



Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros - Dr. Márcio Gaspar Barandier

Referência: Indicação nº 001/2019, de autoria do Ilustre Consócio e Presidente dessa Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, Márcio Gaspar Barandier, que trata da análise do Anteprojeto de Lei do Governo Federal, mais especificamente do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual propõe alterações na legislação penal e apresenta medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Este parecer analisa o item VII do referido Anteprojeto de Lei, que trata das “Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo”.

Ementa: Alteração Legislativa. Lei nº 10.826/2003 (armas). Aumento de pena. Critério objetivo. Registros Criminais Pretéritos. Impossibilidade. Presunção de culpa. Dupla valoração de mesmo critério. Alteração do texto Constitucional via legislação ordinária

1. Objeto de análise

O tema proposto sob análise é o item VII da proposta de alteração da legislação penal, proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, especificamente da Lei nº 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição e sobre o Sistema Nacional de Armas. O referido item VII da proposta vem assim redigido:

VII) Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo:

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se:

- I – forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou
- II – o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado. (NR)

Como se percebe, a proposta de nova redação está contida apenas no inciso II, pois a redação do artigo 20 em vigor prevê o aumento de pena contido no inciso I. A análise, portanto, está circunscrita à possibilidade do aumento de pena ocorrer se o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

Preliminarmente urge salientar a interpretação que faço do dispositivo proposto (inciso II, do artigo 20, da Lei nº 10.826/2003), pois, ao que parece, e é nesse sentido que o parecer é emitido, a expressão “registros criminais pretéritos” quer significar, tão só, aquelas condenações criminais transitadas em julgado ou aquelas proferidas por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado. Este primeiro esforço interpretativo é necessário, porquanto devemos excluir, de imediato, a possibilidade de qualquer tipo de exegese que venha identificar a expressão “registros criminais pretéritos” como antecedentes criminais, tais como os registros de “boletins de ocorrência” ou os registros de “maus antecedentes criminais”. Ademais, devem ser excluídos do significado de “registros criminais pretéritos”, as ações penais fulminadas por qualquer causa de extinção de punibilidade e, mais ainda, aquelas condenações ultimadas há mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (artigo 64, inciso I, do Código Penal), isto porque, conforme orientação do STF no julgamento do Habeas Corpus nº 162.305, a condenação anterior não pode ser considerada como maus antecedentes caso tenha passado cinco anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime.

2. Formulação do problema

O problema que se apresenta é: a proposta de alteração da Lei nº 10.826/2003, formulada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, de incluir, como critério objetivo de aumento de pena àqueles condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 14 a 18 da Lei nº 10.826/2003, os registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, é adequada, proporcional e legítima?

3. Análise do questionamento apresentado

Para analisar qualquer proposta de alteração legislativa é preciso, minimamente, entender a finalidade que se propõe com a mudança e, logo, é preciso ler, com lupa, a justificativa apresentada pelo proponente da alteração. Destaque-se, contudo, que o já referido “anteprojeto” de lei ainda não possui uma “exposição de motivos” ou “justificativa” para que a comunidade pudesse analisar os critérios e pressupostos contidos nas alterações apresentadas. Tais justificativas seriam relevantes para entender o marco inicial da proposta (diagnóstico) e os objetivos almejados, justamente para poder, minimamente, compreender seus propósitos.

3.1. Sobre o aumento da repressão para conter ou diminuir a violência e a criminalidade

No caso em análise, conforme se pode perceber tanto pelas notícias divulgadas pelos meios de comunicação, como pelos discursos protagonizados pelo Ministro da Justiça, a quem coube a divulgação pública do anteprojeto, justamente porque não há exposição de motivos da lei, dão conta de que àquele lhe parece adequada a adoção de tais medidas para melhorar o nível da qualidade da segurança pública no Brasil e, para tanto, propõe alterar diversos dispositivos legais de natureza penal, processual penal e de execução penal. Assim, analisando conjuntamente esse aparente propósito (melhorar a qualidade da segurança pública) com a proposta de alteração do artigo 20, da Lei nº 10.826/2003 (inclusão de causa de aumento de pena) percebe-se que o mote do anteprojeto é o atendimento daquele propósito por meio do recrudescimento da legislação penal e processual penal. O engano metodológico e o engodo publicitário são enormes. Jamais, e em momento algum, o aumento da repressão penal resolveu o problema da segurança pública, mas, ao contrário, a ode ao punitivismo exacerbado somente agudiza, ainda mais, a seletividade estigmatizante de pessoas pelo sistema de justiça criminal.

3.2. Sobre a impossibilidade de se imputar penas de caráter perpétuo – artigo 5º, inciso XLVII, letra “b” da Constituição Federal/88

Do ponto de vista dogmático a proposta não observa a previsão contida no artigo 5º, inciso XLVII, letra “b” da Constituição Federal de 1988, segundo o qual há proibição de cominação de penas com caráter perpétuo. Perceba que a alteração proposta impõe o aumento de pena àquele que “possuir registros criminais pretéritos”, independentemente do tempo que

este evento tivesse ocorrido, isto é, sopesar “registros criminais pretéritos” indefinidamente, *ad perpetuum*, é violar a regra constitucional que impede a aplicação de penas de caráter perpétuo e impor ao condenado algo além da perda da própria liberdade.

Para evitar este vício de constitucionalidade, poder-se-ia argumentar que um pequeno ajuste resolveria a questão, pois bastaria aditar ao novel inciso a expressão “ressalvado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal”, isto é, somente os registros dos últimos 5 anos seriam computados para eventual aumento de pena. Contudo isto também não resolveria a situação, justamente porque há outras violações de ordem constitucional e, desta vez, incontornáveis.

3.3. Ofensa ao princípio do *ne bis in idem*: impossibilidade

O princípio do *ne bis in idem* impede, do ponto de vista processual, o julgamento de pessoas pelos mesmos fatos e, do ponto de vista penal, a aplicação de sanção penal ou a valoração de um mesmo critério, mais de uma vez. Importante esclarecer que este princípio, muito embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, possui conteúdo materialmente constitucional e, conseqüentemente, adquiriu natureza de Direito Fundamental na medida em que o Brasil é signatário de diversos documentos internacionais que tutelam este princípio.

No plano internacional este princípio está contido em diversos documentos de Direitos Humanos, dentre os quais destaco o artigo 8º, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), onde se lê: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O Código Penal brasileiro, pelo menos em dois artigos, impõe a vedação contida neste princípio: no artigo 8º ao dizer que “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas” e no 42 ao dizer que “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Do ponto de vista do Direito Processual Penal, por exemplo, o princípio da vedação do duplo processamento está contido no instituto da coisa julgada, justamente porque ele, ao mesmo tempo que impõe a construção de uma verdade jurídica imutável, também impossibilita a realização de um novo julgamento sobre o mesmo tema.

Assim, na medida em que a nova redação do artigo 20, da Lei nº 10.826/2003, cria uma causa objetiva de aumento de pena relacionada a um fato já julgado, transitado em julgado ou não, a pena estará viciada, pois impregnada com elementos que o próprio condenado já havia sido responsabilizado, isto é, nesta hipótese o fato anterior será valorado duas vezes: no julgamento do primeiro crime e no fato posterior, ao considera-lo como causa de aumento de pena do novo crime.

Percebe-se, pois, a ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

3.4. Causa de aumento de pena por registros criminais pretéritos, independente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: impossibilidade por ofensa ao princípio da presunção da inocência

A análise desse ponto é, provavelmente, o que chama mais atenção no anteprojeto, isto porque ele altera o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹ por meio de legislação ordinária. Como se pode observar o item I do referido anteprojeto trata das “Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”. Neste item I, são várias as alterações propostas, dentre elas destaca-se a nova redação do “Artigo 617-A” do Código de Processo Penal, o qual obriga o Tribunal de Apelação, em caso de condenação, determinar a execução provisória da pena e, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória da pena, isto é, inverte a presunção constitucional de inocência para uma espécie de presunção de culpa e altera o texto constitucional por meio de legislação ordinária.

No caso da alteração da redação do artigo 20, da Lei nº 10.826/2003, a situação se repete, isto porque a proposta legislativa determina, como causa de aumento de pena, “registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou **proferida por órgão**

¹ Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

colegiado” (grifo nosso), isto é, o magistrado no momento de proferir uma sentença condenatória deverá, ao calcular a pena, na terceira fase da dosimetria, verificar se o acusado possui alguma condenação criminal imposta por órgão colegiado, independente se houver recursos pendentes. Caso efetivamente haja uma condenação anterior², o magistrado deverá aumentar a pena desse segundo crime em razão daquele julgamento condenatório por um órgão colegiado. Como se vê, a desnecessidade do atendimento ao disposto constitucional que prevê a culpa somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não respeita a presunção de inocência.

Imaginemos, por exemplo, uma pessoa condenada pelo Tribunal de Apelação, com Recurso Extraordinário pendente e esta mesma pessoa, em um julgamento de outro crime, tem sua pena aumentada, por força do primeiro julgamento por órgão colegiado e tem a sentença transitada em julgado. Imaginemos, ainda, que o Tribunal de Apelação determina a execução provisória da pena privativa de liberdade daquele primeiro crime e no julgamento do Recurso Extraordinário o acusado é absolvido. Como ficará a situação desse indivíduo que teve sua pena aumentada por um crime que, ao final, foi absolvido?

Esta situação hipotética beira o absurdo, mas, infelizmente, representa exatamente uma real possibilidade.

4. A conclusão do parecer

Por todo o exposto, ao que nos parece, este projeto além da pobreza em relação à técnica legislativa, representa a legalização de práticas cotidianas de decisões judiciais criminais e, mais ainda, representa a legitimação da seletividade judicial e se mostra ofensiva ao princípio constitucional da presunção de inocência e, portanto, inconstitucional.

Neste sentido, conclui-se que a proposta de alteração da Lei nº 10.826/2003, formulada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, de incluir, como critério objetivo de aumento de pena àqueles condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 14 a 18 da Lei nº 10.826/2003, os registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado é, além de inconstitucional, inadequada e desproporcional.

² Imagina-se, neste ponto, que os “registros pretéritos” serão verificados até 5 anos.



Este é o parecer.

Criciúma (SC), 18 de fevereiro de 2019

Sergio F. C. Graziano Sobrinho

Advogado – OAB/SC nº 8.042