeto da liberdade³⁰.

Conforme o autor alemão, o criminoso deve receber a punição na medida do crime praticado, seja na condição causal como resposta à ação, com a reação do Estado. Neste contexto, a teoria kantiana defende que o criminoso deve ser tratado com a finalidade da pena, sendo um imperativo categórico do direito, imperativo por ser um mandamento e categórico por não haver exceção, inclusive com a pena de morte, ou seja, para os criminosos homicidas não haveria outra alternativa penal senão a pena capital, representando a causalidade e a proporcionalidade da pena. Muito embora o autor vislumbre problemas na aplicação dessa penalidade extrema.

Essa linha é redefinida na teoria hegeliana, que considera a racionalidade e a retribuição como máxima, mas apresenta a teoria de uma chance, prescrevendo que, em situações específicas do fato criminológico, para o criminoso não reincidente, não contumaz, o Estado pode aplicar uma pena mais branda, que difere da pena capital.

Nesse contexto, surgem as teorias humanizadas, iniciando pelo Marquês de Beccaria, que inclusive rebate as teses de Kant e de Hegel, apresentando a ideia de que ao agente deve ser dada a reabilitação com a preservação dos direitos mais especiais, promovendo a dignidade humana e restaurando a sociedade civil. Assim, Beccaria traz uma nova dimensão de interpretação para o fato criminoso e às medidas adotadas à criminalidade, bem como o Estado deve tratar os criminosos na busca da preservação da humanidade, com respeito à dignidade humana, considerando a aplicação de uma pena que seja instrumento para os criminosos serem restaurados, a fim de que efetivamente retornarem à convivência social³¹.

Refletindo sobre a rapidez na aplicação da pena, Beccaria fez uma menção à prisão preventiva, argumentando que a privação da liberdade é, de fato, uma pena. Ele concluiu que essa modalidade de prisão "não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer". Para ele, a prisão preventiva só deve ser aplicada quando "necessária para impedir a fuga ou para não ocultar as provas dos delitos", conferindo-lhe, assim, a função de medida cautelar. Embora esse princípio tenha demorado a ser compreendido e adotado pelos Estados, hoje é um dos fundamentos do processo penal moderno. Segundo a Constituição de 1988, a prisão processual é considerada uma medida cautelar e, para ser decretada, além das provas de materialidade e autoria, é necessário observar se a privação da liberdade é indispensável. A prisão deve ser decretada apenas quando nenhuma medida alternativa for suficiente e adequada³².

Evidentemente, o livro *Dos Delitos e das Penas* apresenta diversos fundamentos de Direito Penal material. Entre eles, destaca-se a proporcionalidade das penas³³ conforme a gravidade do delito, a concepção do crime como fato jurídico

²⁹ KANT, I. *Metafísica dos costumes*, Trad. P. Quintela, Abril Cultural, São Paulo, 1980.

³⁰ Kant afirma que as leis da liberdade se diferenciam das leis da natureza porque não descrevem o que é, mas prescrevem o que deve ser, isto é, o que se deve fazer, um projeto da liberdade (KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986, p. 57).

³¹ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 21-31 e 139.

³² SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 61.

³³ O histórico do Direito Penal, é revelador que nem sempre a resposta estatal aplicada era adequada à gravidade do fato. Foi no período iluminista que houve um despertar para a proporcionalidade, com marcante influência dos escritos de Beccaria. É célebre um trecho que se pode destacar, em tópico intitulado *Finalidades da Pena*: "É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu" (BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 52).

e a moderação das penas como forma de humanização. Beccaria defende a certeza da aplicação da pena, em vez de sua crueldade, como um verdadeiro freio à prática dos crimes. Ele trata a pena como um meio de defesa da sociedade, rejeitando a ideia de vingança. O autor também propõe a eliminação de crimes como o adultério e, principalmente, a abolição da pena de morte, defendendo o que hoje se chama de Direito Penal mínimo³⁴.

O exame da obra revela a intenção de Beccaria em promover, com base no utilitarismo, a adoção de um sistema penal fundamentado na legalidade estrita, sem espaço para interpretações subjetivas. Beccaria baseou-se no utilitarismo hobbesiano para explicar o direito de punir, onde a utilidade é o princípio moral dominante. Embora Hobbes tenha sido proeminente, Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês, é reconhecido como o fundador da escola utilitarista. Ele detalhou essa doutrina abrangentemente em sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, publicada em 1789. Para Bentham, conforme a natureza, a humanidade está sujeita a dois soberanos, a dor e o prazer, e a razão e a lei, instrumentos para estabelecer a maior felicidade possível para o maior número de pessoas³⁵.

Beccaria parte do pressuposto de que o indivíduo aceita viver conforme as leis da sociedade, representadas pelo pacto social, e concede ao Estado o dever de puni-lo quando violar essas normas. A punição visa restaurar a ordem jurídica e prevenir transgressões futuras. O direito de liberdade é entregue ao Estado, que o restringe conforme necessário para manter a ordem social. O autor explica que a necessidade de segurança na sociedade levou o homem a renunciar parte de sua liberdade. Na visão de Beccaria, a pena é vista como uma retribuição pelo mal causado à sociedade, conquanto possua seu caráter humanitário³⁶.

Envolvido com o pensamento iluminista, Beccaria teve a antevisão de observar que o campo no qual mais se mostravam ilimitados os poderes do Estado era, exatamente, no exercício do direito de punir³⁷, que atualmente pode ser relido como dever-poder de perseguição criminal do Estado, já que o resultado não necessariamente será uma pena.

O autor milanês, em seu livro, defendeu garantias fundamentais no Direito Penal material, como o princípio da reserva legal, a publicidade da lei, a tipicidade dos crimes e a proporcionalidade das penas. No entanto, sua maior preocupação estava no Direito Processual Penal. Ele identificou na ausência de regras para o julgamento uma das maiores injustiças contra uma pessoa que poderia ser inocente.

A falta de direito de defesa, a produção de provas pelo Estado de qualquer forma, incluindo a tortura, o segredo do ritual como intimidação, a publicidade apenas na execução da pena, a presunção de culpa e a ausência de separação e independência entre o acusador e o julgador, entre outras anomalias, levaram Beccaria a focar no estabelecimento de regras que limitassem o poder de punir do Estado. Em outras palavras, ele desenvolveu a mesma ideia da reserva legal aplicada ao julgamento, defendendo que o processo deve impor regras para controlar a perseguição criminal³⁸.

Esses pressupostos, iniciados no contexto da modernidade, formataram no sistema de justiça penal uma linha de humanização instrumental para o *ius persecutionis*, na busca de encontrar uma medida mais adequada para o tratamento da criminalidade, desde o processo de investigação.

³⁴ *Ibid.*, p. 61.

³⁵ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 81–83.

³⁶ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 38–39.

³⁷ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 279.

³⁸ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

A teoria de sistematização racional da persecução penal tem relação direta com o processo de humanização da pena, considerando as garantias do acusado, a presença da presunção de inocência³⁹ e mesmo a dignidade humana da pessoa acusada em matéria penal. Esse contexto está firmado na máxima do Estado de Direito, no qual o poder absoluto nobiliárquico é superado.

O paradigma absolutista estava alinhado aos ditames do castigo, como retaliação e da vingança. Alguns pressupostos teóricos podem ser retirados das teorias que sustentam a ideia de humanização da pena como elementos de uma persecução penal humanizada, algo que está inserido no nosso Sistema de Justiça Criminal.

Se por um lado as teorias absolutas da pena apresentam uma evolução da sistematização do *ius puniendi* com base em critérios racionais, por outro lado, o Sistema de Justiça estava focado na proteção do Estado absolutista. Na mudança de paradigma do Estado Absoluto para o Estado de Direito e com a redefinição para o modelo de humanização proposto o Beccaria ocorre uma estruturação do processo criminal e de toda instrumentalidade de justiça criminal, que envolve as ciências policiais e a segurança pública, inaugurando uma ciência criminal que caminha focada na proteção dos direitos fundamentais, colocando o ser humano (inclusive o criminoso) como sujeitos de direitos no processo.

A sociedade civil é a signatária principal dessa missão do Estado de trazer à realidade uma harmonia, colocando as liberdades humanas em um patamar de congruência. Inclusive, o princípio da liberdade, e o da presunção de inocência, informam que os termos mais adequados a serem utilizados são justiça criminal, persecução criminal ou processo criminal, em sobreposição a justiça penal, persecução penal ou processo penal, dado que o foco não é a pena, mas sim um processo justo para o exercício do *jus perseguendi* e, eventualmente, a atribuição de punições, que inclusive não são obrigatórias, pois existem muitos institutos despenalizadores e descriminalizadores, bem como a inocência pode restar comprovada ao final do processo.

Na persecução criminal, tem-se a dignidade humana como elemento fundamental para a promoção da justiça. Por esse aspecto, os procedimentos de controle da violência e de enfrentamento da criminalidade devem sempre proteger, em última instância, a humanidade. Neste contexto, é possível fortalecer o argumento da atuação pública, enquanto sua instrumentalidade não pode superar o valor humano, apregoando a máxima kantiana, a qual afirma que o homem não pode ser considerado um instrumento, um mero meio.

Ademais, um processo criminal democrático é resultado também do que a sociedade espera em termos de expectativas normativas, de maneira que uma sociedade que não internaliza de maneira satisfatória o princípio da presunção de inocência, contribui para um processo penal distanciado dos valores da dignidade humana⁴⁰.

Ainda nessa linha de intelecção, o respeito ao imperativo categórico de Kant pode ser um norte ao sistema de justiça criminal, às penas, ao processo e à execução

³⁹ Segundo tese defendida pelo Prof. Walter Nunes da Silva Júnior, o princípio da presunção de inocência deve ser considerado o gênero, cujas espécies são os subprincípios da presunção de inocência estrito senso e o da presunção de não culpabilidade (SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 401).

⁴⁰ Dignidade humana: "Trata-se de princípio com um visível fundamento ético que é anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representando no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada como autonomia e respeito à natureza humana, mas sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais. É nesse sentido que o homem está acima de todas as coisas e se constitui um fim em si, no estilo do imperativo categórico kantiano. É com esse perfil que a dignidade da pessoa humana é mais que um compromisso normativo, é uma fonte moral onde a democracia vai ganhar substância" (BONIFÁCIO, A. C. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. Método, São Paulo, 2008, p. 175).

das penas, conforme Doutrina do Direito, Parágrafo 49. Seção E, em que Kant estabelece as bases de sua teoria da aplicação da pena.

A regra de ouro de praticamente todas as filosofias existentes é não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem a si. Tais palavras já eram emanadas por Confúcio, mais de dois mil e quinhentos anos atrás. Reaparecem com o historiador da Grécia, Heródoto, e na filosofia platônica, e, séculos mais tarde, codificada nas escrituras judaicas, cristãs e islâmicas⁴¹.

Em Kant, ela se consubstancia no imperativo categórico, que aparece ao longo de suas obras formulado de três maneiras diferentes: 1. Lei universal: age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da Natureza; 2. Fim em si: age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca como um meio; 3. Legislador Universal (ou da Autonomia): "Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais"⁴².

Segundo o autor alemão, o Imperativo Categórico é um princípio que requer a capacidade de universalizar tanto as ações quanto as máximas ou interesses que elas envolvem (e, portanto, se manifestam nas normas da ação). Kant busca, assim, invalidar todas as normas que contradigam essa exigência do Imperativo Categórico⁴³.

Os pressupostos elementares de uma justiça criminal, por esta compreensão, podem ser considerados a partir do valor mais amplo que se institui, o Estado da proteção da dignidade humana e a promoção dos direitos fundamentais.

Em uma sociedade cada vez mais tecnológica, com o distanciamento do humano, com uma instrumentalização das pessoas e das coisas, sempre consideradas diante do valor econômico, as ciências penais, em especial o processo penal, deve fortalecer os seus pilares sob pena de que o direito ande na contramão da Justiça e se consolide como uma utopia social.

Diante disso, obviamente com esse pequeno recorte teórico, é preciso reconhecer o protagonismo de um processo penal que tem como base teleológica os seus pressupostos fundantes, essenciais para o reconhecimento público do direito de punir como algo legítimo.

Nesta medida, é possível reconhecer que o pensamento neokantiano a partir de Habermas, em sua teoria da razão comunicativa, que pode servir de norte, com base em sua racionalidade, que retira da objetividade instrumental como *standard*, e coloca a subjetividade e os valores da interação, do espírito democrático como preponderantes, somados ao elemento moral que alicerçam os fenômenos do mundo da vida, rompendo o mero formalismo dos procedimentos no contexto do enfrentamento à criminalidade⁴⁴.

O processo criminal não pode ser considerado um instrumento distante da existência humana e do fenômeno da interação social e linguística, que condiz com a esfera pública. Diante disso, é preciso reconhecer que a mera racionalização dos processos, formalmente, é insuficiente, devendo-se concatenar uma justiça válida diante das necessidades humanas, materialmente consideradas.

Por isso, o processo penal precisa ser sintético com técnica, mas a mera técnica não é suficiente para conduzir à justiça. Diante disso, a teoria Habermasiana, legatária das raízes kantianas, apresenta um espelho para o esclarecimento de um fator importante, que está inserido nesta obra, a saber, a importância da proteção dos direitos fundamentais colacionados pelo projeto da razão que se legitima na

⁴¹ BREGMAN, R. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Editora Planeta, São Paulo, 2021, p. 363.

⁴² KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986. p. 57. p. 103.

⁴³ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 84.

⁴⁴ HABERMAS, J. *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Catedra, Madrid, 1997.

comunidade linguística, na sociedade civil, pelo espírito democrático. Nessa medida, não basta ser eficiente, é preciso que os instrumentos processuais que enfrentam a criminalidade sejam enraizados no espírito democrático e promovam o conteúdo aceito legitimamente na sociedade civil.

Impõe-se, em arremate, arrolar *alguns dos principais pressupostos ontológicos* em relação à pena, conforme os autores tratados: a) *retribuição*: a pena é vista como retribuição pelo crime cometido. Baseia-se na ideia de justiça retributiva, onde o infrator deve receber uma punição proporcional ao mal causado. O conceito é fundamentado, entre outros, nas teorias de filósofos como Kant e Hegel, que defendem que a pena é um imperativo moral e uma resposta justa ao delito; b) *prevenção*: a pena possui caráter preventivo, tanto geral quanto específico. A prevenção geral visa dissuadir a sociedade em geral de cometer crimes, ao estabelecer consequências negativas para comportamentos ilícitos, a específica tem por objetivo evitar que o infrator volte a cometer crimes no futuro, seja por meio da reabilitação ou pela incapacitação temporária (como a prisão); c) *reabilitação*: a pena pode ter um propósito reabilitador, visando a reintegração do infrator na sociedade. Destaca a importância de proporcionar ao condenado oportunidades de educação, trabalho e tratamento psicológico ou psiquiátrico, para poder corrigir seu comportamento e viver segundo as normas sociais; d) *defesa social*: a pena é necessária para proteger a sociedade contra indivíduos que ameaçam a ordem pública e a segurança. Esse pressuposto justifica a aplicação de penas como um meio de afastar temporária ou permanentemente aqueles que cometem crimes, garantindo a segurança dos cidadãos; e) *justiça restaurativa*: a pena visa restaurar o dano causado à vítima e à comunidade. Enfatiza a reparação do dano e a reconciliação entre o infrator e a vítima, promovendo um sentido de justiça que vai além da simples punição.

3. Pressupostos legais e constitucionais da pena e do *jus perseguendi*

Entre os *pressupostos legais e constitucionais*, consideram-se os *direitos e garantias fundamentais*, os *princípios gerais do direito penal* e, especificamente, os *princípios informadores da pena*, bem como os *princípios constitucionais e legais do processo penal*⁴⁵.

Entre os *princípios gerais do direito penal*, podem ser relacionados pela doutrina, com alguma divergência, mas relativamente uniformes, os seguintes: 1. Os relacionados com a missão fundamental do direito penal: 1. Intervenção mínima (1.1.1 insignificância ou bagatela própria, 1.1.2 bagatela imprópria, 1.1.3 adequação social); 2. relacionados com o fato do agente: 2.1 exteriorização ou materialização do fato, 2.2 legalidade, 2.3 ofensividade ou lesividade; 3. relacionados com o fato do agente: 3.1 responsabilidade pessoal, 3.2 responsabilidade subjetiva, 3.3 culpabilidade, 3.4 igualdade, 3.5 presunção de inocência ou da não culpa; 4. *relacionados com a pena*: 4.1 *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF/88), 4.2 *individualização da pena* (art. 5º, XLVI, CF/88), 4.3 *proporcionalidade*, 4.4 *personalidade* (art. 5º, XLV, CF/88), desdobramento dos princípios dos itens 3.1, 3.2 e 3.3, 4.5 vedação do *bis in idem*⁴⁶.

⁴⁵ Deve-se relembrar a importante distinção entre princípios e regras, adotadas por Alexy e Dworkin. Nesse aspecto: "Os *princípios* são *mandamentos de otimização* [...] podendo ser cumpridos em graus diferentes conforme as possibilidades reais e também as jurídicas dadas pelas regras e princípios opostos". "[...] enquanto as *regras obedecem a uma lógica de tudo ou nada, sendo aplicadas ou não aplicadas*, os princípios são considerados mandamentos de otimização, podendo ser realizados em certo grau, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas" (BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27, p. 75).

⁴⁶ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 78-127.

Bittencourt⁴⁷, por sua vez, classifica os princípios fundamentais de direito penal de um estado Social e Democrático de Direito, os seguintes: 1. Princípio da legalidade; 2. princípio da reserva legal; 3. Princípio da intervenção mínima, 3.1 princípio da fragmentariedade; 4. Princípio da irretroatividade da lei penal; 5. Princípio da adequação social; 6. Princípio da insignificância; 7. Princípio da ofensividade; 8. Princípio da culpabilidade; 9. Princípio da proporcionalidade; 10. Princípio da humanidade.

Dado o restrito objeto do presente estudo, eles não serão tratados com maiores detalhamentos, sendo listados apenas para a consideração de que se consubstanciam como pressupostos legais ou constitucionais.

É possível observar que muitos deles se confundem com os princípios do processo penal, atuando em ambientes distintos, mas que se entrecruzam, e protegem os mesmos bens jurídicos em intensidades e formas diferentes. Além disso, alguns deles, embora sendo especificamente princípios relacionados ao direito material, são aplicações específicas de cláusulas gerais de maior abrangência, como a dignidade humana e o princípio da proporcionalidade, e ainda exteriorizações do devido processo legal.

César Bittencourt denomina-os como princípios limitadores do poder punitivo estatal, princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou ainda, *princípios fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Cuida-se de garantias do cidadão contra o poder punitivo do Estado e se encontram ancorados na CF/88, já enunciados no preâmbulo da Carta constitucional, embora se encontrem os princípios específicos de matéria penal no art. 5º da CF/88⁴⁸.

Os direitos fundamentais, normas constitucionais, são abordados atualmente sob uma dimensão objetiva, além da perspectiva subjetiva⁴⁹. Embora, no ambiente criminal, esses direitos tenham surgido para limitar o dever-poder de punir do Estado, a persecução criminal moderna também se baseia neles. Os bens jurídicos tutelados pela norma penal garantem a inviolabilidade de direitos como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º, caput, da Constituição), além de proteger direitos reflexos como integridade física, honra, intimidade e privacidade.

Portanto, o Estado deve respeitar esses direitos e, simultaneamente, tem o dever de responsabilizar quem os viole, promovendo a segurança pública. Trata-se do dever de proteção, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵⁰. Esse dever de proteção deve ser eficiente, logo, identifica-se com a vedação de proteção insuficiente, bem como com a proibição do excesso, desdobramentos da proporcionalidade. Dessa forma, "A colisão entre direitos de defesa e direitos de proteção poderá ocorrer no momento da aplicação a casos concretos, exigindo ponderação na busca da concordância prática"⁵¹.

No mesmo sentido, Gilmar Mendes, em voto na ADI 3112/DF, consignou que os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, podem ser desse modo classificados:

⁴⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 50-69.

⁴⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 49.

⁴⁹ "A ótica subjetiva é a exegese dos direitos fundamentais na qualidade de normas que limitam o exercício do dever de punir. Na outra dimensão, os direitos fundamentais se traduzem no dever de proteção, ou seja, na obrigação legada ao Estado de promover ações eficientes no sentido de proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos, em cumprimento ao que prescrevem o arts. 5º, caput, e 144, caput, primeira parte, ambos da Constituição de 1988" (SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 373).

⁵⁰ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

⁵¹ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

(a) dever de proibição (*verbotspflicht*), que consiste no dever de proibir certas condutas; (b) dever de segurança (*sicherheitspflicht*), impondo ao Estado o dever de proteger o cidadão de ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; e (c) dever de evitar riscos (*risikopflicht*), que permite o Estado a agir com o fito de evitar riscos ao cidadão em geral através da adoção de medidas de proteção ou de prevenção especial⁵².

Nessa linha, “os direitos fundamentais passaram a operar como princípios objetivos fundamentais da comunidade [...] orientam o funcionamento de todo o ordenamento jurídico (público e privado), reclamando prestações positivas (legais e judiciais) do Estado destinadas à sua proteção frente a ataques de terceiros”⁵³.

Para fins de classificação e estabelecimento dos *princípios fundamentais do processo penal*, no nível constitucional, considera-se a *função e a natureza jurídica dos bens jurídicos* tutelados pelos direitos fundamentais. Nessa ordem, são apresentados princípios que protegem os respectivos direitos: (1) do *devido processo legal*; (2) da *presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade*; (3) *acusatório*; (4) da *inviolabilidade da intimidade*; (5) da *ampla defesa*; e (6) da *liberdade*⁵⁴. Nem todos incidem concomitantemente nos casos concretos de violação das normas e necessidade do exercício da persecução criminal, mas, abstratamente, são garantias de um devido processo legal para a aplicação de penalidades, e, geralmente, dos atos conducentes à apuração da responsabilidade, desde a investigação criminal.

Neste estudo, será tratado o recorte, apenas, do *devido processo legal*, informado pelo princípio da presunção de inocência, que além de princípio constitucional do processo (e do direito penal), é uma cláusula geral, um pressuposto para a aplicação da pena, e dos poderes instrutórios do processo, das intervenções no uso da força, e dos atos investigatórios. Ele também se manifesta no momento da edição das normas constitucionais e das leis. O desrespeito a esse devido processo legislativo, em tese, gera irregularidades no processo legislativo, mas com muitas dificuldades em seu controle, dada a complexidade do processo, da autonomia do Poder Legislativo, e bem como pela presunção de validade das leis, demandando o escrutínio judicial dos Tribunais para a aferição de ilegalidades ou inconstitucionalidades.

O malferimento, ainda, de qualquer dos princípios e normas sobre pena e processo, podem redundar em desrespeito ao devido processo legal, e por isso, a consideração de que, além de ser considerada uma cláusula legal, um princípio, uma norma de elevada importância no sistema jurídico, é também um pressuposto metodológico, ao lado do princípio da proporcionalidade. Este baliza frequentemente a aplicação e o conflito de normas (regras e princípios), para que se respeite o devido processo

No processo criminal, o *due process of law* é um princípio condutor ligado a todos os outros, já que o desrespeito a outros princípios pode conduzir ao seu malferimento. Dessa forma, o desrespeito a princípios e às normas constitucionais e legais levam ao descumprimento do devido processo penal, e sob esse aspecto, pode ser também considerado um pressuposto metodológico, ao lado da proporcionalidade, que será tratada no tópico seguinte.

Importa, neste ponto, tratá-lo como princípio. O conceito de *devido processo legal* (*due process of law*) é um princípio fundamental do direito que tem suas raízes no sistema jurídico anglo-saxão. Estabelece que qualquer ato praticado por uma autoridade pública, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas e formalidades estabelecidas pela lei.

⁵² SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224.

⁵³ FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. ver. e ampl. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 47.

⁵⁴ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

O devido processo legal é o instrumento para a efetividade do princípio da presunção de inocência e garante que as partes envolvidas em um processo sejam tratadas de maneira justa, com oportunidade de defesa e com a observância dos direitos fundamentais. Esse princípio impede que o Estado tome medidas arbitrárias contra os indivíduos, assegurando que as decisões sejam tomadas de acordo com procedimentos legais previamente definidos.

A origem histórica desse princípio remonta à *Magna Carta* Inglesa de 1215, considerada a primeira constituição ocidental, e nela já se encontrava o embrião do devido processo legal, ao prescrever que nenhuma pessoa seria punida ou privada de seus bens sem um julgamento justo e conforme a lei.

O princípio foi desenvolvido e expandido ao longo dos séculos, tornando-se um dos pilares do Estado de Direito e sendo incorporado em diversas constituições modernas, incluindo a Constituição da República Federal do Brasil. Ele abrange tanto o aspecto processual, que se refere aos procedimentos que devem ser seguidos, quanto o substantivo, que assegura que as leis em si sejam justas e razoáveis.

Nesse contexto, pelo foco do presente trabalho, discorre-se sobre a proporcionalidade, enquanto pressuposto metodológico.

4. As formulações do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos

Tomado, *a priori*, como uma ideia de justa medida ou de justa retribuição a uma quebra do pacto social pelo cometimento de delitos, o que buscará reminiscências históricas nos filósofos da antiguidade clássica. Os termos, justa medida, justo meio e mediana estão relacionados à ética de Aristóteles. Por outro lado, o conceito de caminho do meio sintetiza os sistemas filosóficos orientais, incluindo o taoísmo e confucionismo chineses, além do hinduísmo e budismo indianos. Também, nas escrituras, essas ideias podem ser encontradas⁵⁵.

Com essa ideia, a proporcionalidade pode ser considerada fundamento, bem como contenção do poder estatal, de prever punições, de exercer a persecução, de punir, e de executar tais punições. Nessa linha de pensamento, o princípio ou postulado pode ser considerado *pressuposto metodológico* do *jus perseguendi*.

É, dessa forma, da essência do estado de direito, e assim, dado que estabelecidas as balizas do Estado moderno por meio de cartas constitucionais, a proporcionalidade se apresenta como fundamento, tanto do poder de punir (ou da pena), quanto da necessária persecução. É possível afirmar ser impossível, no atual estágio constitucional (neoconstitucionalismo), para qualquer punição, mesmo medida descriminalizante, ou desconsideração de ilícitos (pela sua irrelevância), o recurso à proporcionalidade.

No cenário do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, conforme Bulos⁵⁶, “nada mais é do que um rótulo criado para designar a evolução da

⁵⁵ *Justiça e Equidade*: Provérbios 11:1: “Balança enganosa é abominação para o Senhor, mas o peso justo é o seu prazer.” Esta passagem enfatiza a importância da justiça e da medida correta. *Moderação e Equilíbrio*: Filipenses 4:5: “Seja a vossa moderação conhecida de todos os homens. *Caminho do Meio*: Mateus 7:13-14: “Entrai pela porta estreita; porque larga é a porta, e espaçoso o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; e porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, e poucos há que a encontrem.” Esses exemplos mostram que a Bíblia contém prescrições sobre a justiça, a moderação e o equilíbrio, conceitos paralelos aos de justa medida, justo meio, encontrados em outras tradições filosóficas e religiosas. Já em Êxodo 21:23-25: “Mas se houver dano grave, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” Há, aqui o princípio de *lex talionis*, que estabelece uma forma de proporcionalidade na punição.

⁵⁶ LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

cultura jurídica contemporânea”. Notabiliza-se a preferência de Lênio Streck⁵⁷ pela terminologia Constitucionalismo Contemporâneo, indicando o movimento que deu origem às Constituições e que ainda se coloca no cenário atual. Cuida-se, além disso, de um processo de continuidade das novas conquistas advindas do período após a Segunda Guerra, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional⁵⁸.

O pensamento pós-positivista também influenciou uma mudança de paradigma no Direito Constitucional, rompendo com o conhecimento tradicional. Nesse contexto, Barroso⁵⁹ destaca três aspectos essenciais que contribuíram para a redefinição do Direito Constitucional contemporâneo: a) *o reconhecimento da força normativa* da Constituição, atribuindo à norma constitucional o status de norma jurídica (na Europa, até a metade do século XX, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, e no Brasil, coube à Constituição de 1988 romper esse paradigma); b) *o fortalecimento e a expansão da jurisdição constitucional*, lembrando que, antes de 1945, na maior parte da Europa, prevalecia um modelo de supremacia do Poder Legislativo, mas, no final dos anos 40, a onda constitucional trouxe, além de novas constituições, um modelo inspirado na prática americana, o da supremacia da Constituição (no Brasil, foi também a Constituição de 1988 que abriu portas para essa nova visão); e c) *o surgimento de novos parâmetros⁶⁰ dogmáticos para a interpretação constitucional⁶¹*.

Uadi Lammêgo Bulos⁶² aponta ainda que o neoconstitucionalismo, além de se fortalecer com as ideias do pós-positivismo, é caracterizado pela jurisprudencialização do conhecimento constitucional e por um conjunto de direitos fundamentais. Estes direitos refletem os consensos, as preocupações e as aspirações de uma sociedade mais justa e igualitária, incluindo mecanismos de proteção das liberdades públicas, juntamente com instrumentos de defesa da própria Constituição⁶³.

Tais características do neoconstitucionalismo, tornam imprescindível a utilização da proporcionalidade. Importa, no momento, estabelecê-lo como um pressuposto essencial na aplicação do ordenamento jurídico, e na concreção dos direitos fundamentais.

4.1 Princípio da proporcionalidade, pressuposto metodológico

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade é conceito fundamental na maioria dos sistemas jurídicos, e com certas diferenças, pode-se dizer que, em todos, particularmente na avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em

⁵⁷ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. Saraiva, São Paulo, 2014.

⁵⁸ COSTA, P. S. P. “Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito”. *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242, p. 233.

⁵⁹ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

⁶⁰ Esses novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos tradicionais do pensamento jurídico clássico do início até meados do século XX, para uma interpretação constitucional mais lógica. No Brasil, essa abertura se deu de fato com a Constituição de 1988. Luís Roberto Barroso aponta que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: 1. *Superação do formalismo jurídico*; 2. *Nova cultura jurídica pós-positivista*; 3. *Ascensão do direito público e a centralidade da constituição* (BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013).

⁶¹ COSTA, P. S. P. “Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito”. *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242, p. 233.

⁶² LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

⁶³ *Ibid.*

sentido estrito de ações ou leis, buscando garantir que as medidas adotadas não sejam excessivas em relação aos objetivos pretendidos.

Foi o reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais que sustentou uma nova vertente do princípio da proporcionalidade. Desse modo, se na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade resulta na proibição de excesso (*übertmassverbot*) por parte do Estado, na ótica objetiva desses direitos, o preceito da proporcionalidade, como corolário lógico do dever de proteção, impõe ao Estado a proibição de omissão ou de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)⁶⁴.

Como pressuposto metodológico, o princípio da proporcionalidade orienta a análise e a aplicação de leis, políticas e decisões administrativas, oferecendo uma estrutura para a avaliação crítica das ações do Estado e de outros agentes. Ele baseia-se em teorias de justiça, equidade e racionalidade, assumindo que todas as ações ou medidas legais devem ser justificadas e limitadas ao necessário para alcançar um objetivo legítimo.

Ao ser considerado vetor interpretativo e *ferramenta metodológica*, o princípio da proporcionalidade é utilizado para avaliar a legitimidade e a constitucionalidade das leis e políticas, guiando a análise de casos específicos para determinar se as medidas são apropriadas e proporcionais. A seleção de métodos para essa análise inclui a aplicação de testes de proporcionalidade, que abrangem os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além do uso de análises comparativas e estudo de precedentes judiciais para avaliar a aplicação do princípio.

O princípio da proporcionalidade, além de servir como um dos pilares do ordenamento, cumpre essencial *função interpretativa*, enquanto colabora para a orientação do exegeta em busca da solução mais razoável para os casos concretos que se apresentam. O postulado é de comprovada utilidade no equacionamento das mais diversas questões práticas, tanto do Direito em seus muitos ramos, como também de outras disciplinas, sempre que se tratar da busca do meio mais adequado para atingir determinado objetivo⁶⁵.

Há outros princípios que são convergentes, aparentados com o da proporcionalidade, quais sejam, o princípio da *concordância prática*, desenvolvido teoricamente por Konrad Hesse (*das Prinzip der praktischen Konkordanz*) e o princípio da *boa-fé* (*der Grundsatz von Treu und Glauben*); tanto o primeiro, quanto o da proporcionalidade, no qual se acha de certo modo implícito, tem sido valiosa ferramenta para a interpretação dos direitos fundamentais⁶⁶.

Quanto às limitações e alcances, reconhece-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode variar conforme o contexto e a jurisdição. Embora seja uma ferramenta valiosa, pode haver interpretações divergentes sobre a constituição uma medida proporcional, necessitando de uma análise cuidadosa e contextual.

No campo do direito constitucional, o princípio da proporcionalidade é aplicado na avaliação de leis que restringem direitos fundamentais, verificando se são proporcionais ao objetivo pretendido, e no exame de medidas de segurança pública que limitam liberdades individuais, garantindo que não excedam o necessário. Em políticas públicas, este princípio orienta a análise de políticas de saúde, como a vacinação obrigatória, assegurando que as medidas sejam adequadas e proporcionais ao risco à saúde pública, além da avaliação de políticas ambientais para garantir que as restrições impostas às atividades econômicas sejam proporcionais aos benefícios ambientais esperados.

⁶⁴ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224.

⁶⁵ GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989, p. 238.

⁶⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 39, p. 404.

Na administração pública, o princípio da proporcionalidade é utilizado na aplicação e revisão de sanções administrativas para assegurar que sejam proporcionais à infração cometida e na elaboração de regulamentos para garantir que não imponham encargos desnecessários aos cidadãos ou empresas. Dessa forma, ao ser considerado um pressuposto metodológico, o princípio da proporcionalidade fornece uma estrutura normativa que orienta a investigação e aplicação das leis e políticas públicas, assegurando que as medidas adotadas sejam justificadas e limitadas ao necessário para alcançar objetivos legítimos.

O princípio da proporcionalidade, segundo Olavo Hamilton⁶⁷, surgiu no direito administrativo, no florescimento do jusnaturalismo, para a limitação do poder de polícia, logo, destinava-se à limitação do Poder Executivo. Já no século XVIII a teoria do Estado já o considerava norma suprapositiva, e na mesma linha, XIX na seara do direito administrativo, como princípio geral do direito de polícia.

Posteriormente, foi alçado à categoria de princípio constitucional, e é possível identificá-lo na Oitava Emenda à Constituição Norte-americana e na jurisprudência da Suprema Corte que lhe seguiu, a exemplo do caso *Weems v. United States*, quando houve confrontação entre norma penal incriminadora e a Oitava Emenda, sendo decidido que a discricionariedade legislativa se submete à noção de proporcionalidade. A decisão mencionada aborda a proporcionalidade, limitando-se a um de seus três aspectos tradicionais, o da proporcionalidade em sentido estrito. Ainda assim, essa noção se alinha à ideia de razoabilidade presente na cultura constitucional dos Estados Unidos. Talvez por isso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, acertadamente, não fazem distinção entre a proporcionalidade do direito alemão e o juízo de razoabilidade do pensamento jurídico norte-americano.

Não obstante a presença da ideia de proporcionalidade nos EUA e sua identidade na tradição brasileira, a sistematização e dimensão por meio das quais se apresenta atualmente, o princípio da proporcionalidade foi idealizado pela escola constitucional alemã⁶⁸. Walter Nunes da Silva Júnior⁶⁹ detalha que o princípio da proporcionalidade foi erigido na doutrina e jurisprudência alemãs, possuindo grande aceitação no Direito europeu continental.

A ampla adoção do princípio da proporcionalidade na Alemanha, e sua difusão em outros países, resultou das discussões jus-filosóficas ocorridas após a Segunda Guerra Mundial. O princípio, consolidado pela Corte Constitucional e doutrina alemã, influenciou sua adoção nos países da Península Ibérica, que por sua vez influenciaram o Brasil. No país, o princípio apareceu pela primeira vez em julgados do Supremo Tribunal Federal na década de 1960, conforme Gilmar Mendes. Caso paradigma ocorreu em 1968, quando o STF declarou inconstitucional uma norma da Lei de Segurança Nacional por considerá-la desproporcional. Desde então, o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente aplicado na jurisprudência do STF, assegurando que as normas não sejam arbitrárias ou razoáveis⁷⁰.

Dimoulis e Martins⁷¹, apontam dois possíveis dispositivos para a fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade no Brasil, Primeiramente, devido à ligação direta do legislador com os direitos fundamentais, conforme estabelecido no art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Essa ligação implica que o legislador deve respeitar simultaneamente todos os direitos fundamentais. E o segundo possível fundamento normativo, está no art. 5º, §2º, que permite

⁶⁷ HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 36-37.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁹ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 373.

⁷⁰ HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 43.

⁷¹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 181.

reconhecer garantias de direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, mas que decorrem dos princípios por ela adotados.

A seguir, serão tratados como desdobramentos do princípio da proporcionalidade, tanto a vedação do excesso, quanto a proibição de proteção insuficiente.

4.2 A proibição de excesso e a proteção de insuficiência

Em sua moderna acepção, no pós-Segunda Guerra, de modo bastante marcante nos campos do direito administrativo, constitucional, penal e processual, a proporcionalidade possui uma multifuncionalidade, pois fundamenta e justifica normas constitucionais e legais, medidas administrativas e jurisdicionais, de modo a prover o dever de proteção eficiente (ou proteção de insuficiência), e bem como evitar o excesso, na outra face.

A ideia de proibição de proteção deficiente ou *proibição de insuficiência*, tem origem em julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF), em 1993, no caso Aborto II (*BVerfGE* 88, 203). Esse conceito é uma extensão do princípio da proporcionalidade e tem por objetivo garantir que o Estado não apenas se abstenha de excessos (proibição de excesso), mas também atue de maneira eficaz na proteção dos direitos fundamentais, evitando a proteção insuficiente. O cerne do julgado foi que o Estado deve adotar normas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, para que se tenha uma eficaz e adequada e eficaz aos direitos fundamentais, marcadamente, o direito à vida⁷².

A decisão destacou que a proteção eficaz dos direitos fundamentais não pode ser negligente ou insuficiente. Isso implica que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para assegurar a proteção de um direito fundamental, sob pena de violar sua obrigação constitucional. A *proibição de proteção deficiente* exige, que o Estado seja proativo na defesa e garantia dos direitos fundamentais, adotando políticas e ações concretas que assegurem essa proteção de forma adequada e eficaz.

Na mesma linha, Baltazar Júnior, pontua que os direitos fundamentais passaram a ostentar função complementar de assegurar a proteção dos bens jurídicos fundamentais contra agressões de terceiros, atores não estatais, através da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão legislativa possui praticamente a mesma qualidade de intervenção indevida⁷³.

O conceito de *proibição de proteção deficiente* é especialmente relevante em contextos em que há um conflito entre diferentes direitos fundamentais, exigindo uma ponderação cuidadosa e equilibrada para assegurar que nenhum direito seja negligenciado. A ideia de proibição de proteção deficiente complementa a proibição de excesso, formando um quadro completo do princípio da proporcionalidade, que busca assegurar tanto a limitação adequada das ações estatais quanto a sua eficácia na proteção dos direitos fundamentais.

Claus-Wilhelm Canaris foi o criador da expressão, posteriormente utilizada pelo TCF, ao afirmar que a *proibição de insuficiência* é um *aspecto da proporcionalidade*, diverso da proibição de excesso, formada pela função de imperativo de tutela, conjugada com a proibição de insuficiência⁷⁴. Pode-se afirmar que, é aplicável indistintamente a todas as classes de direitos fundamentais, a exemplo da segurança que é um direito fundamental, que decorre do dever de proteção, na perspectiva objetiva desses direitos fundamentais, que é o dever de tutela, de cuidado, inclusive, a segurança é um direito multifuncional e condição para o exercício de outros direitos. A outra face, o dever de abstenção estatal, de condutas

⁷² DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 280.

⁷³ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53-54.

⁷⁴ CANARIS, C.-W. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Pinto, Almeida, Coimbra, 2003, p. 60; p. 67.

violadoras, configura a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Impõe-se ao Estado, simultaneamente, uma mínima intervenção nos direitos fundamentais e uma proteção máxima a esses valores essenciais.

O exercício da pretensão punitiva, deriva do dever de proteção do Estado, de modo que, em consonância com a cláusula da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, é preciso serem adotadas medidas adequadas e com certo grau de eficiência para que, nessa perspectiva, sejam concretizados os direitos fundamentais. O processo penal, por conseguinte, como instrumento para o exercício do dever-poder de punir (dever-pode de persecução) do Estado, que atua em nome da sociedade, quando arquitetado em consonância com os direitos fundamentais, ademais de ser pautado por regras que respeitem os direitos dos acusados, há de conter outras tantas pertinentes para estabelecer um *standard*⁷⁵ de eficácia na tutela do dever de proteção⁷⁶.

Esse dever de proteção pressupõe a existência de instrumentos de legislativos, executivos e jurisdicionais necessários para a concretização dos direitos fundamentais, ao passo que a proibição de proteção insuficiente, originada do princípio da proporcionalidade, exige que tais instrumentos sejam eficazes e aptos no apoio ao desempenho dessa função estatal⁷⁷.

Observe-se que, além do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal quanto à existência do dever de proteção do Estado, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no contexto internacional, têm condenado Estados, sob a figura da *positive obligation*, pela falta de efetividade no cumprimento desse dever⁷⁸.

Na esteira desse raciocínio, Carvalho Ramos enfatiza que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao prever que é responsabilidade do Estado o zelo pelo respeito aos direitos humanos, faz emergir uma obrigação de não fazer e, por outro lado, uma obrigação de fazer⁷⁹, "... que consiste na organização pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana", de modo que, "Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional"⁸⁰.

Quando a persecução criminal colide com um direito fundamental do cidadão, aquela deve ceder a este, devido à sua magnitude e relevância política. No entanto, dada a gravidade do delito, o órgão encarregado da persecução pode solicitar ao Estado autorização para usar instrumentos mais contundentes na elucidação do fato e na aplicação da resposta penal adequada⁸¹. Para crimes de maior gravidade, a polícia ou o Ministério Público, na ausência de outros meios de prova, podem pedir ao Poder Judiciário a quebra de garantias constitucionais.

Nesses casos, é necessária uma ponderação entre dois direitos fundamentais: um ligado à esfera do cidadão investigado e outro ao interesse da sociedade em

⁷⁵ *Standard* pode ser traduzido como *padrão de eficácia* ou *norma de eficácia*, significando que o processo penal deve atingir um nível específico de eficiência na proteção dos direitos fundamentais. O termo é uma palavra em inglês que, em português, significa *padrão* ou *norma*. No contexto jurídico, refere-se a um critério ou nível de exigência que deve ser atingido ou mantido. É utilizado para estabelecer uma referência ou um modelo a ser seguido em determinado contexto.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224–225.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 225.

⁸⁰ RAMOS, A. C. *Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 72.

⁸¹ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 206.

buscar a responsabilidade penal para manter a segurança social⁸². Para Baltazar Júnior, "A proibição de insuficiência determina a adoção de certas medidas, enquanto a proibição de excesso serve como critério para a verificação da correção de medidas que já foram adotadas"⁸³.

A proporcionalidade deve atuar como medida de controle contra excessos estatais (aspecto negativo) e, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ser compatível com o dever de proteção eficiente (aspecto positivo)⁸⁴. Isso implica a adoção de medidas suficientes para cumprir o dever de tutela, incluindo o exercício do dever-poder de persecução criminal para responsabilizar criminosos, garantir segurança pública e permitir o exercício de outros direitos fundamentais. Ambos os aspectos da proporcionalidade, tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência, se manifestam quando o Estado, ao cumprir seu dever de proteção, precisa restringir um direito constitucional, especialmente um direito fundamental. A medida estatal deve conseguir contribuir para alcançar o objetivo de proteção⁸⁵.

Baltazar Júnior pontua que o legislador é o principal destinatário do dever de proteção, sendo sua responsabilidade trilhar o caminho da legalidade, conferindo legitimidade para o agir do Executivo e do Judiciário no sentido de responsabilizar a ofensa aos direitos fundamentais⁸⁶, "reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário saibam a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção"⁸⁷.

Conforme o autor, o Estado, em suas diversas ações, funções e poderes, é o destinatário do dever de proteção, com o legislador ocupando o papel principal. Cabe a ele a responsabilidade de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário os instrumentos legislativos necessários para atuar contra atentados ou situações de risco aos direitos fundamentais. Dessa forma, o legislador reduz e concretiza o elevado grau de abstração da proteção por meio da lei, permitindo que a administração pública e o Judiciário compreendam até que ponto estão concretamente vinculados ao dever de proteção⁸⁸.

A falta de realização plena do direito constitucional à proteção só é tolerável enquanto seja necessária para efetivar o direito constitucional restringido. Igualmente, a restrição ao direito constitucional só é justificável se essencial para garantir o direito à proteção. Busca-se um equilíbrio harmonioso entre ação excessiva e omissão eficaz⁸⁹.

Daniel Sarmento defende que a unidade da ordem jurídica, refletida na Constituição, exige a busca pela harmonia entre preceitos constitucionais. Em sociedades pluralistas, a diversidade de valores e ideias reflete-se no texto constitucional, incorporando normas potencialmente conflitantes.⁹⁰

Com maior detalhamento, Robert Alexy afirma que direitos fundamentais, sujeitos a restrições, requerem a teoria da ponderação para a restrição de princípios, considerando-os mandados de otimização que devem ser realizados conforme as

⁸² *Ibid.*, p. 206.

⁸³ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57.

⁸⁴ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 335.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁸⁶ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 336.

⁸⁷ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁸⁹ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 336.

⁹⁰ SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 28.

possibilidades jurídicas e fáticas, usando a técnica da ponderação de bens, interesses, direitos e valores em jogo⁹¹. A proporcionalidade, por meio da qual se realiza a ponderação, é uma das categorias conceituais mais desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sobretudo no que se refere à *ponderação* como *método orientado à resolução de antinomias* consistentes na colisão entre princípios-mandamentos de otimização.

4.3 A multifuncionalidade do princípio da proporcionalidade

Uma das categorias conceituais mais amplamente difundidas na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é a máxima da proporcionalidade. Essa máxima, especialmente no que diz respeito à ponderação, funciona como um método para resolver antinomias resultantes do conflito entre princípios-mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, segundo as limitações fáticas e jurídicas⁹².

Na doutrina de Daniel Sarmento, a ponderação (proporcionalidade) ora é tratada como princípio, ora como mecanismo de formulação de raciocínios jurídicos. De outro modo, mas com a mesma ideia, Alexy a estabelece como uma máxima a ser utilizada como etapa de um método para solucionar colisões entre princípios, reforçando a natureza de um pressuposto metodológico. Cuida-se de esclarecer que, para o autor alemão, a máxima da proporcionalidade possui natureza de regra, e não de princípio, e, aliás, as três máximas parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como regras. Nessa medida, proporcionalidade e suas três submáximas são uma tentativa metodológica de racionalizar⁹³ a jurisprudência dos valores⁹⁴.

Em sua formulação original, no direito alemão, a proporcionalidade era um critério trifásico e hierarquizado. Ao chegar ao Brasil, a técnica, foi chamada princípio. Por vezes, se confunde com suas importações interpretativas e incorpora o *american balancing* (ponderação), na fase final da proporcionalidade alemã e passa a misturar sistemas de *civil* e *common law* para tentar fundamentar decisões. Antes de iniciar a explicação do funcionamento desse processo, é fundamental lembrar a natureza dos direitos fundamentais.

As normas se dividem em duas subespécies: regras e princípios. Desde a conceituação de Dworkin, entende-se que regras são comandos absolutos, enquanto princípios são comandos relativos. Alexy reforça essa distinção, afirmando que regras são mandamentos de realização e princípios são mandamentos de otimização. Nesse

⁹¹ SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 28.

⁹² PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, pp. 38-52, Núm. Extraordinário, 2022, p. 38.

⁹³ *Ibid.*, p. 39-40.

⁹⁴ As raízes do instituto da *ponderação* indicam que foi concebida a ponderação de valores na Alemanha do segundo pós-guerra, durante a vigência da lei fundamental de Bonn, de 1949. A criação dessa máxima remonta ao que se convencionou denominar de *jurisprudência dos valores*, com eco no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) face à outorga da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*). A jurisprudência dos valores buscou, de maneira pouco racional e irrefletida, encontrar, para além do direito positivo, uma ordem transitiva de valores compartilhada pela comunidade política. No Brasil e em muitos outros países, a jurisprudência dos valores foi importada de forma acrítica com a popularização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, principalmente sob a forma de um termo *ponderação de valores* (PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, pp. 38-52, Núm. Extraordinário, 2022, p. 44). A proporcionalidade é um *caminho metodológico*, um dos meios, talvez o principal, pelo qual a ponderação se realiza.

contexto, os direitos fundamentais são princípios que devem ser aplicados no ordenamento jurídico da melhor maneira possível⁹⁵.

A proporcionalidade visa resolver conflitos entre dois princípios fundamentais. Princípios são valores, e, como já atestava Carl Schmitt, “valorar é desvalorar”. Assim, ao aplicar esse modelo, um direito será limitado para que outro, igualmente fundamental, possa prevalecer⁹⁶.

A ponderação, é geralmente equiparada à proporcionalidade. No entanto, a proporcionalidade seria o procedimento pelo qual a ponderação se realiza. Pode existir, contudo, a ponderação autônoma ou isolada, independente da proporcionalidade. A proporcionalidade é um critério de concretização de normas constitucionais que tem entre seus elementos integrantes, a ponderação. As figuras não devem ser confundidas⁹⁷. A proporcionalidade trata-se de um critério de concretização de normas constitucionais, sendo a ponderação um dos seus elementos integrantes. Dito de outro modo, a proporcionalidade é o procedimento pelo qual, em uma de suas etapas (na proporcionalidade em sentido estrito), é feita a ponderação, com vistas a permitir a resolução de um problema ocasionado pela tensão entre direitos fundamentais, em um certo caso concreto⁹⁸.

Noutra vertente, embora protegidas constitucionalmente, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade (art. 5º, caput) e a intimidade, nos termos do art. 5º, inc. XI, da Constituição, entre outros direitos e garantias, essas restrições à ação estatal podem sofrer intervenção em certos casos, em vista dos valores constitucionais fundadores da atividade investigatória, persecutória ou punitiva. O cabimento das medidas de restrição, então, deve ser concretizado pela utilização da proporcionalidade⁹⁹, formada por adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, segundo afirmado em diversos julgados pelo STF¹⁰⁰.

Nessa linha de raciocínio, há dispositivos na CF/88 que direcionam ações estatais para responsabilizar as pessoas certas pelos crimes cometidos, fundamentando ações de proteção eficiente, o que se pode extrair, entre outros: a) do art. 5º, caput (direito fundamental à segurança); b) do art. 5º, XLI, sobre a obrigação estatal de tutela dos direitos fundamentais, ao prever que lei punirá discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais; c) do art. 6º, ao fixar a segurança como direito fundamental social (como outra base para o dever de proteção eficiente), de onde se pode extrair conjuntamente fundamento constitucional substancial ou finalístico, decorrente da dimensão objetiva dos direitos

⁹⁵ GODOY, I. A. “Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão”, *Cadernos de Direito Actual*, n.º 16, pp. 296–309, Núm. Ordinário, p. 299, p. 305.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 299.

⁹⁷ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 213.

⁹⁸ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 229.

⁹⁹ A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, conforme Luís Roberto Barroso, evita diferenciar a noção de *proporcionalidade*, característica do direito alemão, do conceito de *razoabilidade*, típico do pensamento jurídico norte-americano. Isso ocorre porque, apesar das diferenças de origem e desenvolvimento, *ambos compartilham os mesmos valores fundamentais: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição a atos arbitrários* ou caprichosos. Assim, são conceitos suficientemente próximos para serem considerados intercambiáveis, não sendo necessário distingui-los, mas sim tratá-los como *manifestações de um mesmo fenômeno* (HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 39).

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. DJE, de 04 de junho de 2008; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 204, p. 1212.

fundamentais¹⁰¹; d) do art. 37, caput, que trata dos princípios administrativos (legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, que dão fundamento constitucional formal ou instrumental para a atividade persecutória, mediante uma investigação célere e efetiva, indispensável para a prevenção e repressão de lesões a direitos fundamentais¹⁰²; e) do art. 144, em relação à investigação criminal, já que o dever estatal de tutela interliga-se com a segurança pública¹⁰³.

O dever de atuação estatal, constitucionalmente, se manifesta ainda nos mandados expressos e implícitos de atuação e criminalização, ao estabelecer, à guisa de exemplo, no art. 5º, XLIII que “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 definidos como crimes hediondos [...]” ou ainda, no inciso XLIV que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

A consideração (em vista dos valores e bens jurídicos da mais alta relevância) de que certos crimes são inafiançáveis, ou não lhes serão aplicados os benefícios como a anistia ou graça, é uma expressão da proporcionalidade pelo constituinte, por expressar uma ideia de maior sacrifício de bens jurídicos dos perpetradores desse tipo de delito, em vista de outros valores, e principalmente para o fim de cumprir de modo mais eficiente o dever de proteção. Igualmente, ao prescrever a imprescritibilidade, como exceção na ordem jurídica, para tais situações.

Esse desdobramento da proporcionalidade, em dever de proteção eficiente, vai se refletir na legislação ordinária, já que, vinculada às previsões constitucionais, irá estabelecer penas mais graves para tais ilícitos, além de progressão diferenciada em sua execução. Em termos práticos, a Lei de Execução Penal¹⁰⁴, sofreu algumas reformas, prevendo formas de execução (regimes fechado, integralmente fechado) e progressão diferenciadas, o que restou de modo mais recente principalmente consignado na Lei Anticrime¹⁰⁵, que alterou o art. 112, da LEP, para estabelecer critérios diferenciados para a progressão de regime e com proporcionalidade numérica, segundo a primariedade ou reincidência, violência no cometimento do crime, morte da vítima, hediondez, comando de organização criminosa, entre outros.

A consideração da proporcionalidade como um *pressuposto metodológico* permite extrair a seguinte constatação: *não basta que uma lei seja válida e eficaz para ser aplicada no ambiente criminal. Ela deve passar pelo teste metodológico da proporcionalidade*. Desse modo o STF¹⁰⁶ se pronunciou, ao julgar pela desproporcionalidade evidente da pena do crime de falsificação, corrupção,

¹⁰¹ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 146–155.

¹⁰² *Ibid.*, p. 156–162.

¹⁰³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2024.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 30 jul. 2024. .

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 maio 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4078633>. Acesso em: 15 ago. 2024.

adulteração ou alteração de medicamentos (art. 273¹⁰⁷, do Código Penal¹⁰⁸, com pena de 10 a 15 anos de reclusão), pois a pena mínima era abstratamente prevista em patamar mais elevado que a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei de drogas¹⁰⁹, com reclusão de 5 a 15 anos). O tribunal determinou que a pena para o crime contra a saúde pública, abstratamente prevista, passasse a ser a do tráfico, e sua aplicação deveria observar o princípio da proporcionalidade, considerando a gravidade dos crimes em questão.

Com efeito, deve-se ponderar que há uma dificuldade de controle da aplicação da proporcionalidade em abstrato, dado que o Poder Constituinte Original é ilimitado (em termos), e o constituinte reformador, bem como o legislador ordinário, por meio das leis terão uma presunção de validade dessas normas, o que somente será rechaçado por pronunciamento dos tribunais, a começar pelo guardião da Constituição (STF).

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais se sujeitam a restrições, ressaltando que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em situações de colisão de direitos, adota a teoria da ponderação, possibilitando a restrição de princípios¹¹⁰. O autor compreende que os direitos fundamentais são princípios que se compreendem como mandados de otimização, devendo ser realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas. Se presentes conflitos entre princípios, deve haver o recurso à técnica da ponderação dos bens, interesses, direitos e valores em jogo, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, que o autor alemão denomina de máxima da proporcionalidade¹¹¹. Dito de outro modo, as estruturas de ponderação (estruturas de argumentação racional) referidas pela sua teoria dos princípios de, são procedimentalizadas através do princípio da proporcionalidade, e seus três postulados parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito).

Deve-se considerar que há um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser vulnerado, e sua preservação é uma tentativa de limitar as restrições, superando o argumento de que tudo é ponderável. Por isso, há textos constitucionais que, expressamente, explicitam a proteção ao núcleo essencial dos DF, tais como Alemanha, Espanha, Portugal¹¹². Trata-se da teoria dos limites aos limites (restrições). No Brasil, embora não haja tal previsão expressa, são amplamente aceitos esses limites, entre outros, pelo que se extrai das cláusulas pétreas da CRFB.

Segundo Alexy, discute-se ainda o caráter relativo ou absoluto da cláusula de preservação do núcleo essencial. Para a primeira corrente, o núcleo essencial é o que permanece do direito fundamental após a ponderação. Para a segunda, existe um núcleo de cada direito fundamental (DF) que não pode ser comprometido¹¹³. Nessa medida, é imprescindível o recurso à proporcionalidade.

¹⁰⁷ Com redação da Lei nº 9.677, de 1998 (BRASIL. Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, relativos aos crimes contra a saúde pública*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad [...]*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹¹⁰ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 276-284.

¹¹¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 576, p. 588.

¹¹² BALTAZAR JÚNIOR, J. P. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.

¹¹³ *Ibid.*, p. 46-47.

Por fim, é possível visualizar que o princípio da proporcionalidade, e seus desdobramentos, proteção eficiente e proibição de excesso, se manifestam nos planos constitucional, legislativo, administrativo e jurisdicional, e ao qual ficam adstritos todos os atores estatais, no exercício de suas atividades, ao prever, aplicar e executar sanções aos administrados. Essas prescrições se materializam no controle de constitucionalidade, na defesa dos direitos e das garantias fundamentais e na solução de conflitos entre princípios. Tudo isso para que se protejam e apliquem os direitos fundamentais, se harmonizem bens e interesses e como instrumento de efetivação e aplicação da própria Constituição.

5. Considerações Finais

Os pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução criminal são fundamentais para a compreensão da função do direito penal no Estado Constitucional Democrático. Esses pressupostos, que englobam elementos ontológicos, constitucionais-legais e metodológicos, formam a base para a aplicação justa e equilibrada do poder punitivo do Estado, sempre em respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, a compreensão dos pressupostos ao *jus persecuendi* frequentemente se confunde com a ideia de um direito estatal de punir, sendo, na verdade, uma condição essencial para a aplicação da pena, além de outras medidas alternativas. Tanto o *jus persecuendi* quanto o *jus puniendi* são fundamentais para a realização do projeto estatal de segurança, cuja fundamentação histórica evoluiu das explicações divinas e contratualistas para o moderno Estado Constitucional Democrático, que exige o respeito aos direitos fundamentais.

As penas, que surgiram como formas primitivas de vingança, evoluíram para instrumentos de intimidação, restabelecimento da ordem e reforma do delinquente. No contexto atual, essas penas são aplicadas em um marco de direitos fundamentais, que servem como balizas para o exercício do poder estatal de punir.

Nesse contexto, os direitos fundamentais desempenham uma função multifacetada, incluindo as dimensões subjetiva e objetiva. A partir da dimensão objetiva, emerge o dever estatal de proteger eficazmente os direitos fundamentais, o que também implica a proibição de excesso e de insuficiência no exercício do poder punitivo. Esses conceitos, derivados do princípio da proporcionalidade, orientam a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assegurando que as medidas estatais sejam justificadas e limitadas ao necessário para alcançar objetivos legítimos.

Com efeito, a proporcionalidade, enquanto pressuposto metodológico, oferece uma estrutura normativa para a análise e tomada de decisões, especialmente na segurança pública e na persecução criminal. Esse princípio assegura que a intervenção estatal seja equilibrada, prevenindo tanto excessos quanto omissões na proteção dos direitos fundamentais. No exercício do *jus puniendi* e *jus persecuendi*, é crucial que as ações do Estado respeitem os direitos fundamentais, garantindo que as intervenções sejam pautadas pela legalidade, adequação e necessidade.

Portanto, o devido processo legal, como garantia constitucional, instrumento necessário para a materialização do princípio da presunção de inocência, é fundamental para limitar o poder punitivo do Estado, assegurando que todas as etapas do processo penal sejam conduzidas consoante os direitos fundamentais do acusado. Este instituto, além de ser um direito fundamental explícito na Constituição, funciona como um pressuposto metodológico para o exercício do *jus puniendi*, reforçando a necessidade de o Estado atuar com equilíbrio e rigor.

Assim, é essencial que o Estado, ao aplicar o direito penal, mantenha um compromisso com a justiça, respeitando os limites constitucionais e os direitos fundamentais. Estas ideias são cruciais para uma compreensão aprofundada dos limites e deveres do Estado na aplicação do direito penal e enriquecem a discussão teórica sobre o tema.

6. Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros, São Paulo, 2011.
- BONIFÁCIO, A. C. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. Método, São Paulo, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2024.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, relativos aos crimes contra a saúde pública*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad [...]*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 30 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 maio 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4078633>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BREGMAN, R. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Editora Planeta, São Paulo, 2021.
- CANARIS, C.-W. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Pinto, Almeida, Coimbra, 2003.
- COSTA, P. S. P. "Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito". *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242.
- CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. ver. e ampl. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012.
- FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.; GOMES, L. F.; GRINOVER, A. P. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

- GODOY, I. A. "Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão", *Cadernos de Direito Actual*, n.º 16, Núm. Ordinário, 2021.
- GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.-P. *Direito Penal-Parte Geral*. 2. ed. RT, São Paulo, 2007.
- GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989.
- HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Catedra, Madrid, 1997.
- HELENO, C. F. *Lições de Direito Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 1975.
- HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019.
- KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986.
- KANT, I. *Metafísica dos costumes*, Trad. P. Quintela, Abril Cultural, São Paulo, 1980.
- LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.
- MARTINS, L. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. Saraiva, São Paulo, 2015.
- PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, Núm. Extraordinário, 2022.
- RAMOS, A. C. *Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. Max Limonad, São Paulo, 2001.
- SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023.
- SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros, São Paulo, 2010.
- SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. DJE, de 04 de junho de 2008; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 204.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. Saraiva, São Paulo, 2014.