

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
CAMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO

JEAN LUCAS PACHECO

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: sua conceituação, vinculação ao processo legislativo e sua influência dentro do processo e na execução penal**

ERECHIM

2023

JEAN LUCAS PACHECO

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: sua conceituação, vinculação ao processo legislativo e sua influência dentro do processo e na execução penal**

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Maura da Silva Leitzke.

ERECHIM

2023

JEAN LUCAS PACHECO

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: sua conceituação, vinculação ao processo legislativo e sua influência dentro do processo e na execução penal**

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
(Nome do orientador, titulação e Instituição a que pertence).

\_\_\_\_\_  
(nome, titulação e instituição a que pertence).

\_\_\_\_\_  
(nome, titulação e instituição a que pertence).

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente a Deus por ter iluminado a minha caminhada até o presente momento e pelas conquistas alcançadas, pedindo a ele que ilumine meu caminho.

Agradeço de maneira especial minha mãe e meu irmão que sempre me apoiaram nesta jornada, me auxiliando, me aconselhando e forjando a pessoa e profissional que sou hoje.

Agradeço meus amigos, meus familiares e a todos os professores que me acompanharam nesta jornada e possuem grande influência na pessoa que sou hoje.

Agradeço, por fim, minha orientadora Maura, que me auxiliou neste último passo antes da minha formatura, me auxiliando na elaboração do presente.

*"Um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca."*

*(ROBERT ALEXY)*

## RESUMO

Desde que o primeiro ilícito fora cometido, surgiu a necessidade de compatibilizar o ato criminoso praticado com uma reprimenda que, na visão da sociedade, fosse condizente com tal ato. Nota-se que do “olho por olho, dente por dente”, até a legislação alemã, várias foram as buscas por se encontrar uma punição adequada e necessária ao delito cometido. Observa-se que o nosso Código Penal atual por vezes aparenta encontrar-se desatualizado, em descompasso com a realidade social atual. E, dentro dessa ideia de “lei desatualizada”, surge a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma a se compatibilizar, no caso concreto, uma aplicação razoável da norma, analisando a adequação, necessidade e a própria proporcionalidade da norma. Em que pese esteja afixada a proporcionalidade no contexto principiológico, não se verifica uma positivação do referido no ordenamento jurídico pátrio, principalmente em se analisando no contexto do direito penal. Claro e notório que em se tratando de direito penal, uma aplicação analógica prejudicial encontrar-se-ia vedada, bem como o legislador necessita, via de regra, seguir os ditames legais. Mas há uma influência do princípio da proporcionalidade no caso concreto que modifique tal situação? É sobre essa problemática que o estudo se desenvolve. Nesse contexto, se busca elucidar a aplicação do princípio da proporcionalidade em toda a cadeia que vincula da criação da norma até a sua aplicação ao condenado por ter infringido a norma penal. E, para alcançar o objetivo que se propõe, foi realizada uma abordagem acerca do princípio da proporcionalidade e sua conceituação, caracterização e primados necessários para sua consecução. Na sequência, analisa-se o processo legislativo, para, ao final, verificar se há uma incidência expressa do princípio da proporcionalidade no referido e, por fim, analisa-se de que forma há uma incidência do princípio da proporcionalidade com relação ao legislador penal, ao processo criminal e, por fim, sua incidência no âmbito da Execução Penal. Utiliza-se como método de pesquisa, a bibliográfica e a documental, como método de abordagem o indutivo e, como método de procedimento, o analítico-descritivo.

**Palavras-chave:** Princípio da Proporcionalidade; Processo Legislativo; Dosimetria da pena; Execução Penal.

## ABSTRACT

Since the first offense was committed, the need arose to make the criminal act carried out compatible with a reprimand that, in society's view, was consistent with such an act. It is noted that from "an eye for an eye, a tooth for a tooth", to German legislation, there were several searches to find an appropriate and necessary punishment for the crime committed. It is observed that our current Penal Code sometimes appears to be outdated, out of step with current social reality. And, within this idea of "outdated law", the application of the principle of proportionality arises as a way to make compatible, in the specific case, a reasonable application of the norm, analyzing the adequacy, necessity and proportionality of the norm itself. Despite proportionality being established in the principled context, there is no positive effect on this in the national legal system, especially when analyzed in the context of criminal law. It is clear and well known that in the case of criminal law, a harmful analogous application would be prohibited, and the legislator needs, as a rule, to follow legal dictates. But is there an influence of the principle of proportionality in the specific case that changes this situation? It is around this problem that the study is developed. In this context, the aim is to elucidate the application of the principle of proportionality throughout the chain that links from the creation of the norm to its application to the person convicted of violating the criminal norm. And, to achieve the proposed objective, an approach was made to the principle of proportionality and its conceptualization, characterization and primacies necessary for its achievement. Next, the legislative process is analyzed, in order to, in the end, verify whether there is an express impact of the principle of proportionality in the aforementioned and, finally, it is analyzed how there is an impact of the principle of proportionality in relation to the criminal legislator, the criminal process and, finally, its impact within the scope of Criminal Execution. Bibliographical and documentary research methods are used, inductive approaches are used, and analytical-descriptive methods are used as procedural methods.

**Keywords:** Principle of Proportionality; Legislative Process; Pen dosimetry; Penal execution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUAS EVOLUÇÕES</b> .....	11
2.1 CONCEITO.....	11
2.2 SURGIMENTO.....	13
2.3 CARACTERÍSTICAS.....	16
<b>2.3.1 Adequação</b> .....	<b>17</b>
<b>2.3.2 Necessidade</b> .....	<b>18</b>
<b>2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito</b> .....	<b>20</b>
2.4 AS FACETAS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	22
<b>2.4.1 Proibição de Excesso</b> .....	<b>23</b>
<b>2.4.2 Proibição de Proteção Deficiente</b> .....	<b>24</b>
<b>3 DO PROCESSO LEGISLATIVO</b> .....	<b>27</b>
3.1 DA INICIATIVA .....	28
<b>3.1.1 Iniciativa Privativa do Poder Judiciário</b> .....	<b>29</b>
<b>3.1.2 Iniciativa Privativa do Poder Executivo</b> .....	<b>30</b>
3.1.2.1 Vícios de Iniciativa.....	32
<b>3.1.3 Iniciativa do Poder Legislativo</b> .....	<b>32</b>
<b>3.1.3 Iniciativa Popular</b> .....	<b>34</b>
<b>3.1.4 Iniciativa Privativa do Ministério Público</b> .....	<b>35</b>
3.2 FASE CONSTITUTIVA OU INSTRUTÓRIA.....	35
<b>3.2.1 Discussão</b> .....	<b>36</b>
<b>3.2.2 Do regime de apreciação com urgência</b> .....	<b>39</b>
3.3 FASE DELIBERATIVA EXECUTIVA .....	41
3.4 FASE CONCLUSIVA .....	41
<b>3.4.1 Sanção</b> .....	<b>42</b>
<b>3.4.2 Veto</b> .....	<b>43</b>

<b>3.4.3 Promulgação</b> .....	<b>46</b>
<b>3.4.4 Publicação</b> .....	<b>47</b>
<b>3.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CRIAÇÃO DAS LEIS</b> .....	<b>48</b>
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: DO TIPO À EXECUÇÃO PENAL..</b>	<b>50</b>
4.1 A PROPORCIONALIDADE COM RELAÇÃO AO LEGISLADOR PENAL.....	51
4.2 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CRIMINAL.....	54
<b>4.2.1 Circunstâncias judiciais</b> .....	<b>56</b>
<b>4.2.2. Circunstâncias atenuantes e agravantes</b> .....	<b>58</b>
<b>4.2.3 Causas de aumento e diminuição de pena</b> .....	<b>62</b>
4.3 A PROPORCIONALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL.....	65
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No cotidiano, ao se deparar com uma notícia de condenação criminal de grande repercussão midiática, se analisa o *quantum* de pena que restou fixado, gerando, muitas vezes, a sensação de que a pena passível de ser aplicada é muito branda e que, desse modo, a reprimenda estatal não está devidamente configurada.

Nota-se, ainda, que por se tratar de um Código Penal datado de 1940, em que pese alguns delitos tenham sido modificados por meio de leis posteriores, o intuito do legislador ao proteger determinados bens jurídicos acabava por levar em conta os anseios da época e, conseqüentemente, definir penas mais duras a bens jurídicos tidos como mais relevantes e com maior dever de zelo por parte do Estado.

Ocorre que, quando se paira sobre o contexto dos delitos e as penas aplicadas a cada um deles, seja na legislação disposta no Código Penal, seja nas leis penais extravagantes, surgem anseios acerca da verdadeira aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação da pena cominada ao delito, notadamente se o legislador penal a levou em consideração quando da criação da norma penal.

Ainda, importante a verificação da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do próprio direito processual penal e, igualmente na execução penal, a fim de se compreender o (in)alcance e sua (in)aplicabilidade.

Evidente o descontentamento da população com a baixa penalização de certas condutas, mas necessário, de outro lado, considerar-se todo o arcabouço jurídico, para se ter mais facilmente a compreensão acerca da efetividade da aplicação do referido princípio, principalmente por subsistirem delitos já disciplinados que, em sua figura típica inicial, descendem do ano de 1940, quando da criação do Código Penal.

Nota-se que, analisando os delitos e as penas aos mesmos impostas, por vezes, não se têm a concepção de todo o processo que leva do pensamento da lei até a sua aplicação, e, ainda, se dentro do referido o patamar de pena fixado seria proporcional ao delito e ao bem jurídico violado.

Desdobra-se, portanto, a necessidade de verificar quando surgiu a aplicação do Princípio da Proporcionalidade na confecção das leis penais e leis penais extravagantes, e, até mesmo, como o referido princípio se aplica em sede de

processo penal e na própria execução da pena, pois a proporcionalidade resta afigurada em todos os referidos âmbitos.

E, dessa proporcionalidade, se terá a concepção, mais efetiva, acerca da real tutela dos bens jurídicos tidos pelo Estado como mais relevantes na sociedade e se a punição tida como justa, teve como base a proporcionalidade, ou se deixou de analisá-la, no caso concreto, em face de outro princípio ou interesse, privado ou público.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisado o princípio da proporcionalidade e todas as figuras inerentes ao mesmo, tais como conceito, surgimento, evolução e características.

No capítulo seguinte será analisado o processo legislativo da criação das leis, perpassando pela iniciativa, fase constitutiva, fase deliberativa, fase conclusiva e o princípio da proporcionalidade aplicado ao referido processo legislativo.

No último capítulo será analisado o princípio da proporcionalidade vinculado especificamente ao legislador penal, ao processo criminal e seus reflexos no âmbito da Execução Penal.

Para a perfectibilização entre a problemática e o desenvolvimento da observação realizada, utiliza-se como método de pesquisa, a bibliográfica e a documental, como método de abordagem o indutivo e, como método de procedimento, o analítico-descritivo.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUAS EVOLUÇÕES

O princípio da proporcionalidade, apesar de não positivado no Ordenamento Jurídico Brasileiro tem sua observação e aplicação prática em todos os ramos do direito, da criação da lei, à sua aplicação.

Importa elencar que, em havendo um potencial de conflituosidade entre princípios, necessária a ideia de que os direitos fundamentais vinculam o legislador, sendo a proporcionalidade a exata forma dessa vinculação (TAVARES, 2022).

De forma preliminar pode-se considerar a proporcionalidade como princípio construtivo e fundamental, tendo como atuação compatibilizar os demais princípios buscando uma ideia de direito (REZEK NETO, 2004).

Nesse espectro, André Ramos Tavares indica que:

É possível afirmar que o chamado critério da proporcionalidade, como tem sido amplamente apresentado, aceito e praticado na atualidade, sempre esteve presente, na essência que se contém nessa proposta, na teorização do Direito, como na noção de abuso do civilista ou, ainda, como meio de conter a discricionariedade do poder estatal no âmbito administrativo, e mesmo na aplicação do Direito, especificamente no caso da fixação da pena em Direito Penal. (TAVARES, 2022, p. 291)

Depreende-se que a proporcionalidade data da própria teorização do direito, atuando de forma a balizar a discricionariedade estatal, tanto no âmbito administrativo, quanto, em matéria penal, na fixação de pena.

Nesse sentido, necessário se analisar todos os pontos inerentes ao princípio da proporcionalidade, a fim de se definir sua conceituação, sua origem e suas características principais.

### 2.1 CONCEITO

O princípio da proporcionalidade pode ser analisado sob dois prismas diversos. Partindo do pressuposto da construção alemã o conceito de proporcionalidade tem uma vertente e ao se analisar a aplicação na doutrina norte-

americana traz outra definição. Ainda, subsiste divergência acerca da terminologia correta, se seria princípio ou regra da proporcionalidade.

Flávio Martins (2022) destaca haver divergência na terminologia com relação à expressão a ser empregada, considerando que alguns a caracterizariam como princípio e outros como regra.

Acerca do critério da proporcionalidade trazido pela construção alemã, André Ramos Tavares (2022) o define como sendo uma norma constitucional não escrita que se originaria do Estado Democrático de Direito, se constituindo núcleo essencial dos direitos fundamentais ao compatibilizar os interesses sociais.

Com relação aos aspectos oriundos da doutrina norte-americana, tem-se que a proporcionalidade tem como origem o devido processo legal, se consubstanciando na limitação constitucional dos poderes do Estado, a qual se vincula a alguns direitos fundamentais (TAVARES, 2022).

Leonardo Vizeu Figueiredo, contempla o referido princípio, elencando que:

Podemos defini-lo como o princípio que exige que o ato praticado pelo administrador público guarde relação de proporcionalidade, justiça, sensatez, coerência e adequação com os fins pretendidos. Dessarte, resta claro que a razoabilidade e a proporcionalidade funcionam como um limite lógico à atuação discricionária do administrador público, devendo ser utilizados como parâmetros para que, no caso concreto, se busque sempre o tratamento necessário, evitando-se os excessos e arbitrariedades. (FIGUEIREDO, 2013, p. 359)

Vê-se, nesse teor, que trata-se de forma de limitação à arbitrariedade do administrador, a fim de que se alcance o tratamento necessário, evitando-se eventuais excessos ou atos arbitrários.

Corroborando com a referida tese, André Ramos Tavares destaca que:

A proporcionalidade, numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade. Assim compreendida a proporcionalidade, é correto afirmar que a preocupação em observá-la vem de longa data. (TAVARES, 2022, p. 291)

Ser proporcional, nesse contexto, exige racionalidade e uma atuação estatal com mínimo de sustentabilidade, sendo sua análise algo a ser feito de longa data.

Destaca Leonardo Vizeu Figueiredo (2013) que, por se constituir o Estado Democrático de Direito em um Estado de Legalidade Proporcional, torna-se necessária a existência de meios adequados que permitam que as normas jurídicas que cerceiam as liberdades individuais atendam seus fins.

Nagib Slaibi Filho, elenca que:

Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre fim e meio (a Constituição é meio de resolução de problemas), muito além do sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observa os valores postos como prevaletentes pela ordem constitucional (SLAIBI FILHO, 2009, p. 99)

Elucida, assim, como se dará a análise da proporcionalidade, tendo como ponto de partida o ramo constitucional e considerando arbitrário ato que não observe valores que prevaleçam na ordem constitucional.

Nesse contexto, importante analisar o surgimento do referido princípio, para corroborar com o entendimento acerca das duas concepções do princípio da proporcionalidade, notadamente no espectro alemão e no espectro norte-americano.

## 2.2 SURGIMENTO

Destaca Luiz Carlos Branco (2006) que o princípio da proporcionalidade teria como origem os países da Suíça e da Alemanha, difundindo-se, posteriormente, na Áustria, Holanda, Bélgica e outros países da Europa, tendo como base a própria história da defesa dos direitos humanos.

Cleber Masson (2011) definia que o princípio da proporcionalidade, que pode ser chamado de princípio da razoabilidade ou da conveniência das liberdades públicas, possuía origem normativa em 1215, na Carta Magna, tendo como base a necessidade de os tipos penais configurarem vantagens sociais, em que pese impusessem ônus à sociedade.

Corroborar com tal visão Luís Roberto Barroso, ao definir que:

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte. Não é o caso de se voltar a percorrer o longo e bem-sucedido itinerário do princípio no direito norte-americano, valendo o registro, no entanto, de que ele atravessou duas fases distintas, resumidas de modo sumário a seguir. (BARROSO, 2022, p. 91)

Depreende-se, assim, a matriz do referido princípio advinda do ano de 1215, mas sua positivação junto à Constituição Americana por meio de duas emendas (5ª e 14ª), passando a se irradiar nos julgamentos.

Leonardo Vizeu Figueiredo (2013), ressalta que, embora não se possa precisar o marco inicial da consagração da proporcionalidade no contexto doutrinário, sua presença remonta aos pensadores de renome da antiguidade.

Elenca ainda Leonardo Vizeu Figueiredo (2013) que, datado do ano de 1955, de autoria de Rupprecht V. Krauss (jurista tedesco) o primeiro trabalho doutrinário acerca do princípio da proporcionalidade foi escrito.

E, quando do estudo do controle judicial do ato administrativo, os doutrinadores Miguel Seabra Fagundes e Luciano Ferreira Leite foram os primeiros doutrinadores que se referiram ao referido princípio em solo brasileiro. (FIGUEIREDO, 2013)

Ressaltam Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco (2023), que a primeira referência de significado do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se relacionada com a proteção ao direito de propriedade, como se depreende do Recurso Extraordinário nº 18.331, de relatoria do Ministro Orizombo Nonato.

Luís Roberto Barroso ao se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade no espectro nacional, aponta que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. (BARROSO, 2022, p. 91)

O princípio da proporcionalidade, atualmente, é uma conjunção de entendimentos advindos da doutrina do devido processo legal proveniente do direito norte-americano, conjugado com os preceitos do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Ainda, conclui Luís Roberto Barroso, acerca da evolução do princípio da proporcionalidade, elencando que:

Em suma: a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. (BARROSO, 2022, p. 91)

Nesse contexto, seja a proporcionalidade no direito alemão, seja do direito norte-americano, ambos abrigam os mesmos valores, notadamente racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeitar atos que se configurem como arbitrários ou caprichosos.

Aline Soares Lucena Carnaúba (2022) refere que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade possuiria seu fundamento expresso junto ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, verifica-se o surgimento e evolução do referido princípio, elencando a forma como o mesmo se apresenta no contexto nacional. Porém, torna-se imperioso analisar as faces inerentes ao referido princípio, notadamente as que se referem à proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS

Assim como qualquer princípio, o da proporcionalidade traz consigo características que o definem e norteiam a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Para melhor elucidar, Robert Alexy define que:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2008, p. 116-117)

Se depreende que, com base em suas facetas, a proporcionalidade tem por base a natureza dos princípios, sendo deduzível da referida natureza.

André Puccinelli Júnior (2015) indica que o princípio da proporcionalidade se originou de maneira tímida, sendo reconhecido em alguns países como uma norma constitucional não escrita, desempenhando papel fundamental, verificando soluções interpretativas conferidas à atuação legislativa, judicial ou administrativa do Estado, compatibilizando meios e fins, a fim de evitar violações desnecessárias a direitos fundamentais.

Indica, por fim, Marcelo Novelino (2014), que no que concerne ao postulado da proporcionalidade, o mesmo acaba sendo composto por três normas menores, notadamente adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, maneira pela qual devem ser analisadas a satisfação das referidas metanormas, assim como analisar se sua não satisfação ocasiona a inconstitucionalidade.

Nesse teor, tem-se como necessário analisar cada uma das características inerentes ao referido princípio, sendo discorrendo-se sobre os pontos relevantes de cada uma delas, como se verifica a seguir.

### **2.3.1 Adequação**

No que se relaciona à adequação, a mesma elucida uma correspondência entre os meios escolhidos atingirem os objetivos planejados, sendo, de tal forma, importante dentro do contexto do que venha a ser proporcional.

André Ramos Tavares, acerca do tema, indica que:

O elemento correspondente à conformidade ou adequação dos meios representa a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado. Não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) com o emprego do meio selecionado. (TAVARES, 2022, p. 294)

O ponto principal de análise quando se pensa em adequação é a correlação entre meios e fins a serem atingidos, não se pautando na realização efetiva do objetivo, mas da possibilidade de o realizar com o emprego do meio selecionado.

André Puccinelli Júnior (2015) fundamenta ainda que o meio a ser empregado deve ser adequado quando se demonstra apto para alcançar o fim almejado. Marcelo Novelino (2014), ainda, destaca que para que as medidas adotadas sejam consideradas proporcionais, devem demonstrar-se aptas para fomentar os objetivos almejados, sejam eles de natureza constitucional ou legal.

Alice Bianchini (2002) ao se debruçar sobre o tema ressalta que, quando da edição de uma lei, em que pese possa parecer adequada, ao ser colocada no plano prático pode não se demonstrar apta a contribuir para o fim delineado, ou pelo fato de suas circunstâncias terem sido alterada, ou por não ter analisado questões relevantes e com implicação prática.

Bem esclarece Nagib Slaibi Filho (2009) a necessidade que a adequação dos meios suponham uma investigação e prova de que o ato acaba sendo conforme

os fins que justificam sua adoção, ou seja, subsista relação entre medida-fim, no fito de se alcançar o objetivo escolhido.

Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco (2023), ao se debruçar sobre a adequação elenca que o mesmo exige que medidas interventivas adotadas sejam aptas a atingir os fins pretendidos.

Elencam, ainda, Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). (MENDES; BRANCO, 2023, p. 102)

Nesse contexto, presume-se a análise acerca dos meios utilizados e a (in)adequação dos mesmos aos resultados pretendidos.

Assim, a adequação reveste-se como ponto necessário, considerando a necessidade de correlação entre meios e fins, valendo-se dos meios necessários para a prática de tal ato.

### **2.3.2 Necessidade**

Ao se debruçar sobre a necessidade, assim como na situação de adequação entre os meios e os fins, deve ser pautada a análise acerca da prática da ação ser algo necessário ou não. No que concerne à necessidade, tem-se a exigência de que subsista a menor intervenção possível na esfera de outro direito (CARVALHO, 2014).

Pedro Lenza (2022) indica que a necessidade, denominada por alguns como exigibilidade, somente se consubstancia na adoção da medida que restrinja direitos, somente se legitimando se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra que seja menos gravosa.

Marcelo Novelino, ao se manifestar acerca do referido elemento, disciplina que:

A necessidade (ou exigibilidade) impõe que, dentre os meios aproximadamente adequados para fomentar um determinado fim constitucional, seja escolhido o menos invasivo possível. Uma medida deve ser considerada desproporcional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra similarmente eficaz e menos onerosa ou lesiva. Para passar pelo teste da necessidade, a medida interventiva não precisa ter exatamente o mesmo grau de eficácia, bastando que seja similar. (NOVELINO, 2014, p. 419).

A atuação deve se pautar na utilização dos meios menos invasivos dentre os possíveis, sendo considerado desproporcional meio mais gravoso empregado quando outro poderia ter sido utilizado.

De forma a melhor sintetizar a necessidade, André Ramos Tavares disciplina:

A necessidade ou exigibilidade equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins. Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão. Exige-se, nessa medida, a escolha do meio menos gravoso, do mais suave para alcançar o valor desejado. Nesse passo, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício. Assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão. Não há como realizar essa operação mental de verificação da exigibilidade sem que se promova uma busca “externa” ao dispositivo objeto de análise, para fins de verificação das demais “possibilidades” (alternativas) existentes, e à disposição do legislador/administrador. Trata-se da otimização das possibilidades fáticas. (TAVARES, 2022, p. 294)

Traz-se, nesse enfoque, uma visão acerca da comparação entre a medida executada com uma medida que, abstratamente, poderia ser tomada, a fim de se chegar à conclusão acerca da ação ter sido necessária, ou não.

Flávio Martins (2022) indica que não se apura a necessidade de maneira linear, mas sim de forma comparativa, comparando a solução dada pela lei com a

adoção de medidas que poderiam ser consideradas menos lesivas ao direito fundamental que fora violado.

Nagib Slaibi Filho (2009), ao discorrer sobre a necessidade a caracteriza como sendo a ideia de que os meios eleitos para se alcançar um determinado fim caracterizam-se como sendo os menos onerosos possíveis, decorrendo de tal as ideias de necessidade material, exigibilidade espacial, exigibilidade temporal e exigibilidade pessoal.

Alice Bianchini, ao se deparar com o referido critério da necessidade, traçando plano sobre o ramo penal, elenca que:

A criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo só se justifica se a controvérsia não pôde ser resolvida por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos onerosos (princípio da necessidade), o que caracteriza o direito penal como sendo subsidiário. (BIANCHINI, 2002, p.142)

Assim, a necessidade confronta-se diretamente com o ramo penal, mas não se extingue nele. Vê-se que a necessidade parte da ação realizada e, então, passa-se a analisar abstratamente alternativas que revelem se a prática do ato ou se a lei traz consigo ação necessária, ou não.

### **2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

Pedro Lenza (2022) conceitua a proporcionalidade em sentido estrito como sendo a medida necessária e adequada, devendo-se investigar o ato praticado com base no objetivo perquirido, superando a restrição a outros valores constitucionalizados, de forma a se alcançar a máxima efetividade e a mínima restrição.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014) ressalta que a proporcionalidade em sentido estrito apura se é razoável exigir o sacrifício do interesse individual em prol do coletivo.

André Ramos Tavares elenca que:

Trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas. São “pesadas” e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (TAVARES, 2022, p. 295)

Coaduna-se a isso, igualmente na visão de André Ramos Tavares (2022) que a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma otimização das possibilidades jurídicas. Nesse sentido, meios e fins formam uma equação, à qual se realiza juízo de ponderação que visa avaliar a proporcionalidade entre meio utilizado e fim alcançado (SLAIBI FILHO, 2009).

Flávio Martins (2022) ressalta, acerca do referido critério, que resta analisado o peso do direito violado pela norma e qual o direito que a mesma tutela, sendo que a restrição legislativa torna-se inconstitucional em caso de, na ponderação, se ter em conta que o direito restringido é mais importante que o direito por ela tutelado.

Complementa Luís Roberto Barroso, em uma indicação prática da aplicação do referido critério que:

[...] a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência. (BARROSO, 2022, p. 92)

Consigna-se que a proporcionalidade em sentido estrito se identifica na ponderação entre ônus e benefício.

Elenca Marcelo Novelino (2014) que, com relação ao sopesamento que deve ser observada a avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios, avaliação da importância da satisfação do princípio colidente e avaliar se

a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Ana Paula de Barcellos (2022) indica, acerca da proporcionalidade em sentido estrito que o mesmo se relaciona a um confronto da norma ou do ato com o sistema constitucional como um todo, a fim de que se possa depreender, ao visar determinado fim, se ele acaba por respeitar, de maneira mínima, as demais normas constitucionais.

#### 2.4 AS FACETAS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Após a análise acerca das características do princípio da proporcionalidade, necessário discorrer sobre dois pontos essenciais ao referido princípio, notadamente a análise acerca da proibição de excesso e proibição de proteção ineficiente.

Leonardo Vizeu Figueiredo, refere que:

Com a instituição do Estado do Bem-estar Social (Welfare State), houve uma natural ampliação do rol de competências do Poder Executivo, no sentido de efetivar todas as prestações positivas de realização dos ditames de justiça social e de existência digna. Assim, o princípio da proporcionalidade se tratou de importante instrumento limitador da ação do Poder Público, mormente no que se refere ao controle dos limites do poder de polícia administrativa. Por tais razões é comumente conhecido como princípio do não excesso. (FIGUEIREDO, 2013, p. 360)

Nesse sentido, tornou-se o referido princípio importante instrumento de limitação da ação do Poder Público.

Flávio Martins (2022) elucida que, segundo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, seriam dois os aspectos que norteariam o princípio da proporcionalidade, notadamente a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente.

Sintetiza Luís Roberto Barroso que:

Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência (BARROSO, 2022, p. 130)

O legislador, assim como possui liberdades para definir crimes e penas, necessita respeitar os direitos fundamentais dos acusados. E, nessa ponderação, deve proteger a sociedade em seus valores, bens e direitos fundamentais, por meio dessa dimensão da proibição do excesso e da proteção insuficiente.

Assim, se torna a necessidade de dissecar os referidos pontos, no fito de se determinar os referidos pontos.

#### **2.4.1 Proibição do excesso**

No que se relaciona à proibição do excesso, sucintamente se pode estabelecer que as características do princípio da proporcionalidade, notadamente adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito possuem uma relação intrínseca com a referida proibição do excesso.

Flávio Martins destaca que:

Primeiramente, a proibição do excesso significa que não pode o Estado restringir excessivamente os efeitos da norma constitucional, violando os critérios caracterizadores do princípio da proporcionalidade. Trata-se da fixação de limites aos limites do Poder Público. (MARTINS, 2022, p. 204)

Proibir o excesso, ressalta o fato de que não pode o Estado restringir de maneira excessiva os efeitos da norma constitucional, tratando-se de fixação de limites ao Poder Público.

Ao se debruçar sobre a ideia da proibição do excesso Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014) refere sua origem remota, datada do movimento iluminista, especialmente decorrido dos criadores da Escola Clássica do

Direito Penal, notadamente Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Carmignani, dentre outros.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, prosseguindo com a análise acerca da proibição do excesso, destaca que:

Com efeito, se o objetivo do direito penal é exercer controle estatal sobre a violência, punindo os infratores e evitando que a justiça seja feita pelas próprias mãos das vítimas, não seria justificável o emprego, justamente, de um desmedido arbítrio para controlar a violência. (CARVALHO, 2014, p. 36)

Entende Marcelo Novelino (2014) que dentro dessa análise acerca do princípio da proporcionalidade, as regras que o compõem, notadamente adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, impedindo a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos.

Pedro Lenza (2022) destaca, acerca de tal, que essa proibição visa garantir a manutenção de mínimo de eficácia dos direitos fundamentais.

#### **2.4.2 Proibição de proteção ineficiente**

Além do aspecto inerente à proibição do excesso, há, igualmente, a preocupação com a proibição da proteção ineficiente.

Acerca da origem do referido requisito, importante analisar a indicação de Flávio Martins:

Por sua vez, o termo *Untermaßverbot* (proibição da proteção insuficiente) foi utilizado pela primeira vez, ao que tudo indica, por Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, e ganhou importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão em decisão importante sobre a legalização do aborto. (MARTINS, 2022, p. 204)

Após delinear o surgimento histórico, outro ponto de extrema importância de análise é acerca da aplicação e evolução no contexto brasileiro. Prossegue a análise Flávio Martins, ao indicar que:

O Supremo Tribunal Federal se utilizou do princípio da proibição da proteção insuficiente, no AI 598.212, ordenando a criação da Defensoria Pública no Estado do Paraná: “É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Vedação da proteção insuficiente”. (MARTINS, 2022, p. 204)

Assim, por meio do julgamento do Agravo de Instrumento 598.212, o qual ordenou a criação da Defensoria Pública do Paraná, o Supremo Tribunal Federal, acabou instituindo o postulado da vedação da proteção insuficiente.

Como se depreende da visão de Marcelo Novelino (2014) importante indicar que a proibição de insuficiência elenca uma imposição ao Estado de adotar medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que nem sempre se consiga estabelecer os termos exatos dessa proteção.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao analisar a referida aplicação pela vertente penal, disciplina que:

Evidente que se essa é a função do direito penal, não poderia ser outra a função do direito processual penal, de natureza instrumental. Assim, as medidas processuais pautam-se também na lógica da estrita necessidade e, conseqüentemente, na proibição de excessos. (CARVALHO, 2014, p. 36)

Assim como ocorre com as normas em geral (ou ao menos deveria ocorrer), deveria ser observada a lógica da estrita necessidade e a proibição de excessos.

Nota-se que, os fundamentos do princípio da proporcionalidade são precisos e possuem uma aplicação prática e inovações em sua própria conceituação relativamente recentes.

Porém, dentro de um contexto social que clama pela proporcionalidade da norma com a penalização aplicável, torna-se necessário analisar o próprio contexto

do processo legislativo, a fim de se apurar se, dentro do mesmo, subsiste uma análise acerca do princípio da proporcionalidade como um todo, para depois se analisar suas vertentes na prática, principalmente na esfera penal e na Execução Penal.

### 3 DO PROCESSO LEGISLATIVO

Quando se pensa em análise do princípio da proporcionalidade, necessário se observar, no caso concreto, a própria criação das leis e a quem cabe a referida criação, a fim de se analisar o processo legislativo e, dentro deste, a análise da própria aplicação do princípio da proporcionalidade na criação das leis.

Como elenca Luciano Dutra:

Entende-se por processo legislativo o conjunto de atos (iniciativa, discussão, votação, emenda, sanção, veto, derrubada do veto, promulgação, publicação) realizados pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República, visando à elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59). (DUTRA, 2017, p. 301)

Sucintamente, o arcabouço legal perpassa o referido processo legislativo, passando por diversos atos até a publicação da lei, em si. O processo legislativo acaba por ser um conjunto de normas que regulam a forma como os atos normativos primários serão elaborados (NOVELINO, 2014).

Alexandre de Moraes elenca que:

O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas. (MORAES, 2023, p. 755)

Seja caracterizado como conjunto que disciplina procedimento a ser seguido para a produção de leis, seja em situação que indica os fatores reais que induzem os legisladores a legislarem, acaba sendo importante no contexto social.

Flávio Martins (2022) destaca que o processo legislativo se constitui em um dos temas mais importantes do Poder Legislativo e Direito Constitucional, atinente ao fato de que, caso desrespeitado poderá ocasionar a inconstitucionalidade da norma. Independentemente da fase em que se encontre o processo legislativo, se norma foi elaborada com qualquer requisito sendo descumprido, poderá acarretar na inconstitucionalidade decorrente de vício na forma (VASCONCELOS, 2022).

Nesse aspecto, necessário se analisar os pontos em que se insere o processo legislativo, detalhando, sucintamente, todo o processo, do que o mesmo se compõe e qual o impacto do princípio da proporcionalidade no mesmo.

### 3.1 DA INICIATIVA

Dentro do processo legislativo o primeiro passo é a iniciativa, que, na realidade, acaba por se consubstanciar no ato que acaba por desencadear o próprio processo legislativo.

Ana Paula de Barcellos elenca que:

O primeiro passo do processo legislativo geral é chamado, comumente, de iniciativa. Na realidade, de maneira mais precisa, iniciativa identifica a possibilidade que a Constituição atribui a alguém de desencadear o processo, apresentando ao Poder Legislativo uma proposta/minuta de uma proposição legislativa (em geral denominada de anteprojeto), para que ele a examine, discuta, e, se for o caso, venha a submetê-la a votação. (BARCELLOS, 2022, p. 459)

Com a iniciativa, alguém a que a Constituição institui competência dá início ao processo legislativo, por meio da apresentação de proposta de proposição legislativa ao Próprio Legislativo, a fim de que este a examine.

Alexandre de Moraes (2023) aduz que a iniciativa se consubstancia na faculdade de alguém ou algum órgão apresentar projetos de lei ao Executivo. Tem-se, ainda, que a iniciativa envolve identificar os autorizados a inaugurar o processo legislativo e em que casos isso pode ocorrer, sendo que em alguns países a resposta repousa somente nos parlamentares, enquanto no Brasil a situação é diversa e complexa. (BARCELLOS, 2022)

No que se refere à apresentação dos projetos de lei, destaca Alexandre de Moraes, que:

Diz-se iniciativa de lei parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei.

Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extraparlamentar aquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei).

Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1º). (MORAES, 2023, p. 759)

De tal forma, se depreende a existência de iniciativa de lei parlamentar, extraparlamentar, concorrente e exclusiva. Nota-se, ainda, que cabe à Constituição elencar, em rol exaustivo do art. 61, a forma de iniciativa das leis (VASCONCELOS, 2022).

Nesse sentido, debruça-se às formas de iniciativa, a fim de se alcançar de quem se originou a proposta apresentada.

### **3.1.1 Iniciativa do Poder Judiciário**

Com relação à competência do Poder Judiciário em promover o processo legislativo, importante se delinear que não é vasta ou ampliada.

Pedro Lenza (2022) preceitua que, junto ao art. 96, II da Constituição Federal, são de iniciativa reservada ao Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça disporem sobre matérias de seu interesse exclusivo.

Alexandre de Moraes (2023) destaca que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e, ainda, aos respectivos Tribunais de Justiça propor junto ao Poder Legislativo de sua competência, projetos que visem a criação e extinção de cargos, bem como remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízes aos mesmos vinculados, fixando os respectivos subsídios de juízes e seus membros.

Leonardo Vizeu Figueiredo (2013) elucida que é de iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal a respectiva lei complementar sobre estatuto da magistratura, leis acerca de criação, extinção e remuneração de seus serviços auxiliares, assim como a respectiva proposta de orçamento.

No que se relaciona aos Tribunais Superiores, Leonardo Vizeu Figueiredo (2013) destaca sua competência com relação às leis que alteram o número de tribunais inferiores, assim como criação, extinção e remuneração dos seus membros e serviços auxiliares.

### **3.1.2 Iniciativa Privativa do Poder Executivo**

Com relação à iniciativa, imperioso se analisar e debruçar sobre a iniciativa privativa conferida ao Poder Executivo de propor à apreciação do Legislativo norma legal.

Verifica-se a iniciativa exclusiva como sendo a concedida a apenas um legitimado, assim como subsiste, no caso em questão, as matérias reservadas ao Presidente da República, como no caso do art. 61, §1º da Constituição Federal (NOVELINO, 2014).

A Constituição Federal elenca rol de matérias de iniciativa exclusiva do Presidente (TAVARES, 2022). Acerca desse ponto, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam o fato de que:

O art. 61, § 1º, I e II, da Constituição lista assuntos da iniciativa privativa do Presidente da República. Ao chefe do Executivo reserva-se a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; que versem sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; que cuidem dos servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; que estabeleçam a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; que fixem a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, observado o disposto no art. 84, VI; que cogitem dos militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (MENDES; BRANCO, 2023, p. 496)

Os autores, de tal forma, elucidam de maneira sintetizada basicamente todos os pontos subsistentes junto ao art. 61, §1º da Constituição Federal, dentre as quais as que irão dispor sobre efetivos das Forças Armadas (seu regime jurídico, cargos, promoções e situações inerentes), as que criem cargos, funções ou empregos públicos, que versem sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamento, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios, bem como leis que cuidem dos servidores públicos da União e Territórios (regime jurídico, forma de provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria), normas gerais de organização do Ministério Público e Defensoria Pública (em todos âmbitos), que disponham sobre os Ministérios e que tratem.

Discorrendo sobre o agrupamento de competências exclusivas, Alexandre de Moraes (2023) disciplina que a referida condição de iniciativa reservada das leis que verse sobre regime jurídico dos servidores públicos retrata o próprio princípio da separação de poderes.

André Ramos Tavares (2022) retrata competência ao Presidente da República, ao disciplinar que, relacionado aos territórios:

Quanto aos territórios, há também inúmeras referências, ao Presidente competindo a iniciativa única nos casos de: 1º) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal; e 2º) normas gerais para a organização do respectivo Ministério Público e Defensoria Pública; e 3º) sobre os respectivos servidores e regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. (TAVARES, 2022, p. 483)

Ainda, subsiste competência com relação à normas gerais de organização do Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, assim como é competente para elaborar e apresentar o plano plurianual, as diretrizes do orçamento e os orçamentos anuais (TAVARES, 2022).

Alexandre de Moraes (2023) destaca, igualmente, que a elaboração e apresentação, por parte do Executivo, da proposta orçamentária é compreensível à medida que acaba por conhecer a realidade sociopolítica em que atuará, de forma a

fornecer maiores elementos ao legislador. Cabe, ainda, elaborar projeto de lei relativa ao orçamento anual, da lei das diretrizes orçamentárias e do plano plurianual (MORAES, 2023).

### 3.1.2.1 Vícios de Iniciativa

Ressalta-se que, dentro da análise da iniciativa conferida ao Presidente da República, subsiste análise com relação aos vícios da iniciativa.

Marcelo Novelino (2014) destaca que, em se tratando de vício de origem, sendo insanável, não pode ser suprido por sanção do Presidente, mesmo em se tratando de matéria que conste em projeto de lei de iniciativa exclusiva apresentado.

Alexandre de Moraes (2023) indaga acerca da iniciativa exclusiva se a sanção presidencial supriria o vício de iniciativa, elencando não ser o mesmo possível, considerando que o referido vício macula, por nulidade toda a formação da lei, não podendo ocorrer a convalidação.

Assim, sucintamente se depreende que vício na origem, sendo insanável, não poderá ser suprido.

### 3.1.3 Iniciativa Privativa do Poder Legislativo

Com relação à iniciativa do Congresso Nacional, importante analisar, precipuamente, o art. 49, V e VII da Constituição Federal, que elenca a competência exclusiva do Congresso, conforme o que segue:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Luís Roberto Barroso elucidada acerca disso que:

O art. 49, V, da Constituição Federal confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Ambas as hipóteses ensejam ao Legislativo o controle de constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo. A competência da casa legislativa limita-se à sustação do ato, não sendo legítimo que o ato de sustação, ainda que sob a forma de lei, venha a invadir esfera de reserva de administrativa do Executivo ou a disciplinar matéria cuja iniciativa seja a ele reservada (BARROSO, 2019, p. 97)

Cabe ao Congresso Nacional o poder de sustar atos normativos do Executivo que acabem por exorbitar do poder regulamentar ou dos limites da delegação, limitando-se a referida competência à sustação do ato.

A constituição Federal, ainda disciplina, junto ao art. 51, III e IV, que:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

III - elaborar seu regimento interno;

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

De forma a melhor caracterizar o acima exposto, o texto constitucional entabula junto ao art. 52, XII e XIII que:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Acerca dos dois dispositivos legais acima traduzidos, Clever Vasconcelos (2022) preceitua que é de iniciativa exclusiva da Câmara dos Deputados e Senado Federal projeto de lei que tenha por intuito criar, transformar ou extinguir cargos, empregos e funções de seus serviços, observando parâmetros traçados na lei de diretrizes orçamentárias.

### **3.1.4 Iniciativa Popular**

Além das possibilidades acima aventadas, subsiste a possibilidade de o próprio cidadão interpor projeto de lei acerca de tema que se enquadre como de seu interesse.

Clever Vasconcelos destaca que a iniciativa popular:

Consiste em uma forma direta de exercício de poder do povo, afastando os seus representantes para iniciar o processo legislativo (art. 14, III), desde que não trate de matéria que a Constituição atribui a determinada pessoa. (VASCONCELOS, 2022, p. 373)

A iniciativa popular de lei pode ser intentada desde que não se fale em matéria de competência reservada. Para sua configuração, necessário que o projeto seja subscrito por ao menos 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído em pelos menos 5 estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles (BARCELLOS, 2022).

Clever Vasconcelos, acerca do tema, disciplina que:

O projeto subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º), deverá ser apresentado à Câmara dos Deputados, que poderá aprovar, rejeitar ou até mesmo emendar o projeto de lei. (VASCONCELOS, 2022, p. 373)

Destaca-se que, apresentado o projeto à Câmara dos Deputados, poderá ser aprovado, rejeitado ou até mesmo ser emendado dentro da referida casa.

Com relação à (im)possibilidade de iniciativa popular apresentada para Emendar a Constituição, Alexandre de Moraes (2023) destaca o entendimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de iniciativa popular que objetive emendar Constituição Estadual, desde que subsista previsão na respectiva Constituição Estadual.

### **3.1.5 Ministério Público**

No que se refere à iniciativa de projeto de lei por parte do Ministério Público, importante a análise acerca das disposições que permitem ao próprio *parquet* propor a presente iniciativa.

Alexandre de Moraes (2023) destaca que o *status* que garante a independência, autonomia e imprescindibilidade do Ministério Público restou reforçado pela possibilidade de o mesmo vir a deflagrar o processo legislativo, sendo-lhe facultado, inclusive, propor a criação e extinção de cargos e serviços auxiliares.

André Ramos Tavares (2022) elucida que o art. 127, §2º da Constituição Federal permite ao Ministério Público iniciativa de lei que vise criar ou extinguir cargos e serviços auxiliares, política remuneratória e planos de carreira.

Elucida, ainda, que cabe aos Procuradores-Gerais da União e Estados a possibilidade de iniciativa de leis complementares sobre organização, atribuições e estatuto de cada um dos Ministérios Públicos (TAVARES, 2022).

Alexandre de Moraes (2023), destaca, por fim, que, no que se relaciona à matéria orçamentária, subsiste ao Ministério Público a instituição de orçamento próprio, devendo receber as rubricas de recursos mensalmente.

## **3.2 FASE CONSTITUTIVA OU INSTRUTÓRIA**

Após a análise da iniciativa, subsiste a averiguação acerca da constituição/instrução do projeto de lei junto ao Poder Legislativo.

Clever Vasconcelos (2022) sustenta que a referida fase se consubstancia em uma reunião das vontades do Legislativo e do Executivo, cabendo ao primeiro

deliberar sobre o projeto de lei apresentado e ao segundo sancionar ou não o projeto de lei.

Corroborando com tal entendimento André Puccinelli Júnior (2015), ao destacar que apresentado o projeto de lei, por quem detinha iniciativa para fazê-lo, após a apreciação pelo Congresso Nacional, poderá ocorrer a sanção ou o veto presidencial em caso de subsistir inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público.

Alexandre de Moraes estipula que:

Nesta fase, uma vez apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, delimitando-se o objeto a ser aprovado ou mesmo rejeitado pelo Poder Legislativo. Além da atividade legislativa, na chamada deliberação parlamentar, caso o projeto de lei seja aprovado pelas duas Casas Legislativas, haverá participação do chefe do Poder Executivo, por meio do exercício do veto ou da sanção (deliberação executiva). (MORAES, 2023, p. 767).

Após a apresentação do projeto de lei, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria em ambas casas, delimitando objeto a ser aprovado ou rejeitado pelo Legislativo. Marcelo Novelino (2014) destaca que a fase constitutiva pode ser dividida em espécies, notadamente discussão, votação, aprovação e sanção.

### **3.2.1 Discussão**

Dentro da fase constitutiva, o primeiro ponto a se analisar é a discussão do referido projeto de lei.

André Ramos Tavares (2022) caracteriza a discussão como a fase em que os trabalhos parlamentares destinam-se ao debate em plenário da matéria, cabendo a cada parlamentar apresentar sua posição pessoal, com a finalidade de influir na votação subsequente, possuindo durante a votação direito à palavra.

Já, Clever Vasconcelos (2022) salienta que a deliberação parlamentar, via de regra, se dará na Câmara dos Deputados e Senado Federal, em função do bicameralismo. Acerca disso, o mesmo salienta que uma delas é a casa iniciadora,

enquanto a outra acaba por ser a casa revisora, sendo que, depois, o projeto é encaminhado para o Chefe do executivo apreciar. (VASCONCELOS, 2022)

Alexandre de Moraes (2023) destaca o fato de que o projeto seguirá na Casa Legislativa para a fase de instrução nas comissões onde, preliminarmente, será analisada a constitucionalidade e, posteriormente, o mérito do projeto.

Acerca dos referidos pontos, Clever Vasconcelos destaca que:

Segundo o art. 64, caput, da Constituição, a discussão e a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do STF e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados, bem como os projetos de iniciativa concorrente dos Deputados ou de Comissões da Câmara, os de iniciativa do Procurador-Geral da República e os de iniciativa popular. (VASCONCELOS, 2022, p. 374)

Assim, via de regra a casa iniciadora é a Câmara dos Deputados. No entanto, quando a deflagração do processo legislativo ocorra por meio dos membros ou de Comissões do Senado, a Câmara dos Deputados terá o papel de casa revisora (VASCONCELOS, 2022).

André Puccinelli Júnior (2015) destaca o fato de que, após apresentado, o projeto será debatido nas comissões e nos plenários das Casas Legislativas, podendo serem propostas emendas. Em um primeiro momento, o projeto de lei será submetido a uma análise de constitucionalidade e posteriormente será analisado o mérito (VASCONCELOS, 2022).

Alexandre de Moraes (2023) assevera que a análise de constitucionalidade será realizada na Câmara de Deputados por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, e, no Senado, por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

André Puccinelli Junior preceitua que:

Não se admite a proposta de emenda que importe aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (CF, art. 63 e incisos). Assim, não se impede a emenda em casos

de iniciativa reservada, mas a emenda estará vedada se importar incremento de dispêndio. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 314).

Não há a possibilidade de proposta de Emenda que tenda a aumentar a despesa já previamente prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

Após a aprovação nas comissões o projeto segue para o plenário da Casa Iniciadora, sendo discutido e votado, sendo, que, ao ser aprovado seguirá para a outra Casa que exercerá papel de Revisão, seguindo os termos da própria Constituição Federal que elucida que, em ocorrendo aprovação por uma das Casas será revisto pela outra, em um só turno de votação e discussão (MORAES, 2023).

Alexandre de Moraes (2023) indica que, dentro da Casa Revisora, o referido projeto passará pelas Comissões, onde igualmente será discutido e votado, sendo que, ao ser aprovado nos mesmos termos da casa iniciadora, seguirá para o Presidente da República e, em caso de rejeição do projeto, a matéria nele expressa só pode ser intentada na próxima sessão legislativa, podendo excetuar essa regra a possibilidade de, mediante proposta pela maioria absoluta dos Deputados ou Senadores, ser reapresentada a matéria.

Em caso de aprovação do projeto de lei com alterações, elucida Alexandre de Moraes (2015) que ocorrerá o retorno do projeto para a Casa Legislativa inicial para analisar e votar em um único turno, passando novamente pela Comissão que analisará a constitucionalidade da mesma, seguindo para a votação.

Insta elencar que, qualquer emenda ao projeto aprovado por uma das Casas será apreciada pela outra que se pronunciará acerca da mesma.

Clever Vasconcelos destaca que, quando a Emenda repousar sobre projeto já aprovado por uma das Casas, é imprescindível que retorne à Casa anterior a fim de se obter o pronunciamento sobre alteração que foi realizada, aprovando-a ou rejeitando-a, de forma definitiva, prevalecendo a opinião da Casa Iniciadora, no que é conhecido como preavencimento da deliberação principal.

Elucida, sucintamente, Marcelo Novelino (2015) que a discussão ocorre no plenário e nas comissões permanentes, as quais tornam-se responsáveis pela análise da constitucionalidade e o conteúdo do projeto, emitindo um parecer técnico.

Clever Vasconcelos (2022) destaca que, finalizada a discussão e a votação, o projeto de lei que restou aprovado pelas Casas do Congresso Nacional acaba sendo remetido para que o Chefe do Executivo delibere acerca do mesmo.

### **3.2.2 Do regime de apreciação com urgência**

Não há uma imposição de prazos para a análise dos processos postos à análise do Poder Legislativo, com alguns tramitando por vários anos dentro do âmbito da Casa Iniciadora ou Revisora.

André Ramos Tavares (2022) destaca que não há um prazo destacado para que o Poder Legislativo exerça sua função típica, sendo que o regime de urgência acaba sendo a única hipótese na qual subsiste um prazo determinado para a discussão e votação por parte dos parlamentares, sendo assegurado ao Presidente da República impor o referido regime de urgência, nos processos de sua iniciativa.

Alexandre de Moraes (2023) confirma o referido referencial aduzindo que salvo os prazos impróprios que restam estabelecidos dentro do regime interno de cada Casa, não existe determinação constitucional de prazo, subsistindo, ainda, a possibilidade de se ingressar dentro de um regime de urgência constitucional, também denominado processo legislativo sumário.

Alexandre de Moraes sustenta que:

O regime de urgência constitucional (CF, art. 64, §§ 1º a 4º) depende da vontade do Presidente da República, ao qual é concedida a faculdade de solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, seja privativa, seja concorrente. Neste caso, nos termos do já citado art. 64, caput, a Câmara dos Deputados realizará a deliberação principal, cabendo ao Senado Federal a deliberação revisional. (MORAES, 2023, p. 771)

Subsiste um preceito devido, notadamente a vontade do Presidente, sem a qual o referido regime de urgência não tem aplicabilidade prática. Assim, cabe à Câmara de Deputados a deliberação principal e ao Senado o papel de revisão.

Para se adentrar dentro do referido regime de urgência, necessita-se que o processo legislativo tenha se originado de iniciativa do Presidente da República e

que subsista solicitação do Presidente para inclusão da mesma dentro desse espectro, sendo que a urgência, nada mais é que dispensar exigências, interstícios ou formalidades regimentais, a fim de que o projeto seja considerado até a decisão final sobre o mesmo. (TAVARES, 2022).

Acerca dos prazos do referido procedimento de urgência, elenca Alexandre de Moraes:

Cada uma das Casas Legislativas terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sucessivamente, para apreciação do projeto de lei. Além disso, a apreciação de eventuais emendas do Senado Federal (como Casa Revisora) pela Câmara dos Deputados deverá ser feita no prazo de 10 (dez) dias. (MORAES, 2023, p. 771)

Desse modo, subsiste um prazo máximo de 100 (cem) dias para apreciação do referido projeto alçado com grau de urgência.

Acerca do referido prazo, destaca Alexandre de Moraes que:

Assim, o processo legislativo sumário não poderá exceder 100 (cem) dias. A própria Constituição Federal estabelece sanção para o descumprimento dos prazos fixados. Então, se a Câmara dos Deputados ou Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, com exceção das matérias que tenham prazo constitucional determinado (por exemplo: medidas provisórias), até que se ultime a votação. (MORAES, 2023, p. 771)

Fixado encontra-se o prazo de 100 (cem) dias e, em caso de não cumprimento do referido, subsiste sanção. Assim, em caso de não haver análise dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias concedido para análise pela referida casa, a análise será incluída na ordem do dia, sobrestando-se a análise de demais assuntos, há exceção de matérias com prazo constitucional determinado, como no caso de medidas provisórias.

Nota-se, no entanto, que mesmo dentro do referido regime de urgência, não é dispensada em qualquer das casas a publicação e distribuição do projeto, bem

como os pareceres das comissões ou dos relatores, assim como o *quorum* mínimo de deliberação. (TAVARES, 2022).

Por fim, Alexandre de Moraes (2023) estabelece que não pode ocorrer esse regime de urgência durante o recesso do Congresso Nacional. Ainda, o referido processo não se aplica aos projetos de código, conforme determina o art. 64, § 4º da Constituição Federal (TAVARES, 2022).

### 3.3 FASE DELIBERATIVA EXECUTIVA

Márcia Maria Corrêa de Azevedo elucida acerca da fase deliberativa executiva que:

A garantia da decisão colegiada e da votação por *quorum* definido são princípios básicos do Poder Legislativo e do design da democracia representativa, que dão condições de participação ativa das minorias representadas. O conhecimento prévio da pauta e a contínua publicação das ações legislativas durante o processo permitem o acesso e a participação plena não só dos parlamentares, como também da sociedade que se vê representada (AZEVEDO, 2021, p. 27)

Elucida-se que dentro da fase deliberativa a garantia da decisão por meio do colegiado, mediante votação por quórum definido constituem-se pontos de demonstração de que a sociedade encontra-se representada.

Como se extrai da indicação de José Lázaro Boberg (2008) a referida deliberação se constitui em um dos atos mais importantes do processo legislativo, pois é por meio dela que há a manifestação de vontade do Poder Legislativo, relativamente a determinado projeto ou proposição.

### 3.4 FASE CONCLUSIVA

Encerrada a deliberação por parte do parlamento, passa-se à análise por parte do Chefe do Executivo, que analisará o projeto de lei e dará seu parecer acerca do mesmo.

Alexandre de Moraes (2023) bem elucida isso, ao referir que após a discussão parlamentar, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional é

redirecionado para a apreciação por parte do Chefe do Executivo, podendo o mesmo o vetar ou o sancionar.

Clever Vasconcelos (2022) destaca que, em havendo a aprovação o projeto segue para o autógrafo do Chefe do Executivo, o qual se consubstancia no instrumento formal consubstanciador do texto aprovado pelo Poder Legislativo.

Sylvio Motta elenca que:

Conforme o art. 66, §§ 1º, 2º e 3º, da CR, recebido o projeto de lei, o Presidente da República pode concordar com ele na íntegra, sancionando-o expressamente (este é o único momento em que se pode dar a sanção expressa presidencial) no prazo de quinze dias úteis, após o que procederá à sua promulgação e publicação; deixar transcorrer o prazo de quinze dias úteis sem qualquer manifestação, caso em que ocorrerá a sanção tácita (segundo o art. 66, § 7º, da CR, nessa hipótese o Presidente da República terá o prazo de quarenta e oito horas para promulgar a lei; se não o fizer nesse período, a incumbência passa para o Presidente do Senado, em igual prazo; se este também se omitir, caberá ao Presidente do Senado promulgar a lei); ou, ainda, vetar o projeto de lei, parcial ou totalmente. (MOTTA, 2021, p. 690)

Indica-se, portanto, como se dará a análise por parte do Chefe do Executivo, bem como os prazos concernentes a cada ação. Aduz, ainda, que tanto no caso de veto total, quanto no caso de veto parcial a justificativa pode ser de caráter material, ou formal, possuindo prazo de 15 (quinze) dias úteis para serem proferidos, a contar do recebimento, sob pena de sanção tácita, devendo motivos serem comunicados ao Presidente do Senado em até 48 (quarenta e oito) horas, a contar do respectivo veto (MOTTA, 2021).

Ana Paula de Barcellos (2022) aduz que a participação do Executivo no Processo Legislativo, por meio da sanção é do veto, depreende-se da vivência no âmbito de um sistema presidencialista, como regra geral.

### **3.4.1 Sanção**

Sanção, nos dizeres de Sylvio Motta (2021), nada mais é que o ato, por meio do qual o Chefe do Executivo concorda material e formalmente com o projeto de lei, fazendo com que deixe de ser projeto e passe a ser uma lei propriamente dita.

Marcelo Novelino (2014) destaca que a deliberação por parte do Chefe do Executivo é o momento que finaliza a fase constitutiva, sendo que sua participação se justifica ante a ideia de inter-relação entre os poderes do Estado.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, a sanção:

É a aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. Poderá ser expressa, nos casos em que o Presidente se manifesta favoravelmente, no prazo de 15 dias úteis, ou tácita, quando silencia nesse mesmo prazo. (MORAES, 2023, p. 772)

A sanção pode ocorrer de forma expressa ou tácita. E, é por meio da sanção que o projeto acaba por se transformar em uma lei (NOVELINO, 2014). Destaca Marcelo Novelino (2014) que em sua extensão a sanção pode ser total, quando concorda com a integralidade do projeto, ou parcial quando consente com apenas parte dele.

Importante indicar que André Ramos Tavares (2022) estabelece que, mesmo em se tratando de projeto de lei derivado originariamente do Executivo e eventualmente aprovado na íntegra, sem qualquer emenda ou modificação, não se exclui a possibilidade da deliberação executiva.

Por fim, destaca Ana Paula de Barcellos (2022) que a sanção é a forma pelo qual o que antes podia ser analisado como sendo um projeto acaba por se transformar em uma norma positiva.

Alexandre de Moraes (2023) complementa ao elencar que, ocorrendo a sanção, o projeto de lei segue para a fase complementar, não havendo possibilidade de o Presidente da República o revogar ou do mesmo se arrepender com um veto fora do prazo fixado em lei.

### **3.4.2 Veto**

Além da sanção a outra possibilidade conferida ao Chefe do Executivo é o veto do projeto de lei. O veto se consubstancia sempre em um ato político, não podendo ser impugnado judicialmente (VASCONCELOS, 2022).

Alexandre de Moraes elenca acerca da natureza jurídica do veto que:

A natureza jurídica do veto é outro dos muitos pontos que não encontram unanimidade na doutrina constitucional, existindo inúmeros juristas defensores da tese de tratar-se de um direito, outros os entendem como um poder; havendo ainda tese intermediária que consagra o veto como um poder-dever do Presidente da República. (MORAES, 2023, p. 772)

Como se depreende, subsistem visões acerca da natureza jurídica do veto, com alguns o defendendo como direito, outros como poder e outros, ainda, como um poder-dever do Presidente da República.

Em que pese o veto seja de natureza política, a sua motivação pode ter origem jurídica ou política (VASCONCELOS, 2022). O veto nada mais é que um ato executivo que indica a divergência do Presidente para com o projeto de lei que restou aprovado pelo Congresso Nacional (TAVARES, 2022). Clever Vasconcelos (2022) destaca que o vício de iniciativa não é suprido em decorrência do veto.

Clever Vasconcelos (2022), ao discorrer sobre o veto o classifica como ato irretratável, cuja manifestação necessita ocorrer no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis a contar do recebimento do projeto de lei, sendo necessária a comunicação do veto ao presidente do Senado em até 48 (quarenta e oito) horas. Importante elencar que o dia inicial do prazo não se conta, restando excluído da contagem, mas resta incluído o dia do término do prazo de 15 (quinze) dias (MORAES, 2023).

Alexandre de Moraes elenca que:

O Presidente da República poderá discordar do projeto de lei, ou por entendê-lo inconstitucional (aspecto formal) ou contrário ao interesse público (aspecto material). No primeiro caso teremos o chamado veto jurídico, enquanto no segundo, o veto político. Note-se que poderá existir o veto jurídico-político. (MORAES, 2023, p. 772)

Vê-se, de tal maneira, a indicação da existência do veto jurídico e do veto político, podendo ocorrer, ainda, a ocorrência dos dois ao mesmo tempo, com o chamado veto jurídico-político.

Marcelo Novelino (2014) destaca que no veto jurídico se analisa a constitucionalidade do projeto de lei, enquanto o político ocorre quando o projeto de lei é contrário ao interesse público, sendo necessária a motivação do veto em ambos os casos.

André Ramos Tavares (2022) destaca que o referido veto jurídico pode ocorrer ao se considerar o projeto de lei inconstitucional e, no caso do veto político, ao se entender que o referido projeto de lei vai contra o interesse público.

Importante salientar, ainda, que o veto deve ocorrer sempre de forma escrita, não admitindo-se veto oral, sendo que o veto e seus motivos devem ser comunicados pelo Chefe do Executivo ao Presidente do Senado Federal, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (TAVARES, 2022).

Nagib Slaibi Filho elenca que:

A Constituição acabou com a prática deletéria do regime anterior de se vetar tão-somente uma palavra ou trecho de frase, o que ensejava o desvirtuamento da manifestação de vontade, pois, muitas vezes, vetava-se, simplesmente, a palavra não. O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2º). (SLAIBI FILHO, 2009)

Assim, modificou-se e limitou-se a forma como o veto ocorre, sem a possibilidade o veto recair somente em relação à uma palavra. O veto, ainda, acaba por ser irretratável considerando que uma vez manifestado e comunicadas as razões ao Legislativo, não poderá ser alterada a opinião do Presidente da República (MORAES, 2023).

Cleber Vasconcelos (2022, p. 376) destaca que “O veto poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em apuração. Se derrubado o veto, o referido projeto será encaminhado ao Presidente da República para promulgação”.

Tem-se que o veto poderá ser rejeitado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores. Consoante o fato de o veto ser relativo, pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores em sessão conjunta o veto pode ser derrubado (NOVELINO, 2014)

Destaca Marcelo Novelino (2014) que, no caso de derrubada do veto por parte do Congresso Nacional, a parte do projeto de lei vetada não entra em vigor na mesma data dos dispositivos que foram objetos de sanção, passando a ter obrigatoriedade apenas após a publicação.

### **3.4.3 Promulgação**

A promulgação nada mais é que o atestado que a lei existe e que pode passar a ser executada. Por meio da promulgação, o Chefe do Executivo ordena a aplicação e o cumprimento da lei (NOVELINO, 2014).

Clever Vasconcelos aduz que:

A promulgação é um ato que atesta a existência válida da lei e de sua executoriedade. Certifica-se com ela o nascimento da lei, em que pese ainda não esteja em vigor e não seja eficaz. Para a corrente majoritária, a promulgação é um ato declaratório, vale dizer, só declara algo que passou a existir com a sanção ou rejeição do veto. (VASCONCELOS, 2022, p. 376)

Com a promulgação a lei passa a ter validade e passa a possuir executoriedade, se consubstanciando em um ato declaratório, elencando algo que existe em razão da sanção ou a rejeição ao veto.

André Ramos Tavares (2022) aduz que a promulgação pode ser considerada como fase complementar, considerando que a mesma incide sobre uma lei já existente, se configurando em um atestado de que o mundo jurídico restou inovado pelo surgimento de uma nova norma.

Ana Paula de Barcellos destaca que:

A promulgação não sana, por evidente, qualquer vício que tenha havido no processo legislativo capaz de gerar a inconstitucionalidade da lei aprovada:

trata-se apenas de uma espécie de certificação de caráter formal. Sobre o tema da inconstitucionalidade, vale lembrar, o que já se registrou sobre a sanção: ela não convalida vício de iniciativa, mesmo que o projeto de lei devesse ter sido proposto pelo Chefe do Executivo, que sanciona o PL. (BARCELLOS, 2022, p. 470)

Assim como a sanção, a promulgação não sana qualquer vício do processo legislativo. Sylvio Motta (2021) destaca que a promulgação, como ato de natureza legislativa destaca a existência de lei com determinado conteúdo e, em sua natureza executiva que o projeto cumpriu todas suas fases, atestando a regularidade de sua formação e assegurando sua execução.

No caso da competência para a promulgação da lei, verifica-se o que indica Alexandre de Moraes:

Em regra, é o próprio Presidente da República que promulga a lei, mesmo nos casos em que seu veto haja sido derrubado pelo Congresso Nacional. Para tanto, a Constituição Federal fixa um prazo de 48 horas, contados da sanção expressa ou tácita ou da comunicação da rejeição do veto, findo o qual, a competência transfere-se ao Presidente do Senado Federal e, se este não a promulgar no mesmo prazo, fá-lo-á o Vice-Presidente do Senado Federal (CF, art. 66, § 7º). (MORAES, 2023, p. 775)

Nesse sentido, cabe ao Chefe do Executivo promulgar a lei, sendo que não o fazendo cabe ao Presidente do Senado ou, sucessivamente ao Vice-Presidente do Senado. A promulgação nada mais é que um ato que atesta que a lei existe (SLAIBI FILHO, 2009).

#### **3.4.4 Publicação**

Publicar nada mais é que divulgar, dar publicidade, fazer conhecida. A publicação da lei busca dar ciência aos destinatários de sua existência, sendo condição de eficácia (VASCONCELOS, 2022).

Nagib Slaibi Filho (2009) destaca que a lei passa a ter existência com sua promulgação, mas só possui eficácia quando levada ao conhecimento através de sua publicação em órgão oficial, ou pela afixação em lugar público costumeiro.

Importante destacar que aquele que promulga manda publicar, sendo que a lei publicada encerra a fase complementar e garante a obrigatoriedade à lei (VASCONCELOS, 2022). A publicação consiste em uma comunicação que é direcionada aos que devem cumprir a norma, os informando de sua existência e seu conteúdo (MORAES, 2023).

Acerca do prazo de produção de efeitos, destaca Clever Vasconcelos:

A publicação sintetiza duas etapas: a lei entra em vigor na data de sua publicação; no silêncio da publicação (âmbito interno), há uma *vacatio legis* de 45 dias (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). (VASCONCELOS, 2022, p. 376)

Assim, ou entra em vigor na data de sua publicação, ou após passado lapso de 45 dias. Importante indicar que a sua vigência junto a Estados Estrangeiros 03 (três) meses após a publicação da mesma (MORAES, 2023).

André Ramos Tavares (2022) destaca que cabe ao Chefe do Executivo providenciar a publicação e, caso não faça, caberia ao Presidente e Vice-Presidente do Senado, respectivamente.

Marcelo Novelino (2014) sintetiza todos os pontos ao destacar que a publicação se consubstancia na fase derradeira do processo legislativo, considerando ser o ato que confere obrigatoriedade à lei, dando conhecimento a todos da inovação jurídica a fim de evitar indicativos de ignorância da lei.

Clever Vasconcelos (2022) retrata que a *vacatio legis* é denominado o prazo que vai da publicação da lei e sua entrada em vigor, sendo um prazo indicado diretamente na própria lei e, caso não haja, entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a publicação.

### 3.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CRIAÇÃO DAS LEIS

Após ter se analisado inicialmente a figura do princípio da proporcionalidade e, posteriormente, a forma como dá-se o processo legislativo, torna-se importante indagar de que forma o princípio da proporcionalidade encontra-se inserido dentro do respectivo processo legislativo.

Conforme elenca Fernando Capez:

Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos.

[...]

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. (CAPEZ, 2014, p. 38)

Prepondera, assim, o dever de, na determinação do delito e de sua pena, levar em consideração a proporcionalidade, considerando que se custo for maior que a vantagem, o tipo se caracteriza como inconstitucional.

Cezar Roberto Bitencourt (2020) destaca o fato de que o princípio da proporcionalidade modernamente atinge inclusive o exercício do Poder Legislativo no seu ato de legislar. Indica ainda que não se objetiva questionar a motivação interna da vontade de legislar, tampouco explorar a finalidade da lei.

Verifica-se, nesse ponto, que por não ser um princípio expresso e por ser relativamente novo, não subsiste uma necessidade de análise no bojo do processo legislativo.

Conforme se depreende, algumas menções são realizadas ao Princípio da Proporcionalidade no âmbito do processo legislativo, porém sem qualquer demonstração da necessidade expressa de atendimento dos seus preceitos, em que pese careça atualmente a legislação de penas mais condizentes com as infrações cominadas, retrato exato do referido princípio da proporcionalidade.

#### 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: DO TIPO À EXECUÇÃO PENAL

Quando se explicita acerca do princípio da proporcionalidade se tem em conta todo um contexto histórico, pois para se constituir em um princípio tem que primeiramente iniciar sua aplicação para depois, na prática, ser elevado a tal patamar.

Cezar Roberto Bitencourt (2020) refere que a proporcionalidade tem sua aplicabilidade desde tempos remotos, tendo evoluído e passado a ser considerado princípio que se aplica ao contexto do direito penal, processo penal e execução penal, além de ser aplicado a todos os outros ramos do direito.

Em se buscando um cenário histórico palpável acerca do princípio da proporcionalidade na pena a ser aplicada, a primeira figura que surge é a da pena de talião. Cezar Roberto Bitencourt (2020) destaca que nos primórdios sociais nasceu a lei de talião que tinha como ideal uma reação proporcional ao mal injusto praticado, de forma a ser dado tratamento igualitário entre vítima e infrator, com vistas a humanizar a sanção criminal tendo por base a égide do “olho por olho, dente por dente”.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho elucida sobre tal ponto:

Mas o marco da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal alemão foi o processo instaurado contra o famoso político Dr. Hoflle, em 1926, que, preso preventivamente, acabou falecendo na prisão. Isso foi o bastante para que se instalasse naquele país uma grande discussão a respeito da proporcionalidade das medidas constritivas de direitos fundamentais. A partir daí, toda medida processual que de alguma forma limitasse os direitos fundamentais do cidadão deveria ser analisada sob o prisma de sua necessidade e proporcionalidade em relação ao fim perseguido. (CARVALHO, 2014, p. 31)

Tais são de maneira conceitual as aplicações do princípio da proporcionalidade junto à pena, não apenas em um contexto geral como elencado junto ao capítulo segundo, quando se debruçou sobre as características do princípio da proporcionalidade.

Nesse mesmo contexto, ao se debruçar sobre o tema, Alberto Silva Franco refere que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que carecem de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. (FRANCO, 2000, p. 67)

Depreende-se, nesta seara, a necessidade de uma ponderação no que tange à gravidade do fato e a pena aplicável ao mesmo, atuando o princípio da proporcionalidade de modo a analisar a adequação entre ambos.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014) sustenta que a proporcionalidade se manifesta na ideia de uma imposição penal tendo por base a consecução do fim social da pena.

#### 4.1 A PROPORCIONALIDADE COM RELAÇÃO AO LEGISLADOR PENAL

Em que pese junto ao Capítulo Terceiro se tenha elencado o processo legislativo, e se referido sobre o princípio da proporcionalidade afixado dentro do referido, necessário se pré-determinar, fundamentalmente em um contexto de aplicação ao legislador penal, sobre uma aplicação mais profunda do referido contexto ao âmbito Penal.

Lyndson Alves e Antônio Jorge Júnior destacam que:

Sucedem que o legislador penal, em diversos dispositivos, deixou de observar o princípio da proporcionalidade, tendo por consequência a ausência de ajuste entre as sanções penais e a relevância dos bens jurídicos. Nesse sentido, destaca-se o caráter demasiadamente patrimonialista do Código Penal Brasileiro, na medida em que previu, não raras vezes, uma maior tutela ao bem jurídico patrimônio, em detrimento dos bens jurídicos

concernentes à vida e à liberdade individual. (ALVES; JORGE JÚNIOR, 2022, s/p)

Nesse teor, tem-se a desproporcionalidade por parte do próprio legislador, em que pese não se realize, em um primeiro momento, uma análise histórica acerca dos motivos que ensejaram essa disparidade no quantum de pena a ser fixado aos referidos delitos, a fim de se aferir um sentimento integral de proteção.

Miguel Reale Júnior destaca acerca do referido contexto que:

Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade e ao princípio da ofensividade. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei. (REALE JÚNIOR, 2020, p. 21)

Destaca-se o fato de que a ação do legislador se encontra sujeita à aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando-o como pauta de conduta, de forma a proibir excessos que vinculem o legislador e o aplicador da lei. Aliado a isso, considerando o fato de que a própria Constituição Federal, em seu art. 3º retrata a ideia de sociedade justa, devendo-se alcançar uma justiça social, além de exigir-se leis justas, que restrinjam direitos apenas em caso de necessidade, sendo adequadas e razoáveis (REALE JÚNIOR, 2020).

Guilherme de Souza Nucci (2022) indica que o legislador pátrio, por vezes, comete vários deslizos no cenário da proporcionalidade, cominando penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos, o que retrata essa desproporcionalidade.

Alberto Silva Franco (2000) igualmente concebe com relação ao referido princípio que o mesmo acaba, dentro desse contexto de criação das leis penais, possuindo dois destinatários, sendo o primeiro deles o poder legislativo, que no processo legislativo deve prever penas proporcionais à gravidade do delito, e como

segundo destinatário o juiz, que deve ficar penas proporcionais à concreta gravidade do delito.

Ao se debruçar sobre o tema, André Copetti (2000) ressalta que a imposição de sanções criminais como forma de controle dos poderes estatais deve ter como prisma de análise a proporcionalidade da pena.

Rogério Sanches Cunha (2016) refere que no Iluminismo, por meio da obra de Cesare Beccaria, despertou-se uma maior atenção a uma proporcionalidade com relação à resposta estatal, de forma a buscar adequação à gravidade do fato praticado.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes elenca que:

No direito penal brasileiro é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo. (GOMES, 2003, p. 167)

Pode se considerar que, no momento da indicação da pena a ser aplicada ao delito, não se analisa por si só a gravidade do delito, fazendo com que subsistam penas díspares, configurando-se um desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

André Copetti, discorre sobre o tema elucidando que:

Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos excluir que a primeira deva ser adequada ao segundo em alguma medida. O controle do *quantum* da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério da proporção, pressupõe, necessariamente o acertamento do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação. (COPETTI, 2000, p. 133)

No que se refere à pena que a lei auferir a cada tipo penal criado, há uma clara individualização legal que tem por base a ideia do legislador quando da criação do delito, pautando-se por análise da sociedade e do *quantum* de reprimenda que tal ação deve possuir.

Nota-se, na visão de Carmen Silvia de Moraes Barros:

Num direito penal que tem por função limitar a violência punitiva, o princípio da proporcionalidade implica a necessidade de adotar-se alguma forma de adequação entre pena e fato desde a cominação penal, permitindo a graduação da pena em razão do fato praticado. A proporcionalidade entre pena e crime constitui um limite à individualização legislativa. (BARROS, 2001, p. 113)

Cabe ao princípio da proporcionalidade adequar pena cominada e fato delitivo, a fim de se permitir a graduação da pena com relação ao fato delitivo praticado.

Rogério Sanches Cunha (2016) elenca a existência de uma proporcionalidade no plano abstrato, consubstanciada quando o legislador, ao tornar típico determinado fato, verifica liame entre conduta e suas consequências, estabelecendo reprimenda em patamar adequado, bem como atender integralmente as finalidades da pena.

Leonardo Sica (2002) igualmente elenca que o princípio da proporcionalidade abstrata e concreta preceitua que, de maneira abstrata, apenas as violações graves aos direitos humanos possam ser objeto de pena, a qual deve ser proporcional ao dano social ocasionado por sua violação.

#### 4.2 A PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO CRIMINAL

Sucessivo ao processo de criação da lei penal, surge o processo em si, que nada mais é do que, envolto pelo Direito Penal e Processual Penal, trazer a análise do caso concreto, a fim de verificar o fato delitivo e analisar o preceito primário e secundário da legislação penal, notadamente, analisar o fato criminoso e sua capitulação legal, assim como definir a pena aplicável no caso concreto.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho destaca que:

Se a imposição de sanção penal precisa ser fundamentada e qualquer causa que afaste a apenação mínima carece de estar provada e igualmente fundamentada, por força do art. 59 do Código Penal, forçoso concluir que também qualquer medida processual que constrinja além do extremamente necessário, se não for devidamente justificada, deve ser evitada. (CARVALHO, 2014, p. 36)

Sucintamente, traz-se os balizadores da aplicação da pena, considerando que junto às circunstâncias judiciais, a pena não ficará abaixo e nem acima do preceito secundário entabulado ao tipo penal.

No tocante à individualização judicial indica Carmen Silvia de Moraes Barros:

A individualização judicial da pena vem limitada pelo princípio da legalidade e pelo princípio da culpabilidade. O princípio da legalidade vincula o juiz à lei quanto à tipicidade do fato e o *quantum* da pena, enquanto o princípio da culpabilidade vincula o juiz a determinar a pena de acordo com a culpabilidade individualizada. Dessa forma a aplicação da pena será justificada se se conseguir harmonizar a sua necessidade com a devida proporcionalidade e a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem que garantir. (BARROS, 2001, p. 116-117)

Acerca da individualização judicial é preponderante a análise dos princípios da legalidade e da culpabilidade, para, a partir de tal análise, se perpassar pelos balizadores e chegar-se a uma pena determinada.

Dentro desse contexto da individualização, notadamente se torna necessário e mais profícua a análise quando se verifica a própria dosimetria da pena, ao se analisar o princípio da proporcionalidade dentro desses contextos.

Importa elencar que o objetivo principal não é analisar tipo a tipo penal e se contrapor a outros delitos tipificados de maneira mais recente, considerando que seria uma ação sem sentido, por desconsiderar contextos históricos que fizeram com que na época da tipificação legal, o bem jurídico tutelado merecesse tal atenção, pautando-se, dentro do contexto criminal, a análise acerca da dosimetria e a proporcionalidade inserida no referido bojo.

### 4.2.1 Circunstâncias judiciais

Dentro da referida individualização, se inicia a verificação no bojo da primeira fase da dosimetria da pena, que serve para se alcançar a pena-base. Em tal, o ponto inicial de análise repousa no art. 59 do Código Penal, o qual define que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940)

As circunstâncias judiciais acima elencadas acabam por balizar a análise do julgador no caso concreto, de forma a buscar a individualização das características ao infrator e ao contexto da prática do delito, a fim de se chegar, quando da análise concreta, à determinação da pena-base. Busca-se com as referidas diretrizes reprovar e prevenir o delito estabelecendo a pena, quantidade de pena, regime inicial de cumprimento e possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie cabível.

Acerca do presente ponto Cezar Roberto Bitencourt estabelece que:

As circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena. Os elementos constantes no art. 59 do CP são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas 'circunstâncias do crime', mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. (BITENCOURT, 2015, p. 298)

Cabe ao legislador uma interpretação acerca das referidas circunstâncias judiciais, fazendo com que os mesmos sejam identificados e mensurados no caso concreto, constituindo-se os mesmos como critérios limitadores da discricionariedade judicial.

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2012) em sua obra elucidam que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal visam estabelecer que tanto a reprovação quanto a prevenção do delito verifiquem-se como suficientes e necessárias no caso concreto, a fim de que, ao analisar os referidos elementos que acabam por reproduzir a biografia moral do condenado e as particularidades do delito, se escolha a sanção cabível de acordo com o que se demonstre necessário e suficiente para atingir os fins da pena.

Ao se debruçar sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade com relação às circunstâncias judiciais, impera verificar o entendimento jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual prevê:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. 1ª FASE. CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO. A inexistência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena-base (em decorrência das circunstâncias judiciais negativas) confere aos magistrados certa margem de escolha da fração mais adequada às particularidades do caso concreto, desde que observado o livre convencimento motivado. O Superior Tribunal de Justiça, em face da ausência de previsão expressa do Código Penal, orientando quanto ao critério de elevação da pena-base a ser empregado, sugere duas possibilidades: utilização das frações de 1/6 sobre a pena mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima. Ainda, reconhece a possibilidade é possível que o magistrado, com base no caso concreto, fundamente a necessidade/proporcionalidade da exasperação em patamar superior ou inferior. É dizer: aos magistrados é reconhecida margem de escolha na adoção do critério de exasperação da pena-base, devendo o controle objetivo da proporcionalidade e adequação da decisão ser feita caso a caso, em atenção às circunstâncias particulares do caso concreto. Trata-se de assegurar a incidência do princípio constitucional da individualização das penas. Na espécie, o acusado é multirreincidente, possuindo contra si seis sentenças definitivas pela prática de delitos patrimoniais, as quais datam de 2009, 2012, 2011, 2013, 2017 e 2022. É dizer: desde 2009 o acusado se vê envolvido com a prática de ilícitos, situação que deve pesar em seu desfavor. Assim, apesar de não haver obrigatoriedade na adoção da fração de 1/6, a exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão - operada na origem e mantida pelo voto minoritário - não se revela adequada ao caso concreto, ferindo o princípio constitucional da individualização da pena. De prevalecer o voto divergente - condutor da maioria. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 52165272720228210001, Quarto Grupo de

Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanessa Gastal de Magalhaes, Julgado em: 22-09-2023) (RIO GRANDE DO SUL, 2023b)

No caso em específico, utilizou-se o princípio da proporcionalidade no sentido de ser conferida ao julgador margem de discricionariedade, tendo como patamares a proporcionalidade e a adequada decisão a ser feita no caso concreto, verificando-se as circunstâncias particulares.

Vê-se que, em que pese não subsista previsão legal ao princípio da proporcionalidade na questão atinente à dosimetria da pena, sua aplicação decorre da discricionariedade que é dada ao julgador, atuando de modo a balizar o entendimento do mesmo baseando-se no caso concreto e no contexto principiológico e legal em que se encontra inserido.

#### **4.2.2 Circunstâncias agravantes e atenuantes**

Passada a primeira fase da dosimetria, notadamente a fixação da pena-base, se inicia a segunda fase, que visa buscar a pena intermediária, analisando no caso em tela as circunstâncias atenuantes e agravantes.

Cleber Masson (2011) elucida que as agravantes e atenuantes genéricas se constituem em circunstâncias legais, com naturezas objetiva e subjetiva que acabam não integrando o tipo penal, mas que tem aplicação no mesmo a fim de aumentar ou diminuir a pena.

De uma maneira legalmente expressa, traduzem-se como circunstâncias agravantes, legalmente inseridas no bojo do direito penal, as previstas junto ao art. 61:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada. (BRASIL, 1940)

Igualmente, o art. 62 do Código Penal disciplina acerca de outras agravantes positivadas:

- Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
  - II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
  - III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
  - IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (BRASIL, 1940)

Depreende-se, nesse contexto, que o art. 61 do Código Penal trata de agravantes que somente são caracterizadas de tal forma se não constarem no tipo penal como qualificadoras do delito, ou seja, se as disposições previstas no art. 61 constarem como qualificadora em determinado tipo penal, não haverá sua incidência como agravante.

Em contrapartida, depreende do art. 62 do Código Penal que as situações nele constantes fazem com que a pena seja agravada pelo simples implemento da referida condição, fazendo com que seja agravada a pena cominada ao delito.

A fim de corroborar e melhor elucidar tal ponto, Cleber Masson (2011) destaca que as agravantes acima destacadas se constituem em um rol taxativo, à medida que não admitem interpretação analógica desfavorável ao réu.

Em sentido contrário, tem-se, com relação às atenuantes as previstas junto aos art. 65 e 66 do Código Penal. Vê-se, com relação ao primeiro:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (BRASIL, 1940)

Ainda, elenca o art. 66 do Código Penal que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 1940)

Nesse contexto, tem-se junto ao art. 65 a indicação das atenuantes, as quais, como prevê o próprio *caput* sempre atenuarão a pena, restando de maneira objetivamente prevista, enquanto a do art. 62 afixa uma subjetividade na análise e concessão.

André Estefam (2020) elucida que na segunda fase da dosimetria da pena as referências são circunstâncias legais, uma vez que o juiz possui menor autonomia, seguindo os ditames do que a lei elucida, seja para agravar, seja para atenuar a pena.

Cleber Masson (2011) destaca que as atenuantes genéricas compõem um rol exemplificativo, considerando que mesmo que previstas situações atenuantes no bojo do art. 65 do Código Penal, encontra-se inserido junto ao art. 66 do referido texto legal a possibilidade de serem englobadas outras situação não pré-definidas, desde que favoráveis ao réu e relevantes, atuando como fator discricionário que abranda a pena.

Ainda, em se tratando de agravantes e atenuantes, o art. 67 do Código Penal explicita que:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (BRASIL, 1940)

Guilherme de Souza Nucci elenca, acerca do art. 67 do Código Penal, que:

Preceitua o art. 67 do Código Penal que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, considerando-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea. Do mesmo modo, fará sobrepor a atenuante do relevante valor moral à agravante de crime praticado contra enfermo. (NUCCI, 2022, p. 402)

Em tal contexto, havendo a presença, concomitante, de agravantes e atenuantes a pena deve ficar mais próxima do limite que se refere às circunstâncias preponderantes, tendo por base as informações advindas dos motivos do crime, personalidade do agente e questões relativas à reincidência.

Acerca de tais pontos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entende que:

APELAÇÃO-CRIME. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II DO CPC. DOSIMETRIA DA PENA. 2ª FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO VIÁVEL. ACÓRDÃO MODIFICADO. Recente publicação da Resolução nº 134/2022 do CNJ, de 09.09.2022, que instituiu uma nova concepção de jurisdição, baseada no conceito de uniformização de jurisprudência, de modo a garantir que os precedentes sejam respeitados, em seu art. 7º consignando que os Tribunais devem utilizar dos meios que dispõem para a resolução concentrada de questões comuns de direito, para garantia do "acesso à justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material". Revisão do entendimento pessoal da Relatora, passando a aderir ao entendimento do E. STJ, no sentido de que possível a compensação da atenuante da confissão e a agravante da recidiva, inclusive a específica, por serem igualmente preponderantes. Recente formulação, ademais, por aquela Corte Superior, de tese (Tema 585) no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante

da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (grifei). Caso em que, embora o réu seja multirreincidente (4x), no ato sentencial (o que mantido no julgamento do apelo), na 2ª fase do processo dosimétrico, foi valorada uma única condenação caracterizadora da recidiva, as demais sendo sopesadas na pena-base. Por outro lado, o inculcado admitiu lisamente a prática dos fatos descritos na denúncia, quando de seu interrogatório policial. Especificidades do caso concreto que permitem a compensação. Basilar fixada 1 ano e 2 meses de reclusão, restando assim definitivada, compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, ACÓRDÃO PARCIALMENTE MODIFICADO. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA. COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DEFINITIVA IMPOSTA AO RÉU REDUZIDA PARA 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO. DEMAIS DISPOSIÇÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDAS.(Apelação Criminal, Nº 50024653920178210001, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 14-12-2022) (RIO GRANDE DO SUL, 2022c)

Verifica-se, no caso concreto, a aplicação do princípio da proporcionalidade no que se relaciona às agravantes e atenuantes, de maneira a ser primeiro verificada a agravante e/ou atenuante, para depois em se analisando e se contrapondo ambas, mediante a aplicação do art. 67 do Código Penal e da proporcionalidade, definir-se a pena intermediária.

#### **4.2.3 Causas de aumento e diminuição de pena**

A última fase da dosimetria da pena marca a verificação das causas que aumentam ou diminuem a pena. Neste caso em específico, não se analisa um artigo de lei em específico, mas sim se verifica contexto no âmbito de estar previsto em determinado delito alguma das referidas causas, sendo desnecessário se elencar tais pontos.

Cleber Masson define as causas de aumento e diminuição de pena como:

São circunstâncias obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal, e também na legislação especial, em quantidade fixa ou variável. Incidem

sobre o montante resultante da segunda-fase de aplicação da pena (agravantes e atenuantes genéricas), e não sobre a pena-base.

Ao contrário das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes genéricas, podem levar a pena acima do máximo legal, ou trazê-la abaixo do mínimo abstratamente cominado, uma vez que o legislador aponta os limites de aumento elou de diminuição. Exemplificativamente, o preceito secundário do crime de furto simples prevê, no tocante à pena privativa de liberdade, reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Se o magistrado aplicar a pena-base no mínimo legal, mantendo-se essa reprimenda na segunda fase, e presente a figura da tentativa, causa geral e obrigatória de diminuição da pena, deverá reduzi-la ao menos no patamar mínimo (CP, art. 14, parágrafo único = 1/3), sendo que a pena final será de 8 (oito) meses, muito abaixo do piso legalmente previsto. (MASSON, 2011, p. 663)

Diferentemente das outras fases, onde se fixa a pena-base e a pena intermediária, quando se trata das causas de aumento e diminuição de pena não se está adstrito a limites mínimo e máximo da pena originariamente estipulada no tipo penal, podendo a pena definitiva restar abaixo do mínimo legal, situação não permitida nas outras fases.

Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, destacam com relação às referidas causas que aumentam ou diminuem a pena que:

As causas de aumento ou de diminuição de pena, também chamadas de majorantes ou minorantes, são fatores de elevação ou de redução, a serem também observados no cálculo da pena definitiva, em quantidade fixa (v.g., 'o dobro', 'a metade' etc.) ou em patamar variável (v.g., 'de um a dois terços' etc.). No Código, elas estão presentes tanto na Parte Geral (arts. 14, II, 16, 24, § 2º, 26, parágrafo único, 28, II, § 2º; 70, 71) como na Parte Especial (arts. 121, §§ 1º e 4º, 129, §§ 4º e 7º, 155, § 2º, 157, § 2º; 226, 234-A etc.). Podem, ainda, estar previstas na legislação especial, como ocorre, v.g., com o art. 9º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) ou com a colaboração premiada (art. 4º, da Lei nº 12.850/2013)

Vê-se, assim, que diferentemente do que ocorre com as circunstâncias judiciais e com as agravantes e atenuantes, para as causas de aumento ou de diminuição o legislador prevê a respectiva quantidade de majoração ou minoração punitiva. Outra dessemelhança entre elas é que para as causas de aumento e diminuição a pena aplicada pode ultrapassar, respectivamente, o limite máximo e mínimo cominado para o delito, o que não se verifica com as circunstâncias acima indicadas. Nesse sentido, a Súmula 231 do STJ: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.(GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 373).

De uma maneira clara já há previsto legalmente as referidas causas que aumentam ou diminuem a pena, com patamares já determinados, de forma a se utilizar menos a proporcionalidade nesse caso em questão, mas não a retirando por completo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul destaca que:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção constantes dos autos revelam a existência material e a autoria do delito de roubo duplamente majorado narrado na incoativa. Reconhecimento fotográfico do réu na fase policial ratificado em juízo. Eventual inobservância às recomendações do artigo 226 do CPP que não se presta para acarretar nulidade do ato e imprestabilidade da prova. Pretensão absolutória desacolhida. MAJORANTES. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MANUTENÇÃO. Praticado o delito de roubo em comunhão de esforços e conjugação de vontades entre o acusado e indivíduo não identificado, mediante o emprego de arma de fogo, inafastável a incidência das causas exasperantes previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Estatuto Repressivo. DOSIMETRIA. PRIVATIVA DE LIBERDADE ARREFECIDA. Redução do quantum de aumento pelas causas majorantes na terceira fase para 3/8, porque mais proporcional e adequada ao caso concreto, resultando as corporais definitivas em 09 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão. PENA DE MULTA REDIMENSIONADA. AFASTAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO MÍNIMA EM FAVOR DA VÍTIMA REDUZIDA. MATÉRIA PREQUESTIONADA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 50009186320158210023, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 29-06-2022) (RIO GRANDE DO SUL, 2022b)

Nesse contexto, considera-se a aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de determinar as bases para diminuir a incidência percentual de aumento de pena, pela indicação de que tal ação se consubstanciaria em situação mais proporcional.

Carmem Silvia de Moraes Barros elucida, ao final que:

Individualizada a pena, o agente deve ver nela a exata medida de sua culpabilidade.

Se um comportamento humano dá motivo à reação do Estado através da pena, essa reação deve ser proporcional, atentando-se à gravidade e duração da pena imposta.

O princípio da proporcionalidade deve reger a reação estatal, coibindo o excesso, proporcionando correspondência entre ação e reação, delito e pena, custo e benefício. (BARROS, 2001, p. 120)

Nesse prisma, há que se salientar que passadas as três fases se chegaria a pena definitiva e, nesse modo, a mesma deveria demonstrar a culpabilidade, a qual estaria vinculada a uma aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de que não se exista um excesso, mas sim uma correlação entre ação e reação, entre delito praticado e pena imposta.

#### 4.3 A PROPORCIONALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Com a pena definitiva obtida, após perpassar pela dosimetria da pena, chega-se à fase de Execução Penal. E, dentro desse bojo, igualmente se insere o princípio da proporcionalidade.

Carmem Silvia de Moraes Barros elenca acerca do princípio da proporcionalidade na Execução Penal, que:

Dessa maneira, a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso. Para tanto, utiliza o sistema de classificação que servirá para agrupar pessoas e oferecer-lhes as medidas adequadas. Através do exame de classificação promove-se a necessária adaptação da pena à pessoa individualmente considerada e efetiva-se a garantia de proporcionar ao preso, durante o cumprimento da pena, o livre desenvolvimento de sua personalidade. (BARROS, 2001, p. 139)

Inicialmente é realizada avaliação e classificação do preso, de maneira individual, a fim de garantir a adequação da pena imposta às características da própria pessoa.

Norberto Avena (2019) elucida que o princípio da proporcionalidade encontra respaldo no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, a qual reflete a individualização da pena.

Marcus Alan de Melo Gomes (2008) ao se referir ao tema, elucida que na Execução Penal prevalece o entendimento de pena no fito de prevenção especial, considerando que o fato delitivo já se encontra praticado e o agente individualizado.

Elucida ainda Marcus Alan de Melo Gomes (2008) que a finalidade da intervenção penal é a prevenção de delitos, voltada para indivíduo certo, o que violou a regra protegida, e ao qual deve ser oportunizada possibilidades de se reagrupar à sociedade em condições de não voltar a delinquir.

Conforme reflete Norberto Avena (2019) o entendimento jurisprudencial é o de que impor regime fechado a réus que estejam condenados a penas ínfimas, primários e com bons antecedentes acaba por colidir com o texto constitucional e com a própria evolução do Direito Penal, considerando que o princípio da proporcionalidade se constitui em corolário da busca do justo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar a aplicação prática do princípio da proporcionalidade com relação à Execução Penal entende que:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. LIMITAÇÕES DE SAÚDE DO APENADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRD POR LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA. MANUTENÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ROL DO ART. 43, DO CP. I - É vedado ao Juízo da Execução alterar a pena restritiva de direitos estabelecida em sentença condenatória transitada em julgado, podendo apenas modificar sua forma de cumprimento. No entanto, em casos de extrema excepcionalidade, em que as peculiaridades fáticas justifiquem a adoção da medida, entende-se possível referida substituição, em observância aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. II - Comprovada a excepcionalidade do caso concreto, possível a substituição da pena de prestação de serviços comunitários por limitação de final de semana, tal como procedeu o magistrado na origem, observando o disposto no art. 43, do CP. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal, Nº 51191888620238217000, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 29-06-2023) (RIO GRANDE DO SUL, 2023a)

Um exemplo de decisão em que se utilizou como critério a proporcionalidade é a situação acima evidenciada, onde, por mais que contrária à atuação do magistrado, acabou por modificar a pena restritiva de direitos considerando a

situação do caso concreto que ensejava uma pena proporcional à saúde do reeducando.

Renato Marcão (2017) exemplifica outra utilização do princípio da proporcionalidade no bojo da Execução Penal no caso de, em sendo reconhecida a prática de uma falta grave, com a indicação de sanção a ser aplicada, cabe ao juiz quantificar a revogação dos dias remidos em até 1/3, valendo-se da proporcionalidade para definir se revogará o período mínimo (1 dia) ou o máximo permitido (1/3 dos dias remidos).

Outra jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, elucida acerca do referido princípio aplicado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. DESCARREGAMENTO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. FALTA GRAVE RECONHECIDA, SEM APLICAÇÃO DE CONSECUTÓRIOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SANÇÃO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVA QUE SE REVELA SUFICIENTE, NO CASO CONCRETO. Embora evidenciado o cometimento de falta grave, consubstanciada no descarregamento da bateria da tornozeleira eletrônica, o apenado passou apenas um dia como se foragido estivesse. Conduta que não causou maiores reflexos no cumprimento da pena. Circunstâncias fáticas que não autorizam, à luz do princípio da proporcionalidade, a aplicação dos consecutórios legais da falta grave, sendo suficiente a sanção administrativa já aplicada, de 28 (vinte e oito) dias de isolamento e rebaixamento da conduta carcerária para péssima. AGRAVO DESPROVIDO.(Agravado de Execução Penal, Nº 51271449020228217000, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luciano Andre Losekann, Julgado em: 07-12-2022) (RIO GRANDE DO SUL, 2022a)

Prevaleceu, no caso em tela, o entendimento de que, por mais que descarregamento de tornozeleira eletrônica se constitui-se em uma falta grave, vê-se que o fato de no caso concreto restar demonstrado não terem ocorrido reflexos no cumprimento da pena, viável a aplicação da sanção administrativa e a modificação da conduta carcerária para péssima, sem, contudo, alterar a pena-base ou ocorrer uma regressão de regime.

Demonstrando, ainda, a aplicação prática do princípio da proporcionalidade no bojo da Execução Penal, elenca Renato Marcão (2017) que a regressão de regime, se constituindo em medida mais gravosa dentro das de possível aplicação no caso concreto, deve ser aplicada no caso de transgressão realmente grave, a fim

de se atender ao princípio em voga, assim como elucida que, em sendo admitida a regressão de regime prisional, sua aplicação estaria condicionada a uma proporcionalidade entre a falta cometida e uma adequada resposta judicial àquela falta grave cometida.

Assim, evidencia-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, inicialmente junto ao legislador penal, posteriormente na atuação junto ao julgador no contexto de um processo criminal, para, no fim, verificar sua atuação junto ao processo de execução penal, ou seja, desde a criação do tipo, até o cumprimento da sentença.

Demonstra-se, assim, a importância do referido princípio ao contexto penal, bem como sua limitação em algumas situações, em se considerando não haver margem de discricionária que permitisse uma atuação proporcional, sem que se retire a importância e aplicação em todo o contexto legal e prático.

## 5 CONCLUSÃO

Realizada a pesquisa acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito penal, se pôde analisar desde a criação da lei, precipuamente a lei penal, até sua inserção dentro do processo criminal, e no âmbito da Execução Penal, realizando-se uma análise detalhada acerca da incidência prática do referido princípio em cada um dos momentos.

Em que pese subsistam diferenças na concepção acerca do nascimento do referido princípio, não se verifica um conflito dentro da doutrina acerca da aplicação e alcance do referido princípio, somente uma análise diferenciada a depender dos ensinamentos repassados pela doutrina constitucional ou penal.

Restou delineada a caracterização do referido princípio, à medida que se elucidou a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, na busca por se verificar uma correspondência entre meios e objetivos, aliado à necessidade dos mesmos, sempre na busca por ser a medida exercida adequada e necessária no caso concreto.

Ao se debruçar sobre o processo legislativo, detalhou-se todos os passos principais do mesmo, a fim de se desvendar como a norma é criada e incorporada à legislação, além de se analisar o modo como o princípio da proporcionalidade encontra-se aplicado dentro desse contexto.

É claro e notório que os fatos que ocasionam a criação de uma norma que vai perpassar pelo processo legislativo, por serem mais palpáveis e com uma visão acerca de aplicação principiológica, tendem a, de plano, buscar uma adequada correspondência entre o tipo penal e a sanção a ser aplicada, com o viés social acerca do bem jurídico tutelado e sua importância no momento da criação da lei.

No entanto, em se considerando que a principal norma penal que define a maioria dos delitos e suas penas, assim como retrata em sua parte geral fundamentos que são levados em conta ao próprio processo penal e o processo criminal em si, com reflexos inclusive na execução da pena, ser um código considerado envelhecido, mormente porque criado em 1940, em que pese alterações legislativas que modificaram e inovaram o texto original, mais complicada a análise da incidência do princípio da proporcionalidade ao tipo penal.

Vê-se, no caso concreto, que os delitos acabam sendo criados considerando o temor social da época de sua criação, ou seja, atendem aos anseios populares e legislativos que buscam uma reprimenda maior a determinados fatos que, para a sociedade naquele determinado momento, se demonstravam como de maior necessidade de proteção.

Porém, nota-se, de maneira diversa, que em se considerando subsistir crimes datados desde 1940, cabe principalmente ao julgador, na ausência de determinadas previsões legais, atentar-se à gama principiológica no caso concreto, realizando uma interpretação legal, à luz de um contexto social recente, no qual se encontra vinculada uma necessária correspondência entre a ação e a pena aplicada a quem cometeu o referido ato ilícito.

Aduz-se que no âmbito do processo criminal, na fase da dosimetria da pena, é levado em conta não a lei em seu sentido puro, mas sim a que traz consigo os princípios que norteiam o direito penal e que, muitas vezes, elucidam a forma como o texto positivado deve ser aplicado.

Muitas vezes o texto legal garante uma margem de discricionariedade, e é sobre ela que se deve aplicar a proporcionalidade.

Não cabe, sem uma mudança legislativa, buscar aplicar o princípio da proporcionalidade sobre fatos em que não haja a previsão para tal atuação, sob pena de se incorrer em um judiciário que acabe atuando como legislativo, prevendo situações e gerando modificações em matérias penais, sem que isso lhes seja possível.

Claro e notório o entendimento e a discussão acerca de tipos penais que hoje não são considerados relevantes e que possuem uma sanção penal mais dura, em contrapartida a situações cotidianas, que nos assolam e nos causam temor, mas que possuem uma reprimenda que, em nossa visão, é inadequada ao caso concreto.

Porém, como se elencou, tal fato guarda correspondência ao contexto social da época, em que certos bens jurídicos possuíam uma maior tutela, considerando o grau de relevância da época. Diz-se isso, considerando que em tais contextos certas figuras delitivas eram consideradas crimes e hoje nem mesmo contravenção se tornaram, deixando de figurar do contexto do Código Penal, ou sendo o próprio delito abolido do mesmo.

Fato notório é o de que uma simples modificação e alteração de tipos penais e sanções por si só não modificariam o *status quo*, considerando que, para nosso contexto social atual seriam figuras que guardariam correspondência à uma atuação proporcional, o que poderia ser algo totalmente diverso daqui uma década ou duas.

Não há como se pensar em um tipo penal, que busca a defesa de certo bem jurídico que ao passar de diversas décadas ainda será considerado com pena adequada, pois a depender do contexto da época pode ser considerada uma pena dura ou branda, a depender do grau de proteção a ser dado ao bem jurídico na referida época.

O que se vislumbra como necessário é a incorporação do princípio da proporcionalidade ao texto legal, e um aumento da margem de discricionariedade ao julgador, a fim de buscar compatibilizar o delito e sua pena ao contexto social em que o tipo penal e a sanção penal serão aplicados ao infrator.

A simples crítica ao Código Penal atual se torna vazia, pois acabaria sendo deixado de lado o aspecto social e cultural da época em que a norma foi criada e a preocupação social com os delitos com repressão mais necessária dentro daquele contexto.

Deve-se, pois, reconhecer, incorporar e aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de que o fim da norma, que é a tutela do bem jurídico e a punição ao delito, seja proporcional à gravidade do delito cometido, o que muitas vezes não se verifica no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Teoria & Direito Público. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Lyndson. JORGE JÚNIOR, Antônio. **Crimes contra o patrimônio e princípio da proporcionalidade no Código Penal**. Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-contra-o-patrimonio-e-principio-da-proporcionalidade-no-cp/>>. Acesso em 01 set. 2022.

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo: jogo parlamentar: fluxo de poder e idéias no congresso: exemplos e momentos comentados**. São Paulo: Atlas, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559642526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642526/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOBERG, José Lázaro. **Lei Ordinária & seu Processo Legislativo**. – 1.ed., 2002, 4.reimpr. – Curitiba: Juruá, 2008

BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade**: (Doutrina e Jurisprudência), São Paulo: RCS Editora, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 12 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNAÚBA, Aline Soares Lucena. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 978-85-309-5107-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5107-8/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

LENZA, Pedro. Esquematizado - **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621596. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621596/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620575/>. Acesso em: 05 mar. 2023.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado** - Parte geral. vol. 1 – 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. (Série IDP). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 12 fev. 2023.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993993. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/>. Acesso em: 07 jan. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5496-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/>. Acesso em: 08 jan. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18. ed. rev., atual. e ampl.

Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502627611. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627611/>. Acesso em: 08 jan. 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2022a). (Terceira Câmara Criminal). **Agravo de Execução Penal nº 51271449020228217000**. Agravo em execução. Insurgência ministerial. Descarregamento da tornozeleira eletrônica. Falta grave reconhecida, sem aplicação de consectários. Princípio da proporcionalidade. Sanção disciplinar administrativa que se revela suficiente, no caso concreto. Relator: Luciano Andre Losekann, Julgado em: 07-12-2022. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=51271449020228217000&codComarca=700>>. Acesso em: 04 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2022b) (Oitava Câmara Criminal) **Apelação Criminal nº 50009186320158210023**. Apelação crime. Crimes contra o patrimônio. Roubo duplamente majorado. Materialidade e autoria demonstradas. Condenação mantida. Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 29-06-2022. Disponível em: < <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50009186320158210023&codComarca=23>>. Acesso em 04 ago. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2022c) (Oitava Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 50024653920178210001**. Apelação-crime. Juízo de retratação. art. 1.040, II do CPC. Dosimetria da pena. 2ª fase. Agravante da reincidência. Atenuante da confissão espontânea. Compensação viável. Acórdão modificado. Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 14-12-2022. Disponível em: < <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50024653920178210001&codComarca=1>>. Acesso em 04 ago. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2023a) (Quarta Câmara Criminal). **Agravo de Execução Penal nº 51191888620238217000**. Agravo em execução. Pena restritiva de direitos. Substituição da pena de prestação de serviços à comunidade. Possibilidade. Excepcionalidade do caso. Limitações de saúde do apenado. Substituição da PRD por limitação de final de semana. Manutenção. Observância do rol do art. 43, do CP. Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 29-06-2023. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta->

processual/processo/resumo?numeroProcesso=51191888620238217000&codComarca=700>. Acesso em: 04 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2023b). (Quarto Grupo de Câmaras Criminais). **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 52165272720228210001**. Embargos infringentes. apelação criminal. sentença condenatória. dosimetria da pena. 1ª fase. critério de exasperação. Relator: Vanessa Gastal de Magalhaes, Julgado em: 22-09-2023. Disponível em:< <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=52165272720228210001&codComarca=1>>. Acesso em: 05 out. 2023

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**.3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRACHICINI, Douglas Lingiard. **Finalidades da pena sob a perspectiva sistêmica**: níveis de eficiência e eficácia e possibilidade de evolução. N. 31, v. 1 – Jan./Jun. 2021. Maringá: Faculdade Maringá, 2021. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/136/136> >. Acesso em 02 ago. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 26 jan. 2023.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599978. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599978/>. Acesso em: 26 jan. 2023.