

# A Valoração dos Atos Infracionais na Dosimetria da Pena<sup>1</sup>

Aureliano Rebouças Júnior<sup>2</sup>

Rafaela Pacheco Nunes<sup>3</sup>

## RESUMO

Com o avançar dos debates acerca do tema, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade. Assim, vem à baila a possibilidade de considerá-los a fim de dar suporte à análise da personalidade do agente maior, aferindo, deste modo, sua propensão à reiteração de práticas delitivas. No tocante à vulneração da ordem pública e à possibilidade de decretação, com base nisto, da prisão preventiva do agente, o tema encontra-se razoavelmente amadurecido. Resta saber se esta tendência de fato se consolidará, bem assim se isto se irradiará para a dosimetria da pena, quando da análise das circunstâncias que devem nortear a fixação da pena-base.

**Palavras-chave:** *atos infracionais; proteção integral; dosimetria da pena; princípio da individualização da pena.*

## 1 INTRODUÇÃO

Tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB de 1988, quanto a Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e

<sup>1</sup> Data de recebimento 15/12/2017. Data de Aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Titular da Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Juazeiro do Norte. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESMP. Especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor Universitário. E-mail: aureliano.junior@mpce.mp.br

<sup>3</sup> Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: pacheconunesadv@gmail.com

do Adolescente – ECA, trazem uma série de dispositivos que visam a assegurar direitos e garantias ao menor de dezoito anos. Assim, o princípio da proteção integral, estampado no artigo 227 da CRFB de 1988, erigiu as crianças e os adolescentes a titulares de direitos fundamentais, inaugurando um novo sistema de proteção das pessoas em desenvolvimento, e suplantando a Lei nº 6.697 de 1979 – Código de Menores. Por sua vez, o ECA, em seu artigo 3º, reafirma que toda criança e todo adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que esta lei também trata, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nessa esteira, a prática, por criança ou adolescente, de condutas previstas como crimes ou contravenções recebe tratamento diferenciado no ordenamento pátrio, sendo tal prática denominada, pelo artigo 103 do ECA, *ato infracional*. Assim, sendo alvo de todo um regramento peculiar, o processamento daqueles que cometem atos infracionais é regido por normas que levam em conta sua situação de pessoa em desenvolvimento e visam, primordialmente, à sua recuperação e promoção. Tanto é assim, que crianças são submetidas apenas a medidas de proteção, somente os adolescentes podendo ser alvo de medidas socioeducativas. (MORAES; RAMOS, 2011, p. 1035).

De outra parte, temos que, consoante os ditames da Lei 2.848 de 1940, o Código Penal brasileiro – CPB – o agente maior de idade terá sua pena individualizada conforme o sistema trifásico de cálculo da pena, segundo o qual o *quantum* de pena deve ser aferido pelo juiz em três fases distintas, até que se chegue àquela a ser aplicada. Na primeira fase, devem ser aquilatadas pelo magistrado as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB, a fim de fixar a pena-base, considerando aspectos relevantes da vida do transgressor da lei penal. Na segunda fase, o magistrado determina a pena provisória, analisando

do a existência, ou não, de circunstâncias atenuantes e agravantes. Por derradeiro, eventuais causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, são levadas em conta, para que o julgador chegue à pena a ser aplicada. (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393).

Diante disso, muito já se questionou, e ainda se questiona, acerca dos efeitos da prática de condutas que se amoldem ao artigo 103 do ECA, na vida do agente após o atingimento da maioridade, sobretudo no âmbito da possibilidade de valoração dessa circunstância na dosimetria da pena.

Em apoio aos que rechaçam a análise do passado de menor infrator de um indivíduo para fins penais<sup>4</sup>, argumenta-se que, por serem figuras diversas dos crimes e contravenções que espelham, os atos infracionais não podem ser considerados para efeitos de reincidência, ou mesmo de maus antecedentes.<sup>5</sup> Além disso, o artigo 143 do ECA, à luz da proteção integral, determina que é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. O manejo das informações acerca da prática de condutas infracionais estaria, em tese, restrito aos procedimentos de apuração de outros atos similares.

Noutro giro, impende gizar que, conforme restará demonstrado, o tema foi sendo amadurecido, no âmbito dos Tribunais Superiores – notadamente diante da necessidade de se aferir a periculosidade do agente e a possibilidade de decretação, com base nisto, de sua prisão preventiva, a bem da ordem pública. Desta forma, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo referido Estatuto, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade.<sup>6</sup>

---

4 STJ. RHC 55.058-CE. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe - 28.05.2015.

5 STJ. HC 338.936-SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17.12.2015.

6 STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

Assim, exsurge, desde logo, a possibilidade desse entendimento irradiar seus efeitos para o cálculo da pena, já que a mesma periculosidade, revelada pelo passado infracional do agente e considerada para fins da citada prisão cautelar, pode ser considerada traço de sua personalidade, devendo, portanto e em tese, ser apreciada, outrossim, na primeira fase da dosimetria da pena.

A par de todo o exposto, a análise da repercussão, na vida adulta, da prática pretérita de atos infracionais, em sede de dosimetria da pena por cometimento de crime posterior à maioridade – tal como vem ocorrendo para fins cautelares, aí insere a prisão preventiva –, ainda se mostra bastante tormentosa, vez que não há previsão legislativa específica tampouco jurisprudência consolidada nesse sentido.

O objetivo central deste trabalho, portanto, é proceder à análise técnico-jurídica desses institutos e da forma como vêm sendo – e como podem vir a ser – manejados, a fim de viabilizar o estudo sobre as repercussões, na maioridade, da prática de condutas que se encaixem na definição do art. 103 do ECA, mormente no tocante à dosimetria da pena, à luz dos recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Supremo Tribunal Federal – STF, ainda que, eventualmente, por analogia.

## **2 ATO INFRACIONAL**

### **2.1 Conceito e características**

Pela dicção do referido artigo 103, atos infracionais são aqueles que equivalem às condutas descritas como crimes ou contravenções penais, quando praticadas por adolescentes – sujeitando-os às medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do ECA – ou por crianças – ensejando apenas a aplicação das medidas elencadas no artigo 101 do citado Estatuto. Cumpre destacar que se considera

criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do artigo 2º do Estatuto, devendo ser considerada a idade a época do fato. (DE MORAES; RAMOS, pp. 1027-1149). O revogado Código de Menores não fazia esta distinção, mencionando apenas, de modo genérico, os *menores de dezoito anos*.

No ponto, cabe consignar que, entre nós, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, prevalece no Brasil a teoria tripartida que eleva a culpabilidade a um dos substratos do crime ou, no dizer de Bitencourt, a um dos predicados deste substantivo. (BITENCOURT, 2000, p. 273). Podemos defini-la como o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor do fato típico e ilícito, o qual, podendo comportar-se em conformidade com o Direito, opta livremente por comportar-se de forma contrária a este. (BRANDÃO, 2008). Ademais, a culpabilidade, em seu estágio atual, no direito pátrio, é, conforme a teoria de Hans Welzel, idealizador do finalismo, composta por três elementos, todos normativos, a saber: a imputabilidade; a exigibilidade de conduta diversa; e a potencial consciência da ilicitude. (GRECO, 2005, p. 444).

Voltando nossos olhos ao primeiro dos elementos da culpabilidade, a imputabilidade, temos que imputar é atribuir responsabilidade penal a alguém. A imputabilidade penal é regra, que somente pode ser afastada pela menoridade, pela doença mental e pela embriaguez completa, proveniente do caso fortuito e da força maior. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 444).

Portanto, atualmente, entre nós, o menor de dezoito anos de idade é considerado inimputável, por força do artigo 228 da CRFB de 1988, e também do artigo 27 do CPB, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial. Aqui, diversamente do que ocorre, por exemplo, em relação ao doente mental, não se perquire a sua consciência acerca de seus atos, o que teria peso se adotado o critério psicológico, já que, quanto ao menor, adotou-se o critério

puramente cronológico, biológico ou etário. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 448).

Assim, não importa para efeito de inimizabilidade ensejada pela menoridade, que o agente entenda, ou não, o caráter ilícito do ato que pratica, uma vez que a lei presume absolutamente a sua falta de maturidade e a sua correlata inimizabilidade. Significa dizer que, uma vez comprovada a menoridade por documento hábil (documento civil de identificação), o agente será considerado inimizável, ser-lhe-á aplicado o regramento do ECA e, conforme o caso, terá cometido ato infracional, não crime ou contravenção.

## **2.2 Doutrina da proteção integral**

A doutrina da proteção integral realça a imprescindibilidade do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes, revelando serem estes detentores de direitos especiais em razão desta condição diferenciada, sem prejuízo de serem considerados, também, sujeitos daqueles direitos fundamentais atribuídos e reconhecidos aos adultos. (AMIN, *Op. Cit.*, pp. 11-19). Neste contexto, a proteção integral representa a própria evolução desses direitos e assume relevância para assegurar o atendimento de todas as necessidades que o indivíduo menor porventura tenha durante seu florescer. No Brasil, o surgimento de um sistema pautado por nessa proteção, veio a partir do advento da CRFB de 1988 e, posteriormente, do ECA, em 1990, e trouxe inúmeras transformações, evoluindo em relação Código de Menores, que era norteado pela doutrina da situação irregular.

O artigo 227 da CRFB de 1988 declara ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão. Por sua vez, logo após o advento da Constituição Federal, a Lei nº 8.069 de 1990, o ECA, foi promulgada, acolhendo, outrossim, expressamente, em seu artigo 3º, a proteção integral, em consonância com as referidas diretrizes constitucionais.

Em suma, pode-se dizer que a proteção integral, tal como adotada no Brasil, exprime objetivos básicos atrelados às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em diplomas normativos que propiciam a realização dos primordiais bens da vida imprescindíveis para atingir tal desiderato. (PAULA, 2002, p. 30). No mesmo sentido, as normas voltadas aos menores devem ser interpretadas à luz tal proteção, que irradia seus efeitos por todas as matérias que envolvem interesses de crianças e adolescentes. (ISHIDA, 2014. p. 02).

Nessa esteira, o artigo 143 do ECA, igualmente em consonância com a proteção integral, dispõe ser vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Diferentemente do processo penal, em que a regra é a publicidade dos atos (salvo exceções em que a tramitação deva se desenrolar sob sigilo de justiça), nos processos que envolvem crianças e adolescentes infratores, devido à referida previsão legal, vigora, de modo automático, o sigilo dos atos, como forma de resguardar os interesses dos menores.

Diante disto, questiona-se a possibilidade de valoração de atos infracionais, no âmbito de processos criminais envolvendo o indivíduo infrator já adulto. Atualmente, porém, mormente face à admissão de sua análise para fins de decretação de prisão preventiva, infere-se que os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, têm entendimento de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não subsiste ao alcance da maioridade.<sup>7</sup>

---

7 STJ (5ª Turma). RHC 47.671-MS. Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18.12.2014; e STJ (3ª Seção). RHC 63.855-MG. Rel. para Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11.05.2016.

Conforme a doutrina de Nazir David Milano Filho e Rodolfo César Milano, não se pode olvidar que no contexto de um processo pautado pelo ECA, tudo, “desde a formação da prova, até os dados da vida pessoal e afetiva da Criança e do Adolescente”, deve servir à formação da convicção, principalmente quando se tratar da apuração de ato infracional, “com a devida avaliação dos interesses, para aplicação de medida adequada, alcançando a ressocialização, prevalecendo em casos de internação e semiliberdade”, mas sem descuidar do interesse da sociedade, “para a garantia também da ordem pública (...)”.(MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 28).

Portanto, muito embora a proteção integral seja de todo louvável, a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de se salvaguardar, também, os interesses da sociedade, sobretudo diante da personalidade ainda desviada do indivíduo adulto que persiste afrontando a lei penal, enfraquecem a linha defensiva de que o sigilo quanto aos atos infracionais deve persistir por toda a vida.

### **3 ASPECTOS RELEVANTES DA DOSIMETRIA DA PENA**

#### **3.1 Princípio da individualização e sistema trifásico de cálculo da pena**

O Decreto-Lei 2.848 de 1940, atual Código Penal brasileiro – CPB, seguindo tendência moderna, apresenta critérios para que o magistrado possa, levando em conta diversas circunstâncias, e dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, valer-se de seu livre convencimento, devidamente motivado, na fixação da pena. Este é o sistema que possibilita ao julgador a faculdade controlada de decidir, dentre as modalidades e quantidades previstas, qual a sanção mais adequada ao agente, sem olvidar a gravidade objetiva do crime ou as suas peculiares consequências. Nas palavras de Nucci, trata-se da “fiel aplicação do princípio da individualização da pena, evitando-se



a sua indevida padronização.” (NUCCI, 2013, p. 468).

Importa assinalar que a individualização da pena está consagrada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, compondo direito individual e, por conseguinte, cláusula pétrea, sem prejuízo de sua repetição e detalhamento em diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo do CPB, que traz em seus artigos 29 e 59 exemplos de disposições voltadas a garanti-lo.

Nessa ordem de ideias, e inspirado nas lições de Néelson Hungria, (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393). o CPB adotou, conforme se depreende do art. 68, o chamado sistema trifásico, no qual a pena a ser aplicada somente exsurge após o magistrado percorrer, criteriosamente, três fases distintas: 1. fixação da pena-base; 2. fixação da pena provisória; e 3. fixação da pena definitiva. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 621).

Assim, enquanto na segunda fase – fixação da pena provisória – serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última – fixação da pena definitiva – , as causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o juiz deverá, por expressa previsão legal, observar os critérios do art. 59 do CPB.

Para o presente estudo, analisaremos apenas a primeira fase da dosimetria da pena, porquanto seja, como veremos, o ponto ao qual cinge-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais.

### **3.2 Fixação da pena-base**

Conforme sobredito, seguindo as diretrizes do artigo 68 do CPB, enquanto na segunda fase serão consideradas eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última, causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o magistrado deve atentar para os critérios do artigo 59 do CPB.

Esse *iter* a ser percorrido pelo magistrado homenageia o princípio da individualização da pena, na medida que a quantidade da pena imposta ao autor do delito deve ter, em suma e de fato, seu *quantum*

singularizado dentro das balizas legais considerando as peculiaridades tanto do fato quanto de seu autor.

Assim é que, em relação à pena-base, de acordo com o mencionado artigo, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, o juiz deve estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e *prevenção* do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Ao juiz incumbirá, portanto, perscrutar elementos capazes contribuir para o exato conhecimento da índole do agente do fato, tais como seu currículo, suas condições de vida (individual, familiar e social), a sua conduta (pretérita, contemporânea e posterior ao delito), e o grau periculosidade que demonstra, o qual permitirá avaliar sua maior ou menor propensão à reiteração criminosa.

Nessa ambiência é que se insere o objeto de nosso estudo, vez que é no bojo das circunstâncias do artigo 59 e da sua exortação a que o julgador atue para prevenir novas práticas delitivas que se situa, conforme demonstraremos a seguir, a possibilidade de valoração dos atos infracionais, a fim de influir na dosimetria da pena.

Por tudo o que expusemos até aqui, emerge clara a conclusão de que o passado infracional do agente maior não pode ser ignorado. Entretanto, na busca pelo momento e circunstância em que ele deve ser valorado, é preciso ter cautela, para não incorrer em erro.

Na terceira fase da dosimetria da pena, observam-se causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, às quais os atos infracionais não se amoldam, à minguada de previsão legal. Na segunda fase, temos que, entre as circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, está a reincidência. Entretanto, uma vez não se tratando de crime, é pacífico o entendimento de que o ato infracional não pode ser considerado para tal fim. Este, aliás, o mesmo motivo pelo qual não pode ser enquadrado como mau antecedente, a ser tido em conta na fixação da pena-base.

Por outro lado, ao nos determos um pouco mais na primeira fase, observamos que, dentre as demais circunstâncias elencadas pelo artigo 59, e que devem ser aquilatadas neste momento da dosimetria, há pelo menos duas que, desde um primeiro olhar, poderiam ensejar a análise do passado infracional do autor. Ocorre que, superada a ideia de que o sigilo acerca dele deva prevalecer após a maioridade, abre-se a discussão acerca da possibilidade de que tal prática possa passar a ser considerada, a fim de auxiliar o juiz a desnudar os contornos ou da *conduta social* ou da *personalidade* do agente maior, quando da estipulação de sua pena-base.

Quanto à conduta social, entende-se que esta se refere à forma como o indivíduo se porta perante a sociedade, (GRECO. Op. Cit., p. 627) isto é, se possui vícios ou não, se é ordeiro ou desordeiro, se é, ou não, um membro respeitado da comunidade em que inserido etc.

Já a personalidade, sendo um conceito não propriamente jurídico, mas emprestado da psicologia, da psiquiatria e da antropologia “deve ser entendida como um complexo de características próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. (TELES, 1996 *apud* GRECO 2005 p. 628).

Isto dito, adiantamos – para fundamentar nos capítulos posteriores – nossa conclusão de que, admitida tal possibilidade, caminhará melhor o julgador ao valorar os atos infracionais como preditores da personalidade do criminoso, isto é, como sinalizadores de sua tendência à reiteração criminosa, evidentemente atendendo a critérios que norteiem essa valoração de modo justo e racional. É, aliás, o que vem ocorrendo em relação à prisão preventiva, quando o magistrado avalia se o agente, em liberdade, vulnera a ordem pública, conforme esmiuçaremos no tópico seguinte.<sup>8</sup>

---

8 STJ. RHC 55.996-BA. Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe - 04.03.2016.

## 4 VALORAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS NA MAIORIDADE

### 4.1 O exemplo do tratamento dado ao passado infracional do agente no âmbito da prisão preventiva

A partir de estudos pioneiros – e, até certo ponto, polêmicos – realizados por Francis Galton, pode-se dizer que hoje há razoável consenso acerca de que a personalidade é determinada tanto por componentes hereditários, quanto por aspectos relacionados à criação.<sup>9</sup> Entretanto, é pelos seus atos e omissões que um indivíduo dá a conhecer suas tendências. Isto é: as escolhas do agente determinam a forma como sua personalidade poderá ser observada e avaliada externamente.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada ao longo de toda a sua vida, não há lógica em adotar, quanto a ela, uma visão artificial e forçadamente compartimentada a partir de um marco etário predefinido. Outra não é a conclusão que se extrai da advertência feita no âmbito do STF, em decisão monocrática da lavra do ministro Luiz Fux, na qual este aduz que, em prevalecendo o argumento de que “a prática de atos infracionais na menoridade não se comunica com a vida criminal adulta”, tornar-se-ia imperioso admitir “o absurdo” de que ao autor é dado reiterar nas condutas afrontosas à lei logo após alcançar a maioridade, “sem que se lhe recaia a possibilidade de ser preso preventivamente.” E continua, para afirmar que “a possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública.”<sup>10</sup>

No mesmo sentido, julgados do STJ, sobretudo da 5ª Turma, firmaram importante jurisprudência admitindo que a prática de atos infracionais pretéritos serve para justificar seja a decretação, seja a

<sup>9</sup> Vários colaboradores. O Livro da Psicologia. Trad. HERMETO, Clara M. e MARTINS, Ana Luísa. Globo: São Paulo, 2012, p. 28-29.

<sup>10</sup> STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

manutenção da prisão preventiva do infrator adulto, como garantia da ordem pública, face à constatação de que o indivíduo é perigoso. Nesta linha, o RHC 47.671-MS (DJe - 02.02.2015); o RHC 60.213-MS (DJe - 03.09.2015); o HC 315.618-SP (DJe - 18.11.2015); e o RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016).

Por sua vez, ancoradas em diversos precedentes colacionados nos votos, todas as decisões aqui mencionadas, apontam que isso se justifica diante do fato de que a prática de atos infracionais pode ser avaliada como indicador de que o agente possui tendência criminosa, capaz de gerar fundado receio de reiteração. Igualmente, em julgados desta ordem, é corriqueira a utilização do termo *personalidade* para se referir à demonstração da periculosidade do agente (RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016)).

A par disso, a fim de sanar divergência ainda existente entre suas Turmas, foi afetado à 3ª Seção o RHC 63.855-MG, julgado em 11.05.2016. Neste, igualmente, afirmou-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de embasar um “prognóstico de recidiva delitiva e periculosidade”, a partir da vida pretérita e “personalidade” do agente.

Na oportunidade, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que, se os atos infracionais não servem, como, aliás, já advertimos, como “antecedentes penais” ou “para firmar reincidência”, exatamente por não configurarem crimes, “não podem”, por outro lado, “ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros.” (destacamos).

No referido RHC, oriundo da 6ª Turma, cuidando de prisão preventiva, o ministro Rogério Schietti Cruz, relator para acórdão, inclusive, apontou critérios a serem tomados em conta para que um ato infracional possa ser utilizado a fim de estabelecer a periculosidade e, assim, justificar a prisão cautelar na modalidade preventiva. Desta forma, conforme colocado pelo referido ministro, para saber se o ato infracional é idôneo ou não a ser considerado quando da decreta-

ção ou da manutenção da prisão preventiva, a autoridade judicial deverá examinar: 1. a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional; 2. a gravidade específica deste, não bastando o fato de equivaler a crime considerado em abstrato como sendo grave; e 3. o lapso temporal decorrido entre o ato infracional e o crime em razão do qual se pretende decretada ou mantida a preventiva.

Na visão defendida pelo ministro, portanto, se entre o cometimento do ato infracional e o do crime decorresse grande espaço de tempo, isto teria o condão de fazer com que referido ato perdesse relevância no momento de se analisar a periculosidade presente do autor dos fatos.

Por outro lado, cabe ponderar que, ainda na mesma oportunidade, a própria 3ª Seção se posicionou no sentido de que os registros sobre o passado do agente “não podem ser desconsiderados para fins cautelares”. Isto porque “a avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social.” (destacamos).

Assim, diante disso e do mais que aqui expusemos, concluímos que, na verdade, mostra-se sobremaneira arriscado tentar predizer que, apenas pelo decurso de determinado período de tempo sem que se tenha notícias da reiteração da conduta transgressora, tenha-se operado, necessariamente, uma mudança para melhor no agente.

Quanto aos dois outros critérios apontados pelo ministro relator, entendemos que, ante a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional, de fato, a gravidade deste deve ser avaliada conforme o caso concreto, como pressuposto lógico para que se afira se da passagem se pode concluir pela tendência delitiva do agente.

Por sua vez, ainda que não haja enfrentado o tema em seu colegiado, também no âmbito do STF existem decisões recentes confirmando a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos como fundamento para a prisão preventiva, a exemplo da já citada

decisão monocrática do ministro Luiz Fux e do igualmente singular *decisum* do ministro Dias Toffoli (relator) no HC 140797-SP, julgado em 22.02.2017.

Assim, os avanços, precedentes e balizas firmados no sentido da admissão da valoração de atos infracionais, a fim de aquilatar a periculosidade do agente, para fins de prisão preventiva, abrem a possibilidade de que o mesmo ocorra – e com razoável segurança – em relação à dosimetria da pena, conforme esmiuçaremos a seguir.

#### **4.2 Enquadramento dos atos infracionais como indicativos de personalidade**

Após oscilar bastante e abrir oportunidade para muita discussão, a jurisprudência dos Tribunais superiores vem-se consolidando, no âmbito cautelar, de modo favorável à valoração dos atos infracionais para fins de prisão preventiva. Essa possibilidade refere-se à demonstração de periculosidade do agente, de modo que, nos próprios julgados que citamos no capítulo anterior, não é raro que se chegue a afirmar que esta é avaliada no contexto da personalidade.

Mais que isso, ao julgar o RHC 63.855-MG (no intuito de sanar divergência entre suas Turmas), conforme demonstramos, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que os atos infracionais servem para aferir a “personalidade” e o eventual risco que a liberdade plena do agente representa para terceiros. Este posicionamento é, inclusive, citado em decisão monocrática do ministro Luiz Fux (STF. RHC 134121 MC-DF).

A despeito de ser um quesito demasiado subjetivo, é consenso doutrinário que são características que pesam negativamente na avaliação personalidade traços como maldade, agressividade, covardia, frieza, insensibilidade, egoísmo dentre outros.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada por indícios que permeiam toda a sua vida, mostra-se, de

fato, incoerente querer seccioná-la, tomando como marco divisor a maioria. Significa dizer: as vozes que defendem a impossibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de orientar conclusões do magistrado acerca da personalidade do delinquente ignoram que esta é um *continuum*, acompanhando o indivíduo por toda a sua existência, sem solução de continuidade a partir dos dezoito anos. Do contrário, como aferir tal personalidade à 00:01 do décimo oitavo natalício de um indivíduo?

Não se pode querer observar o infrator da lei como se fosse um antes e outro, inteiramente novo, após o seu aniversário de dezoito anos. Acertado, portanto, o raciocínio que vem orientando as recentes decisões do STF e do STJ acerca da matéria.

Avançando na análise do tema, entremostra-se coerente que, uma vez admitido, no âmbito dos Tribunais Superiores, que os referidos atos se prestam a demonstrar a periculosidade e a tendência criminosa do agente, possibilitando sua prisão cautelar, a bem da ordem pública, não há como negar que o mesmo efeito deverá ocorrer em relação à apreciação da personalidade deste, quando da fixação da pena. É ilógico considerar alguém perigoso para fins cautelares e não poder utilizar os mesmos elementos que formaram tal convicção na análise das circunstâncias judiciais.

Emerge, portanto, intuitiva a irradiação, no âmbito da dosimetria da pena, do entendimento exposto no capítulo anterior. Em assim sendo, o juiz pode – e a nosso sentir *deve* –, apoiado nestas conclusões, levar os atos infracionais praticados pelo indivíduo em consideração, no momento da fixação da pena-base do adulto transgressor da lei penal, justamente por serem indicativos da personalidade do agente, na esteira da jurisprudência citada – circunstância presente no art. 59 do CPB.

Ainda por outro ângulo, consoante demonstrado no capítulo 2.2, é, realmente, na primeira fase da dosimetria da pena que se encaixa a análise dos atos infracionais. E quando nos debruçamos sobre a



fixação da pena-base, ao buscar enquadrá-los em uma das circunstâncias do artigo 59 do CPB, de fato, estes de logo emergem como patentes indicativos da personalidade, porque se mostram como excelentes sinalizadores justamente de uma eventual tendência criminógena do indivíduo. Muito embora se pretenda, por vezes, enquadrá-los como denotadores de má conduta social, consoante já bosquejado, este não é o melhor caminho a trilhar, vez que esta se prende ao proceder do indivíduo perante a sociedade, não necessariamente perante a lei. A personalidade, por sua vez, possuindo conceito bem mais profundo e abrangente, permite, mediante sua análise, concluir, ou não, pelas transgressões pretéritas do indivíduo, se seu comportamento desviante tende à reiteração.

A aplicação do mínimo penal, em relação à pena-base, para ser justa, deve adstringir-se aos casos em que todas as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 forem favoráveis ao autor do fato. (NUCCI, *Op. Cit.*, p. 468). Nessa esteira, de acordo com o posicionamento por nós defendido, o cometimento de atos infracionais, levado em conta como indicativo da personalidade, após prudente apreciação do magistrado, em cotejo com outros elementos dos quais disponha, caso se mostre forte o suficiente, será hábil a elevar a pena-base, influndo, portanto, no montante final. Em assim sendo, observa-se que tal análise renderá homenagem, ainda, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da individualização.

Em apoio a essa proposição, aliás, citamos, em sede de STF, o HC 97056-DF<sup>11</sup>. Neste julgado, o ministro Ricardo Lewandowski, relator, salientou, tal como por nós defendido, que os atos infracionais podem e devem, sim, ser levados em conta na avaliação da *personalidade* do agente, *quando da dosimetria da pena*, observadas a “proporcionalidade, a razoabilidade e a individualidade”, desde que em conjunto com a análise de outras circunstâncias.

---

<sup>11</sup> STF. HC 97056-DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08.09.2009.

## 5 CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes, no Brasil, são penalmente inimputáveis e sequer cometem crimes ou contravenções. Quando praticam condutas análogas a estas figuras, concretizam, pela dicção do artigo 103 de seu Estatuto próprio, atos infracionais, a partir dos quais recebem tratamento processual, repressivo e preventivo peculiares.

O artigo 143 do ECA garante ao menor o sigilo quanto à sua vida infracional. Esta garantia se coaduna com a adoção, pelo Brasil, da chamada doutrina da proteção integral em relação aos menores de dezoito anos, enquanto indivíduos em desenvolvimento.

Diante da abundância de condutas equiparadas a crimes graves perpetradas por crianças e adolescentes, bem assim do fato de estas muitas vezes persistirem na afronta às leis após a maioridade, ignorar o passado infracional do maior dedicado ao cometimento de delitos mostra-se incongruente.

Atento a essa perplexidade, ao fato de que a personalidade é contínua, não se segmentando em passada e presente a partir da maioridade, e à necessidade de salvaguardar a sociedade, os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, vêm sedimentando o entendimento de que a garantia do sigilo deve subsistir apenas enquanto perdurar a menoridade. Atingida a idade de dezoito anos, portanto, ela cessa. Tal posicionamento vem sendo adotado quando da análise dos atos infracionais para fins cautelares, especificamente no âmbito da prisão preventiva, a bem da ordem pública, com base na periculosidade do agente, prevalecendo a sua admissão. Consequência lógica disso é a possibilidade de valoração dos mesmos atos quando da dosimetria da pena do indivíduo adulto, pois onde repousam os mesmos motivos não é razoável adotar solução distinta. Cabe, todavia, ainda, aos Tribunais Superiores a tarefa de firmar jurisprudência “estável íntegra e coerente”<sup>12</sup> neste sentido, a fim de pacificar a matéria.

---

<sup>12</sup> Artigo 926, *caput*, da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil.

Utilizado em julgados acerca da prisão preventiva especificamente o vocábulo *personalidade*, sabemos que esta é uma das circunstâncias a ser analisada no bojo do art. 59 do CP, isto é, na fixação da pena-base. Ademais, observadas todas as possibilidades, exsurge claro que é nessa fase da dosimetria e nessa circunstância que melhor se enquadra a possibilidade de valoração da vida infracional do agente do fato quando do cálculo que se volta individualizar sua pena. Esta linha de raciocínio encontra guarida na posição adotada pelo relator, ministro Ricardo Lewandowski, no HC 97056-DF (STF).

Assim sendo, o cometimento de atos infracionais, levado em conta pelo juiz como indicativo da personalidade, poderá elevar a pena-base, influenciando, ao final, no *quatum* da pena aplicada. De conformidade com tal linha de raciocínio, perscrutar a vida pregressa do agente, desde antes da maioridade, a fim de desnudar suas tendências, respeita os ditames do artigo 59 do CPB e homenageia o princípio da individualização da pena, bem assim o caráter preventivo desta, voltando-se ao ideal de justiça.

Ao assim agir, o magistrado estará atuando em estrita conformidade com os ditames da lei, bem assim com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de prestigiar adequadamente não só a repressão, como também, a prevenção, desencorajando a prática de atos infracionais. Outra não pode ser a conclusão a que se chegue, se levado em conta que o caminho da sensatez e da prudência não passa por ignorar toda a vida pregressa do agente, a partir de sua maioridade, como se esta começasse ou recomeçasse, necessariamente e como num passe de mágica, aos dezoito anos completos.

## THE INFRACTION ACTS AND THE DOSIMETRY OF THE PENALTY OF CRIMES

### ABSTRACT

With the advance of the debates on the subject, the thesis that the protection guaranteed by the ECA, in the sense of secrecy regarding the infraction acts does not prevail before reaching the age of majority gained traction. So come up the possibility of considering them in order to support the analysis of the personality of the major agent, thus assessing their propensity to reiterate delinquent practices. Regarding the breach of public order and the possibility of ordering, basing on this, the preventive detention of the agent, the subject is reasonably mature. It remains to be seen if the trend will consolidate, as well as whether such sedimentation will radiate to dosimetry of the penalty in relation to the analysis of the circumstances that should guide the penalty fixation.

**Keywords:** *infractions acts; full protection; penalty dosimetry; principle of individualization of sentence.*

### REFERÊNCIAS

- AMIN, Andrea Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 6. Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.
- BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**. Forense: 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- DE MORAES, Bianca Mota de; e RAMOS, Helaine Vieira. **A Prática de Ato Infracional**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 2006.
- HUNGRIA, Nélson. **Novas questões jurídico-penais**. Jacintho: Rio de Janeiro, 1940.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência, 15 edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

MILANO FILHO, Nazir David e MILANO, Rodolfo César. Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado. LEUD: São Paulo, 1996.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Regis; e CARVALHO, Érika Mendes de (Colab). **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Volume I. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)