

## COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

### PROJETO DE LEI Nº 938, DE 2007.

Altera o Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - para estabelecer a obrigatoriedade de consideração dos antecedentes infracionais do agente, quando da fixação da pena-base, disciplinada no art. 59 do Código Penal.

**AUTOR:** Deputado Márcio França

**RELATOR:** Deputado Roberto Magalhães

### VOTO EM SEPARADO

#### I – RELATÓRIO

Esta Comissão analisa a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 938, de 2007, de autoria do Deputado Márcio França, que tem por objetivo alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para estabelecer a obrigatoriedade de consideração dos antecedentes infracionais do agente, quando da fixação da pena-base, disciplinada no art. 59 do Código Penal:

“Art. 59.....  
.....

§ 1º No momento da fixação da pena-base, os antecedentes infracionais deverão ser expressamente arrolados e considerados como fonte de informação acerca do agente que, após a maioria penal, reiterar no cometimento de condutas criminosas.”  
(NR)

Conforme o relatório elaborado pelo deputado Roberto Magalhães em seu parecer:

“Ambos projetos atendem os pressupostos constitucionais de competência da União (CF, art. 22, I) e do Congresso Nacional (CF, art. 48) e de iniciativa legislativa concorrente (CF, art. 61). Portanto, é formalmente constitucional.

A matéria, referida no singular dada a identidade, não colide com nenhum princípio constitucional fundamental, nem com os direitos e garantias individuais, conforme demonstraremos.

O instituto dos antecedentes criminais está previsto no Código Penal, art. 59, gozando de presunção de constitucionalidade. O Excelso Pretório admitiu que possa ser levada a conta de maus antecedentes, a existência de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgado.

“O Art. 5o, LVII, da CF (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória) não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do Código Penal, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgado” (HC 72.130-RJ, ac. Da 2a Turma, em 22/4/1996 –Rel. Min. Maurício Corrêa).

Oportuno lembrar que a folha de antecedentes infracionais é considerada pelo Juiz para decidir sobre medidas protetivas em relação a menor reincidente. Portanto, o que se discute no momento é apenas o uso dessas informações no julgamento desse agente na fase adulta, quando da aplicação do Código Penal.

Se o simples inquérito pode ser levado em conta, com mais razão devem ser levados os fatos julgados pelo Juiz de menor. Também não se pode falar em ofensa à inimizabilidade, pois, quando do momento da consideração desses antecedentes, o agente será imputável.

A redação do apenso é mais técnica, embora mereça ressalva quanto ao uso do plural opcional do substantivo crime e de seu artigo, que implicaria em fazer o mesmo com o pronome relativo a ele associado, bem como a necessidade de indicar a nova redação com (NR).

O mérito das proposições está em retirar o sentimento de impunidade daquele que cometeu infração definida na legislação penal como crime durante sua adolescência e reitera, acreditando em tratamento parcimonioso, em razão da falta de considerações das anteriores na aplicação da pena.”

Acrescenta-se que o Relator apresentou parecer pela constitucionalidade, juridicidade e adequação técnica legislativa, e, no mérito, pela aprovação do PL nº 938 e PL nº 1.095, ambos de 2007, na forma redigida pelo apenso e aperfeiçoada pela emenda anexa ao processo.

Apensado a ele encontra-se o Projeto de Lei nº 1905/2007, que inclui parágrafo único ao art. 59 do Código Penal, para acrescentar às circunstâncias judiciais de fixação da pena a necessidade de se averiguar a aplicação de medida sócio-educativa ao agente por ato infracional análogo ao(s) crime(s) pelo qual está sendo julgado.

É o relatório.

## II - Voto

Nada a opor quanto à constitucionalidade formal, estando satisfeitos os dispositivos constitucionais referentes à competência para legislar e para iniciar o processo legislativo, respectivamente, artigos 22, inciso I, e 61, da Constituição da República.

**No que se refere à constitucionalidade material, verifica-se que a proposta, conforme apresentada, não está em sintonia com o art. 228 da Constituição da República, vez que o dispositivo estabelece que os menores de dezoito anos estão sujeitos às normas da legislação especial, que tem em vista a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, não podendo, por tal razão, inserir a medida sócio-educativa na fixação da pena-base.**

Assim, quanto ao mérito o projeto de lei não merece prosperar. Senão vejamos.

O art. 59 do Código Penal estabelece que deverão ser analisadas pelo juiz quando da fixação da pena-base as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, conseqüências do crime e comportamento da vítima.

A doutrina explica que a conduta social para a lei traduz o comportamento do agente perante a sociedade, ou seja, seu relacionamento no contexto da família, do trabalho, da escola. Assim, a conduta social não pode se confundir com antecedentes penais, deixando essa análise para momento distinto.

Nesse sentido destacou Rogério Greco, “**os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais.** Assim, se inquéritos em andamento não poderão servir para fins de verificação de maus antecedentes criminais, da mesma forma não se prestarão para efeitos de aferição de conduta social.” (grifos nossos)

E conclui referido jurisconsulto “não podemos confundir conduta social com antecedentes penais. Estes jamais servirão de base para a conduta social, pois esta abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais”.<sup>1</sup>

Da mesma forma, a personalidade do agente, segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup> é um “conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”. Por tal razão que Ney Moura Teles<sup>3</sup> afirma “a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – Psicologia, Psiquiatria, Antropologia –, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. 9ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 564.

<sup>2</sup> In, *Código Penal Comentado*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2005, pág. 335.

<sup>3</sup> In, *Direito penal*: parte geral: arts. 1ª a 120, volume 1 – São Paulo: Atlas, 2004, pág. 400.

determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”, razão pela qual, “o exame da personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas – psiquiatras, psicólogos etc.”

**Observa-se, ainda, que enquanto o menor de 18 anos (art. 228, CR) é considerado inimputável, sujeitos às normas da legislação especial, razão pela qual as infrações praticadas por ele não podem ser consideradas para fixação da pena-base.** Sobre esse assunto, é o entendimento do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACrim-SP-AC-TJTACrim 31/223), em que foi Relator o Exmo. Desembargador Fernando Matallo. **No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça** já teve oportunidade de se manifestar ao julgar o Habeas Corpus 85248/SP de relatoria da Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG); (TJSP – C. Esp. – Ap. 24.020-0 – Rel. Yussef Cahali – j. 23-3-95).

Ante o exposto, meu voto é pela rejeição do substitutivo do Projeto de Lei nº 938, de 2007, por inconstitucionalidade por afronta o Texto Magno.

Sala da comissão, em 17 de março de 2008.

Deputado JOSÉ GENOINO