



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VALORAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROCESSO PENAL

Paula Nobre de Souza Pinto Vieitas

Rio de Janeiro
2020

PAULA NOBRE DE SOUZA PINTO VIEITAS

A VALORAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROCESSO PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A VALORAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROCESSO PENAL

Paula Nobre de Souza Pinto Vieitas

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo - conforme a Constituição Federal, crianças e adolescentes são considerados inimputáveis e não praticam crimes, mas atos infracionais. Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente indica que o registro de atos infracionais praticados durante a adolescência é sigiloso. Contudo, a jurisprudência tem admitido a utilização de tais registros em desfavor do autor de crime, quando da prática de crime na vida adulta. A essência do presente trabalho é analisar de maneira crítica essa flexibilização operada pelos tribunais, verificando a sua legalidade.

Palavras-chave – Direito de Penal. Direito da Criança e do Adolescente. Prática de ato infracional na adolescência.

Sumário – Introdução. 1. A prática de ato infracional como fundamento da prisão preventiva. 2. A prática de ato infracional como circunstância judicial desfavorável na aplicação da pena. 3. O registro de atos infracionais como fundamento para afastar a aplicação do tráfico privilegiado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a repercussão da prática do ato infracional para fins de pena à luz da doutrina da proteção integral a partir da análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 o Brasil adotou a Doutrina da Proteção Integral no que tange ao tratamento jurídico direcionado às crianças e aos adolescentes. Uma vez assumida a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em conjunto com a necessidade de que as sanções aplicadas sejam evidentemente socioeducativas, o sistema protetivo do ECA determina que os atos infracionais praticados durante a adolescência são sigilosos, de forma que se entende que não podem ser negativamente valorados na vida adulta.

No entanto, decisões recentes do STF e do STJ permitem que tal regra seja flexibilizada no sentido de que a prática de ato infracional possa ser negativamente valorada quando aquele adolescente infrator, já adulto, pratica um crime e é submetido a processo penal. Nesse sentido, a pesquisa busca analisar as referidas decisões a fim de verificar a sua coerência com o sistema protetivo do Estatuto da Criança e Adolescente.

No primeiro capítulo da pesquisa serão analisadas decisões do STJ que entendem que a prática de ato infracional durante a adolescência é fato relevante a ser valorado como fundamento para decretação de prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública.

Já no segundo capítulo serão discutidas decisões do STJ que entendem que a prática de ato infracional durante a adolescência é fato relevante a ser valorado como circunstância judicial negativa referente à personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena.

No terceiro capítulo serão examinadas decisões que permitem a valoração negativa do ato infracional praticado na adolescência para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado.

Objetiva-se, portanto, discutir as decisões do STJ e STF acerca da repercussão penal do ato infracional, bem como dos princípios inerentes ao sistema socioeducativo, buscando analisar eventuais contradições existentes quando se contrasta a realidade prática com a base teórica que fundamenta o sistema.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-indutivo, uma vez que a pesquisadora pretende partir de questões particulares consistentes em decisões do STJ e do STF a fim de chegar a conclusões que possam comprovar ou rejeitar sua hipótese que consiste na possibilidade de violação dos princípios protetivos do ECA.

Para tanto, a pesquisa será bibliográfica e qualitativa, de forma que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente ao objeto da pesquisa, tanto a doutrina como a legislação, a fim de analisar os princípios que possam estar sendo violados, bem como será analisada a jurisprudência referida, decisões do STF e STJ que valoram o ato infracional no processo penal.

1. O ATO INFRACIONAL COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é medida cautelar que tem como consequência a privação de liberdade do agente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em razão de sua cautelaridade e excepcionalidade, é preciso que, para que seja decretada, além de observados os requisitos de cabimento, haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ainda, o art. 312 do Código de Processo Penal¹ elenca os

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 13 out. 2020.

fundamentos da sua decretação, a saber, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver indícios do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Enquanto a prisão preventiva para assegurar a aplicação de lei penal ou para conveniência da instrução criminal possuem caráter evidentemente instrumental, visando tutelar o próprio processo penal, a preventiva com fundamento em garantia da ordem pública não tutela o curso do processo no qual tenha sido decretada.²

Por lhe faltar o caráter instrumental próprio das medidas cautelares, trata-se de fundamento muito criticado por parte doutrina. A preventiva com fundamento em garantia da ordem pública é criticada na medida em que a expressão “ordem pública” é de difícil definição, de forma que se argumenta ser possível a ocorrência de arbitrariedade em sua aplicação, razão pela qual se defende sua inconstitucionalidade³.

O alcance da expressão garantia da ordem pública oscilou entre forma de garantir a integridade física do acusado e garantir a credibilidade da justiça, sendo certo que a jurisprudência fixou o entendimento de que se trata da tutela do risco de reiteração delituosa, em conjunto com a gravidade do fato delituoso praticado e sua repercussão social⁴.

No contexto do Direito Penal Juvenil, a prisão preventiva como garantia da ordem pública ganha destaque, na medida em que o STJ passou a entender, a partir de 2016, que os atos infracionais pretéritos possam ser considerados para fins da preventiva sob essa fundamentação.

Isto é, muito embora se reconheça que o ato infracional pretérito não caracteriza reincidência ou maus antecedentes, pois não têm natureza de crime, o STJ sanou divergência entre suas Turmas a fim de reconhecer a possibilidade de o ato infracional ser utilizado como fundamento de decretação de prisão preventiva.

Anteriormente, aqueles que defendiam a impossibilidade de utilização do registro de atos infracionais no processo penal argumentavam que os fatos ocorridos na adolescência eram acobertados por sigilo e submetidos a medidas judiciais voltadas principalmente à proteção dos jovens. Desta forma, os atos infracionais anteriores

² PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 263.

³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 525.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.498/BA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79647> > Acesso em: 19 mai. 2020.

somente poderiam ser valorados na apuração de outros atos infracionais, e não no processo por crimes⁵.

Esse entendimento se baseava, principalmente, no disposto no art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que 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”⁶.

Em verdade, o sigilo dos atos infracionais se coaduna com a doutrina da proteção integral adotada pelo Brasil na Constituição Federal de 1988 que reconhece as crianças e adolescentes como pessoas em condição de desenvolvimento merecedoras de proteção especial.

No entanto, decisões em sentido contrário também eram encontradas entre as turmas do STJ⁷, no sentido da possibilidade de valoração do ato infracional pretérito como fundamento para decretação de prisão preventiva.

Os argumentos utilizados se baseavam na ideia de que muito embora o ato infracional não possa ser utilizado para configuração de reincidência ou maus antecedentes, a prática de ato infracional na adolescência pode evidenciar o risco concreto de prática de novos delitos, demonstrando que o a infração penal é rotineira na vida do agente⁸. Por essa razão, entendia-se que poderia fundamentar a decretação e manutenção de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Em razão da divergência evidenciada, a discussão foi afetada à 3º Seção do STJ para que fosse unificada a interpretação e, em julgamento em 11/02/2016⁹, concluiu pela possibilidade de valoração de atos infracionais pretéritos como indicativo de periculosidade do agente a fim de fundamentar a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 55.058*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁶ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 13 mai. 2020.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 47.671*. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401112511&dt_publicacao=02/02/2015>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 43.350*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304036386&dt_publicacao=17/09/2014>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 63.855*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Primeiramente, admitiu-se que a proteção à criança e ao adolescente prevista no art. 143 do ECA¹⁰ no tocante ao sigilo dos registros de atos infracionais existe, mas esta cessa com a menoridade, de forma que podem ser publicizados e valorados no processo penal.

No entanto, além de confirmar a possibilidade da valoração, o relator afirmou que o juiz pode utilizar excepcionalmente os registros de atos infracionais praticados pelo acusado quando adolescente, fixando parâmetros a serem observados para tanto, de forma que não é todo registro de ato infracional que poderá ser valorado negativamente.

Os critérios a serem observados são: a) a particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; b) a distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; c) a comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência.

Portanto, observa-se que os critérios fixados pelo STJ se coadunam com o conceito de “garantia da ordem pública” fixado pelo STF. Em primeiro lugar, o ato infracional anterior deve ter sido comprovado, de forma que não é possível que haja qualquer tipo de dúvida sobre autoria e materialidade. Esse requisito está em consonância com o princípio da presunção de inocência, na medida em que não serve para fundamentar a decretação de prisão preventiva registros de atos infracionais que não tenham sido comprovados.

Ainda, a gravidade concreta do ato infracional e a distância temporal entre ele e o crime são importantes a fim de se determinar que a prisão preventiva é forma que se evitar a reiteração criminosa.

2. A PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL NA APLICAÇÃO DA PENA

Uma segunda problematização com relação a utilização de atos infracionais pretéritos no processo penal diz respeito ao aumento da pena base, na dosimetria da pena, com fundamentação na personalidade do agente. Isso porque é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisões no sentido de que a prática de ato

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

infracional na adolescência é capaz de indicar uma personalidade voltada para o crime e a maior periculosidade do agente.

Neste sentido:

[...] A prática de ato infracional, embora não possa ser utilizada para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não ser considerada crime, pode ser sopesada na análise da personalidade do paciente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária.¹¹

A saber, a dosimetria da pena no processo penal é baseada num sistema trifásico, conforme art. 59 do Código Penal¹². Na primeira fase busca-se a fixação da pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais previstas, como a culpabilidade do agente, os seus antecedentes, a sua personalidade, circunstâncias e consequências do crime etc.

Na segunda fase da dosimetria são aplicáveis as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 e 66, também do Código Penal¹³; e na terceira fase incidem as causas de aumento e diminuição de pena previstas ao longo da Parte Geral e Parte Especial do Código Penal.

Dentre as circunstâncias judiciais previstas, a personalidade do agente diz respeito ao retrato psíquico do autor do crime. É o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões das pessoas, definindo a sua individualidade¹⁴.

Em verdade, personalidade não é um conceito jurídico, e os operadores do sistema de justiça carecem de formação profissional para decidir se a personalidade do sujeito interferiu ou não na prática do crime. Segundo Juarez Cirino dos Santos¹⁵, a jurisprudência brasileira atribui um significado leigo ao conceito de personalidade, como conjunto de sentimentos e emoções, atividades e reações, que pouco indicam a personalidade do condenado.

Ainda, parte da doutrina entende que a análise desta circunstância para aumento da pena base configura um resquício do chamado “direito penal do autor”, pelo qual o

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 510.354/SP*, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901384130&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 123.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal : Parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 532.

agente é julgado por quem ele é, e não pela conduta praticada¹⁶. Sendo um conceito indeterminado, sua valoração na dosimetria da pena é questionável.

É firme o entendimento da Corte no sentido de que muito embora os atos infracionais pretéritos não possam ser utilizados para caracterizar maus antecedentes e reincidência, se prestar a valorar negativamente a personalidade do agente para fins de decretação da segregação cautelar, analisada no primeiro capítulo da presente pesquisa.

Com relação à valoração negativa quando da dosimetria da pena, a questão é controvertida. É possível encontrar decisões no sentido de que os “antecedentes infracionais” servem para valorar a pena base com base na personalidade do agente. Nesse sentido¹⁷:

[...] 2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.

Ao mesmo tempo, é possível encontrar decisões que negam tal possibilidade. Nesse sentido: "Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base"¹⁸.

A divergência encontra-se estampada na Edição nº 26 do compilado de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a tese nº 6 dispõe que os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência, enquanto a tese nº 7 dispõe que os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente.¹⁹ O primeiro entendimento parece ser o mais correto.

Em verdade, princípio reitor do Estatuto da Criança e do Adolescente é o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que indica que crianças e adolescentes merecem tratamento diferenciado daquele dispensado à adultos, nos mais diversos ramos jurídicos. Neste contexto, é reconhecida sua inimputabilidade penal e a

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1837.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 198.223/PE*, Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013> Acesso em :31 ago. 2020.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 175.280/RS*. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001023530&dt_publicacao=17/04/2013>. Acesso em :31 ago. 2020.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição n. 26: aplicação da pena – circunstâncias judiciais*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

aplicação da legislação específica, quando da prática de um ato infracional análogo a crime, por exemplo.

Ao se utilizar registros infracionais da pessoa para fundamentar uma possível personalidade voltada para o crime ocorre uma verdadeira inversão de valores, afastando o reconhecimento de que a pessoa, quando da prática do ato infracional na adolescência, estava vivenciando um período de transformação e construção de sua personalidade.

A personalidade não está completamente formada na adolescência, de forma que afirmar que a prática de um ato infracional indica que a personalidade é voltada para o crime significa rejeitar o momento de desenvolvimento pelo qual o adolescente está passando.

Ainda, é importante salientar que os atos infracionais praticados por adolescentes na sua maioria correspondem a atos infracionais análogos a crimes patrimoniais e de tráfico de drogas.²⁰

Isso se justifica quando se observa que os adolescentes infratores, em sua maioria, estão inseridos num contexto de vulnerabilidade social que muitas vezes o inclinam para a prática de tais atos, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos²¹:

A faixa de renda salarial das famílias dos adolescentes está entre ‘sem renda’ e ‘menos de um salário mínimo’ (tabela 36), ou seja, 81%, sendo que na tabela 35 tem a média dos membros que moram na residência do adolescente, verificando que grande parte tem entre 4 a 5 membros que fazem parte da família (72%). Insere-se que com menos de um salário mínimo R\$ 937,0016 (novecentos e trinta e sete reais) mensais para uma família de 4 a 5 pessoas (tabela 37).

Neste contexto, não é possível concluir que o simples fato de a pessoa ter praticado o ato infracional na adolescência indica que possui a personalidade voltada para o crime, ignorando as demais circunstâncias que o levaram a prática do ato. Para tanto, seria necessária, no mínimo, a elaboração de estudos psicossociais desde a ação socioeducativa promovida contra o então adolescente, durante a execução da medida socioeducativa e no curso do processo penal.

Isto é, muitas vezes os adolescentes cumprem suas medidas socioeducativas de privação de liberdade em unidades que não lhes garantem o acesso à educação, à atividades profissionalizantes e ao convívio social, que também é importante para que as

²⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento anual sinase 2017*. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019, p. 50.

²¹ *Ibidem*, p. 102.

finalidades da medida sejam alcançadas. Neste contexto, não se pode ignorar a realidade do cumprimento das medidas socioeducativa quando analisado o cometimento de crime pelo egresso.

Por fim, a reiteração de condutas delituosas na vida adulta pode significar a falha estatal em prestar assistência aos adolescentes infratores, que são submetidos a execução de medidas socioeducativas em unidades que muitas vezes não cumprem o seu papel que, além de certa forma punir pelo ato praticado, devem reeducá-los.

3. O REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Cumprido analisar a possibilidade de que atos infracionais afastem a aplicação da figura do tráfico privilegiado prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06²². De acordo com o referido dispositivo legal, as penas previstas para o crime de tráfico de drogas podem ser reduzidas, de um sexto a dois terços, caso o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se do “tráfico privilegiado”, que configura verdadeira causa de diminuição da pena do crime de tráfico de drogas, aplicável quando o agente preencher os requisitos legais elencados: acusado primário, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa.

Sendo uma causa de diminuição de pena, cabe ao juiz fixar o quanto será diminuído, frente a ausência de previsão legal, tendo a jurisprudência fixado como parâmetro a quantidade e natureza da droga apreendida, analisada em conjunto com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal²³.

A questão a ser aqui discutida é quanto à possibilidade de que atos infracionais praticados durante a adolescência possam determinar que o agente se dedique à atividade criminosa, hipótese em que seriam idôneos a afastar a aplicação do tráfico privilegiado, uma vez que o agente não preencheria os requisitos legais.

O requisito de não dedicação à atividades criminosas indica que o agente deve desenvolver alguma atividade laborativa lícita e habitual, de forma a indicar que não

²² BRASIL. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

possui personalidade voltada para o crime e o crime de tráfico imputado a ele foi um evento isolado de sua vida. Ainda, o juiz deve se basear em dados concretos que indiquem a dedicação às atividades criminosas, a fim de que afaste a causa de diminuição da pena, sob pena de qualquer ação ser considerada incompatível com a sua aplicação²⁴.

A jurisprudência do STJ²⁵ parece majoritariamente entender pela possibilidade de atos infracionais fundamentarem o afastamento do tráfico privilegiado, sob a justificativa de que o registro de atos infracionais é idôneo a demonstrar a dedicação do agente às atividades criminosas, a saber:

[...] a existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais [...].

É preciso salientar, contudo, acerca da existência de decisões em sentido contrário. De acordo com tais decisões, o ato infracional, por não ser considerado crime, não pode ser utilizado como fundamentação para afirmar a dedicação do agente às atividades criminosas. Nesse sentido²⁶:

[...] a instância de origem afastou o tráfico privilegiado em razão da prática atos infracionais pelo acusado como forma de indicar a habitualidade criminosa. Entretanto, esse fundamento, por si só, se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impondo a aplicação §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 [...].

Inicialmente, cumpre lembrar que, de acordo com o art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷ o registro de atos infracionais é sigiloso, de forma que não pode ser utilizado em desfavor do agente. Ainda, questiona-se: como o registro infracional pode fundamentar a dedicação às atividades criminosas quando atos infracionais sequer podem ser considerados crimes?

De acordo com o comando previsto no art. 228 da Constituição Federal²⁸, com base no princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, sujeitos à legislação específica. Neste contexto,

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 757.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.560.667 / SC*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502587001&dt_publicacao=23/10/2017>. Acesso em: 12 set. 2020.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.172.443 – MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML>. Acesso em: 12 set. 2020.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

entende-se que o menor de 18 anos não pratica crimes, mas sim atos infracionais análogos à crimes, sendo-lhe aplicável como consequência do seu ilícito uma medida socioeducativa, e não uma pena.

Portanto, tendo em vista todo o sistema protetivo inaugurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, parece contraditório admitir a utilização dos registros infracionais para concluir sobre a dedicação do agente para a atividade criminosa, já que ato infracional não é espécie de crime.

Por outro lado, ainda que se admita a utilização do registro de atos infracionais em desfavor do agente, a verificação indiscriminada de tal registro com finalidade de constatar a dedicação à atividade criminosa pode consistir em arbítrio judicial.

Em verdade, da mesma forma que ocorre com a utilização de registros infracionais para a decretação da prisão preventiva, a sua utilização para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado deveria obedecer a requisitos, tais como a análise da natureza do ato infracional foi praticado e principalmente se este ato infracional foi processado e julgado, tendo sido comprovada a autoria e materialidade do adolescente.

Essa necessidade se evidencia, sobretudo, quando se verifica que, em sede do Direito Penal Juvenil, em que pese sua semelhança ao processo penal, há algumas diferenças fundamentais. Por exemplo, ainda que o adolescente responda por ação socioeducativa, sendo-lhe aplicada a medida de advertência, não é possível falar que a autoria do ato infracional foi comprovada. Isso porque, de acordo com o art. 114, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹, para a aplicação da advertência basta indícios suficientes de autoria.

Neste contexto, por exemplo, a simples análise do registro de atos infracionais poderia concluir pela dedicação à atividade criminosa, afastando a aplicação da diminuição da pena, quando na verdade a autoria do ato infracional sequer chegou a ser comprovada.

Da mesma forma, diferente do que ocorre no processo penal, no qual a justa causa (indícios de autoria e materialidade do delito) é requisito essencial da denúncia ou queixa, na ação socioeducativa a representação do Ministério Público independe de comprovação da autoria e materialidade, nos termos do art. 182, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁰ Ibidem.

Por isso, se for possível falar em verificação dos registros infracionais do adolescente como fundamentação para afirmar a dedicação à atividades criminosas do agente, é preciso que isso seja feito de maneira fundamentada, com análise concreta dos registros, sobretudo a natureza do ato infracional praticado e se houve comprovação da autoria e materialidade. Portanto, não basta simplesmente uma análise no sentido de que o fato de o agente ter sido submetido a ação socioeducativa implica na constatação de que ele se dedica à atividade criminosa, sob pena de ocorrerem erros.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar a flexibilização jurisprudencial no que tange ao sigilo do registro de atos infracionais praticados durante a adolescência. Neste contexto, a análise partiu de decisões judiciais que permitem a valoração da prática de atos infracionais para decretação da prisão preventiva, como fundamento na garantia da ordem pública; para fundamentar a personalidade voltada para o crime na dosimetria da pena; e para fundamentar o afastamento do tráfico privilegiado, pela reiteração de condutas criminosas.

Conforme examinado, a jurisprudência caminha no sentido de possibilitar a valoração dos atos infracionais para decretação de prisão preventiva, fixando alguns parâmetros para tanto, e para o afastamento do tráfico privilegiado, sem observar critérios pré fixados. Já quanto a valoração negativa da personalidade do agente, há julgados que admitem, e julgados que entendem não ser possível.

Importante salientar que, conforme demonstrado, a valoração negativa dos atos infracionais praticados na adolescência não deveria ser admitida, tendo em vista principalmente que, com base nos princípios que regem o Direito da Criança e do Adolescente, os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis e não praticam crimes, mas atos infracionais. Por isso, os atos infracionais não poderiam ser valorados como se crime fossem.

Contudo, uma vez que a jurisprudência dos Tribunais admite a valoração negativa, é importante que esta seja feita com base em parâmetros pré fixados, sob pena de importar em uma dupla penalidade indevida ao autor do crime. Nesse sentido, importante a fixação de parâmetros para fundamentar a valoração de atos infracionais na decretação de prisão preventiva, sendo necessário que também sejam fixados parâmetros para que seja afastado o tráfico privilegiado.

Por fim, não se pode esquecer que a Doutrina da Proteção Integral, expressamente adotada pela CRFB/88, inaugura um sistema protetivo, e uma vez que há a prática de ato infracional, resta-se demonstrado a falha no sistema de proteção. Ainda, quando há prática de crimes na vida adulta posteriormente ao cumprimento de medidas socioeducativas na adolescência, ao invés de se buscar o recrudescimento do tratamento jurídico-penal aplicável, é preciso que se analise criticamente o sistema socioeducativo para verificar se há efetividade na forma de execução das medidas aplicadas ou se estas corroboram para a estigmatização e posterior envolvimento do adolescente em atividades criminosas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. 26 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 13 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 13 set. 2020.

_____. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento anual SINASE 2017*. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.560.667 / SC*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502587001&dt_publicacao=23/10/2017>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.172.443 – MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML>
Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.498/BA*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79647>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 175.280/RS*. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001023530&dt_publicacao=17/04/2013>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 198.223/PE*, Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013> Acesso em: 31 ago. 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 510.354/SP*, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901384130&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 43.350*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304036386&dt_publicacao=17/09/2014>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 55.058*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 63.855*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição n. 26: aplicação da pena – circunstâncias judiciais*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal : Parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.