
A valoração dos atos infracionais para fundamentar a decretação da prisão preventiva

Renato Augusto Ercolin

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Direito Processual, pela Universidade da Amazônia, Direito Público, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, e Gestão de Polícia Civil, pela Fundação Universa.

Resumo: O presente artigo versa sobre os limites da abrangência da doutrina da proteção integral, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei nº 8.069/1990, especialmente em relação ao indivíduo maior de idade que foi adolescente infrator. Discute como deve ser entendido o garantismo penal e interpretada a expressão “garantia da ordem pública”, um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, a partir da verificação da periculosidade do imputável, fundada na análise da sua conduta enquanto adolescente em conflito com a lei. Nessa perspectiva, analisa o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema.

Palavras-chave: Doutrina da proteção integral. Garantismo penal. Ato infracional. Prisão preventiva. Personalidade. Periculosidade.

Sumário: Introdução. 1 Garantismo penal. 2 Prisão preventiva. 3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a prática de atos infracionais. 4 A decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, fundada na valoração da prática de atos infracionais. 5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6 Conclusão. Referências.

Introdução

Norteados pela doutrina da proteção integral, o objetivo primordial do Estatuto da Criança e do Adolescente é assegurar os

direitos dos menores de dezoito anos, considerados como pessoas com a personalidade em desenvolvimento.

Nesse sentido, a conduta apresentada até atingir a maioridade, sobretudo no que se refere a atos que violam normas previstas no Direito Penal configurando atos infracionais, não é levada a efeito na vida adulta para fins de maus antecedentes, reincidência e exasperação de eventual pena imposta em decorrência de condenação pela prática de infração penal.

Diante do tratamento constitucional conferido à criança e ao adolescente, bem como do caráter protecional da Lei nº 8.069/1990, indaga-se se os dados relativos a atos infracionais podem ser utilizados como elemento de valoração após o infrator atingir a maioridade, caso pratique um crime.

A partir de considerações sobre o garantismo penal, o presente artigo tem por escopo estudar se os atos infracionais praticados por indivíduo que comete crime após completar dezoito anos configuram motivo idôneo para atestar a sua periculosidade e ensejar a sua prisão cautelar.

1 Garantismo penal

O Direito Penal deve ser concebido com fundamento no princípio da intervenção mínima, aplicável apenas em *ultima ratio*. Por tal razão, assevera-se o seu caráter subsidiário e fragmentário. Legitimada a sua aplicação, contudo, há a necessidade de rigorosa observância dos direitos fundamentais do seu destinatário.

A Constituição Federal vigente preceitua a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, tem como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e prevê direitos e garantias fundamentais, o que traduz a ideia da adoção de um ordenamento garantista.

Nesse sentido, a atuação estatal garantista tem como um de seus fins conferir efetividade ao modelo normativo dos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, prestigiando o Estado de Direito.

A partir da doutrina de Luigi Ferrajoli (2002), que preceitua a tutela das liberdades individuais em face do exercício arbitrário do poder, desenvolveram-se, no Brasil, ideias quanto ao garantismo penal, consubstanciadas na premissa de que o Estado deve assegurar efetivamente os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico ao acusado ou apenado.

O enfoque do garantismo penal deve se voltar à interpretação das normas de Direito Penal e Direito Processual Penal em consonância com as regras e os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Nesse viés, os preceitos garantistas quanto à proteção dos bens jurídicos não devem se dirigir exclusivamente ao indivíduo, investigado ou condenado, mas também em favor dos interesses da sociedade.

Logo, a extensão e os limites do pensamento garantista tanto valem para os direitos dos indivíduos que são processados ou condenados, como para os interesses coletivos da sociedade.

Sob esse prisma, o garantismo pode ser negativo e positivo, consubstanciando o garantismo integral.

O garantismo negativo impede abusos estatais em relação ao indivíduo, preservando os seus direitos fundamentais, traduzindo o pensamento da proibição do excesso. O garantismo positivo, por sua vez, fundamenta-se na proibição da defesa deficiente dos bens jurídicos de interesse da sociedade, consubstanciando uma proibição de omissão do dever de proteção da coletividade.

À luz do princípio da proporcionalidade, em julgamento de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal utilizou como fundamentação o raciocínio abaixo exposto:

[...]

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 06/03/2012, DJe-062, 27/03/2012).

O garantismo penal, compreendido a partir do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) ou sob o enfoque integral, preserva o equilíbrio na proteção dos direitos individuais e coletivos.

Todavia, é cediço que historicamente a arbitrariedade estatal e o decisionismo se deram em desfavor do indivíduo, gerando, no Brasil, a visão de apenas uma via do garantismo, num aparente afã compensatório, prestigiando somente os direitos individuais.

A essa visão do garantismo, que não harmoniza os direitos individuais com os interesses sociais, valorizando-se unicamente o indivíduo, propôs-se a denominação de garantismo hiperbólico monocular.

O garantismo difundido é desproporcionalmente (hiperbólico) voltado à proteção dos direitos individuais, unicamente (monocular). Nesse sentido, leciona Douglas Fischer:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quiçá pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos *direitos* dos cidadãos que se veem processados ou condenados (FISCHER, 2009, p. 2, grifo do autor).

O pensamento garantista, regido pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como vedação de

proteção insuficiente, deve se aplicar na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009), não só às relativas à esfera criminal. Nota-se, contudo, que os princípios e regras constitucionais que orientam e condicionam o Direito Penal e Processual Penal têm sido compreendidos unicamente para a tutela de direitos individuais.

A premissa da necessidade da limitação do poder estatal e da adoção de princípios para a proteção dos direitos individuais, sob o enfoque garantista, é mais do que válida, essencial à própria existência do Estado de Direito. Entrementes, essa proteção não se esgota no indivíduo. Há de ser considerada também a necessidade da proteção dos direitos da sociedade, consubstanciando o garantismo integral, numa via de mão dupla (FISCHER, 2010).

2 Prisão preventiva

Concebida como medida excepcional, de *ultima ratio* e caráter provisório, a prisão preventiva consiste na prisão cautelar decretada pelo magistrado em qualquer fase da persecução criminal, acatando representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente. Pode, também, ser decretada de ofício durante a fase do processo criminal, quando estiverem preenchidos os requisitos legais contidos no art. 313 do CPP e os motivos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP, sempre que não for cabível qualquer medida cautelar diversa da prisão (LIMA, 2011).

Antes de se perquirir sobre a existência das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, deve ser analisado se estão presentes os seus pressupostos, quais sejam, o *fumus comissi delicti*, consistente na prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação nos crimes ou situações previstas no art. 313 do CPP, o *periculum libertatis*, consubstanciado na demonstração da ineficácia ou impossibilidade da aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, bem como a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Além disso, deve ser verificado se estão atendidos os requisitos contidos no art. 313 do Código de Processo Penal, os quais não são cumulativos, bastando a identificação de uma das hipóteses abaixo:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (se reincidente em crime doloso);
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- IV - quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

Presentes os pressupostos e algum dos requisitos legais, deve ser verificada se a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, é suficiente.

Concluindo-se pela impossibilidade da aplicação de medida cautelar diversa da prisão ou pela sua ineficácia, passa-se à apreciação das situações previstas no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Quanto aos motivos ensejadores da segregação cautelar, interessa o estudo da prisão como garantia da ordem pública – expressão imprecisa, que comporta diversas interpretações –, todavia, prepondera o entendimento de que é lícita a segregação cautelar para a garantia da ordem pública quando restar concretamente demonstrado o risco de reiteração delituosa por parte do investigado ou acusado.

A finalidade dessa prisão é resguardar a sociedade do convívio do sujeito perigoso, que insiste em permanecer cometendo delitos quando solto.

Assim, a periculosidade do agente é aferida a partir da análise do seu passado delinquente, bem como pelos tipos de infrações penais praticadas, não sendo suficiente a alegação de que o delito praticado é considerado grave abstratamente ou que gerou clamor ou comoção social. Deve-se expor, de forma fundamentada, que a medida visa a impedir que o acusado continue a cometer delitos.

A jurisprudência consolidada nos tribunais preceitua que a análise da periculosidade deve ser realizada a partir de dados

concretos. Assentou-se, assim, o seguinte entendimento: se o réu em liberdade persistir com a prática delinquente, deverá responder ao processo preso, pois demonstra que a sua personalidade é voltada para a prática de delitos. Logo, não há outra forma de se preservar a ordem pública, senão por meio do afastamento do indivíduo do meio social¹.

Veja-se que a periculosidade é aferida a partir da constatação da prática anterior de crimes, não sendo necessário o trânsito em julgado de sentença proferida em processo criminal, mas apenas a comprovação da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes de autoria, os quais são verificados a partir da análise da legalidade das prisões em flagrante – com o seu respectivo controle por meio das comunicações obrigatórias e audiências de custódia – e da apreciação de inquéritos policiais contendo indiciamento.

Nesse passo, deve ser demonstrado ao magistrado que o indivíduo é perigoso, pois apesar de ser assegurada a sua permanência em liberdade até que se finde a instrução criminal, oportunizando-lhe, desde logo, a ressocialização, este, deliberadamente, ignora as normas penais e as infringe. Logo, não se trata de alçar mera suposição, mas de evidenciar concretamente a personalidade criminosa, permitindo, fundamentadamente, a segregação cautelar do indivíduo, em observância a vertente positiva do garantismo.

¹ Vide RHC 67.422/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 15/06/2016.

3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a prática de atos infracionais

Superando o paradigma dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, os quais tratavam a criança e o adolescente como objetos de tutela do Estado, preceituando a inimputabilidade como forma de proteção da sociedade, a Lei nº 8.069/1990, fundada na doutrina da proteção integral, prevista no art. 227 da Constituição Federal, passou a tratá-los como sujeitos de direitos (JESUS, 2006).

Nesse contexto, a legislação priorizou a promoção dos direitos da criança e do adolescente, traçando diretrizes para a implementação de políticas públicas, sempre considerando a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, as quais devem ser educadas quanto às obrigações e aos deveres ínsitos à vida em sociedade.

No que se refere ao tratamento à criança e ao adolescente em conflito com a lei, o Estatuto previu a aplicação de medidas específicas de proteção, bem como de medidas socioeducativas apenas em relação aos adolescentes².

Não obstante as medidas socioeducativas serem dotadas precipuamente de caráter pedagógico, a restrição de direitos, no

² Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta; Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (medidas específicas de proteção).

caso da medida de internação, revela também uma ação retributiva do Estado.

O tratamento conferido ao adolescente, contudo, ainda que envolto por um viés punitivo das medidas socioeducativas aplicadas para atos infracionais graves, sempre se pautará nos preceitos contidos na Lei nº 8.069/1990, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Verificada a prática do ato infracional, podem ser aplicadas quaisquer das medidas específicas de proteção: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

A decretação da medida de internação só é cabível quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração de infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, conforme dispõe o art. 122, da Lei nº 8.069/1990.

Constata-se que a mencionada medida privativa de liberdade é excepcional, voltada para situações em que o adolescente pratique ato que viole bens jurídicos relevantes, dotados de especial proteção. Ademais, também é aplicável a internação quando o adolescente se mostra displicente, indiferente à medida anteriormente imposta, demonstrando que não tem qualquer intenção de se ajustar às normas que regem o Estado e a sociedade.

Verifica-se, nesse ponto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê normas essencialmente protetivas, mas também dotadas de um caráter pedagógico-punitivo (LIBERATI, 2012). Ademais, também é possível extrair do seu texto que a medida gravosa de internação deve levar em consideração a periculosidade e a personalidade do adolescente.

Sobre o conteúdo do conceito de personalidade, é oportuna a abordagem de Ricardo Augusto Schmitt:

Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. Trata-se de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que devemos mergulhar no interior do agente em busca de avaliar sua maneira de ser, de viver, de se apresentar ao mundo exterior [...]. Na verdade, trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa [...] (SCHMITT, 2011).

Vale ressaltar que a consideração acima colacionada é realizada durante a análise das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal para efeito da fixação da pena, sendo comum ao magistrado não dispor de elementos para o reconhecimento e a valoração da personalidade do agente, impossibilitando-o de elevar a pena com este fundamento.

De fato, a personalidade não pode ser delimitada de forma estática, por mera disposição legal. Entretanto, afigura-se plausível, especialmente para efeitos cautelares, considerar que o indivíduo que reiteradamente pratica atos infracionais ou crimes graves indica a sua periculosidade, pois o seu modo de pensar,

agir, sentir e satisfazer as suas vontades é alheio à paz social, ao patrimônio e à integridade física de terceiros. Manifesta, assim, os seus valores e a forma de impor os seus interesses a qualquer custo, demonstrando a sua personalidade perigosa.

A análise da conduta do adolescente, que evidencia a sua periculosidade, é levada a efeito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, para o fim de apreciação da necessidade da internação provisória³, sem prejuízo da aplicação da medida de internação em estabelecimento educacional ao final do procedimento da apuração de ato infracional.

Há de se reconhecer, enfim, que perquirir a personalidade do adolescente é tão relevante quanto examinar a materialidade e autoria de um ato infracional, pois é a partir dessa investigação que impor-se-á ou não a internação provisória, bem como aplicar-se-á a medida socioeducativa adequada, dentre as previstas no rol do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³ Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

4 A decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, fundada na valoração da prática de atos infracionais

Os atos praticados pelo inimputável não podem ser considerados para qualquer efeito, como regra, após a maioridade. Vislumbra-se exceção prevista no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, relativamente à aplicação da medida socioeducativa de internação, a qual pode perdurar até os 21 (vinte e um) anos de idade incompletos, conforme preceitua o § 5º do art. 121 do referido diploma.

Trata-se de uma opção do legislador para permitir a atuação estatal especialmente aos adolescentes que praticarem atos infracionais graves na véspera de completarem 18 (dezoito) anos de idade. A previsão legal em comento evita, por exemplo, que um adolescente que pratique ato infracional grave um mês antes de atingir a maioridade se veja livre de qualquer medida por parte do Estado, extirpando a ideia da existência de uma espécie de “salvo-conduto” decorrente da aproximação da idade adulta.

Há de se admitir, portanto, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe a ideia de projetar a restrição de direitos ao adulto que, enquanto adolescente, formou o seu caráter em conflito com a lei, praticando atos infracionais.

A Lei nº 8.069/1990 prevê diversas formas de intervenção visando assegurar o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança e do adolescente. Isso não significa, contudo, que a atuação estatal seja suficiente para forjar valores éticos e morais,

bem como que as medidas socioeducativas consigam atingir a sua finalidade pedagógica e ressocializadora.

Verifica-se, assim, que muitos adolescentes que já ostentam antecedente de ato infracional entram novamente em conflito com a lei. Essa reincidência, por si só, não é suficiente para atestar a periculosidade dos infratores, sendo mero indicativo de personalidade desajustada, ainda em formação.

Não obstante, a reiteração da prática de atos infracionais graves evidencia a periculosidade concreta do adolescente, a qual não desaparece pelo simples fato do alcance da maioridade penal.

Nesse sentido, sob a ótica do Direito Penal, apesar de não ser possível fazer menção a atos infracionais como forma de sustentar a existência de maus antecedentes ou reincidência, nada impede a sua valoração para efeito da análise da personalidade e periculosidade do agente e, por consequência, decretar a sua prisão preventiva como forma de preservar a ordem pública.

5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O tema em comento foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual tinha entendimentos divergentes entre a 5ª e 6ª Turmas. Esta não admitia a possibilidade de decretação da prisão preventiva fundada na prática de atos infracionais⁴, ao passo que

⁴ HC 338.936/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

aquela utiliza tal fato como argumento para a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública⁵.

Os julgados da 6ª Turma acolhiam o entendimento de que os atos praticados na época da menoridade não poderiam ser utilizados para quaisquer fins de Direito Penal, pois estariam acobertados pelo sigilo, sujeitos a medidas judiciais de caráter protetivo, sob regência de legislação própria⁶.

A 5ª Turma, diversamente, entendia que a prática reiterada de atos infracionais evidencia o risco concreto da prática de novas infrações penais, demonstrando-se, assim, a periculosidade do agente e a propensão a delinquir novamente⁷.

O tema foi pacificado, conforme julgamento proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça⁸, prevalecendo o posicionamento no sentido da possibilidade da decretação da custódia cautelar para preservar a ordem pública, fundamentada no reconhecimento de que o cometimento de atos infracionais atesta a personalidade voltada à prática de infrações penais, evidenciando a periculosidade concreta bem como a tendência à reiteração delitiva.

⁵ RHC 55.996/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016.

⁶ HC 334.148/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015.

⁷ HC 353.050/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016.

⁸ STJ. 3ª Seção. RHC 63.855-MG, Rel. Para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016.

Entendeu-se que o art. 143 do Estatuto do Adolescente, que prevê o sigilo relativamente ao indivíduo que comete atos infracionais, só é aplicável enquanto não atingida a maioridade⁹.

Confira-se excerto da ementa do RHC 63.855-MG:

[...]

Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. 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. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como *antecedentes penais* e muito menos para firmar *reincidência* (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016).

Ao proferir o seu voto, o relator, eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, após contextualizar o tema e tecer considerações sobre a segregação cautelar, inclusive em legislações estrangeiras, asseverou:

[...] Ora se uma pessoa, recém ingressa na maioridade penal, comete crime grave e possui histórico de atos infracionais também graves, indicadores de seu comportamento violento, como desconsiderar tais dados para a avaliação judicial sobre a periculosidade do réu? (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016).

⁹ Art. 143. 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.

Prosseguindo em seu voto, esclareceu:

[...] Evidentemente não cabe considerar atos infracionais como antecedentes penais, bastando, para dar lastro a tal assertiva, lembrar que *ato infracional não é crime, que medida socioeducativa não é pena*, inclusive quanto aos fins a que se destina, que o *adolescente não é imputável*, que a *sentença final nos processos por ato infracional não é condenação*. Daí, porém, a não poder utilizar, *para avaliação judicial de natureza cautelar* – que não pressupõe, insista-se, juízo de culpabilidade, mas de periculosidade do agente – o histórico recente de vida do acusado, ao tempo em que ainda não atingira a maioridade, vai uma grande distância.

Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. 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, quais os atos infracionais praticados. Se estes não servem, por óbvio, como *antecedentes* penais e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados, repito, para aferir *o risco que a sociedade corre com a liberdade plena do acusado* (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016, grifo do autor).

Por fim, antes de propor a fixação de critérios para valorar os atos infracionais para fins cautelares, observou que o Supremo Tribunal Federal, no RHC 134121 MC/DF, cujo relator é o Ministro Luiz Fux, na data de 20.4.2016, decidiu no mesmo sentido. Confira-se fragmento do referido julgado:

[...] A prevalecer o argumento de que a prática de atos infracionais na menoridade não se comunica com a vida criminal adulta, ter-se-á que admitir o absurdo de que o agente poderá reiterar na prática criminosa logo após adquirir a maioridade, sem que se lhe recaia a possibilidade de ser preso preventivamente.

A possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública (RHC 134.121, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/04/2016).

O Ministro relator ponderou, contudo, parâmetros para a valoração dos atos infracionais como forma de atestar a periculosidade concreta do agente. Assim, não se mostraria razoável a decretação da prisão preventiva a partir de uma violação qualquer à legislação. É necessária a análise sobre: 1) a gravidade do ato infracional; 2) a época em que foi praticado; 3) se efetivamente houve a comprovação da autoria e materialidade.

As balizas estabelecidas devem ser analisadas de forma cumulativa, não sendo idônea a decretação da prisão preventiva com base em atos infracionais nos quais houve a remissão, sem que restasse comprovada a autoria, bem como por atos praticados sem violência ou grave ameaça ou que tenham sido cometidos em data distante da prática criminosa.

Veja-se que, pelo voto proferido, não se abriu a possibilidade irrestrita de decretação de prisão preventiva com o fim de preservar a ordem pública com supedâneo na prática anterior de atos infracionais.

Deve estar evidenciado, portanto, o cabal reconhecimento da materialidade e da autoria, o qual pode ser comprovado por meio de certidão em que conste que foi aplicada medida de internação. Ademais, o ato infracional análogo a crime deve ser precisamente explicitado, permitindo a aferição sobre a sua

natureza grave. Por fim, faz-se necessária a demonstração quanto à contemporaneidade dos atos infracionais.

Dessa forma, estará fundamentada a necessidade da constrição cautelar se devidamente demonstrada a real possibilidade de reiteração delitiva.

6 Conclusão

O garantismo penal traduz a ideia da harmonização dos interesses da sociedade com os direitos do indivíduo, limitando a atuação estatal em prol da liberdade individual em sua amplitude máxima, sem descuidar, todavia, da tutela de bens jurídicos de expressiva magnitude, cujo interesse é de toda a coletividade. Assim, numa via de mão dupla, de forma equilibrada, caracteriza-se o garantismo penal integral, em que se veda o excesso em face do indivíduo (garantismo negativo), e também se proíbe a proteção deficiente da sociedade (garantismo positivo)¹⁰.

Nesse sentido, a prisão preventiva se enquadra na vertente do garantismo positivo, excepcionando a regra da permanência do indivíduo em liberdade durante a instrução criminal. Essa segregação cautelar, quando fundada na necessidade de se preservar a ordem pública, deve ser decretada a partir da concreta constatação da periculosidade do acusado ou réu, a qual é perquirida tendo por base, dentre outros fatores, a análise da sua personalidade.

¹⁰ Vide RE 418.376-5/MS.

A reiteração criminosa do agente indica a probabilidade real da recidiva na violação da lei penal, autorizando a conclusão da efetiva existência de risco à sociedade, caso o indivíduo permaneça em liberdade. Assim, a prática de crimes anteriores pode servir de fundamento para a decretação da prisão preventiva do imputável para garantir a ordem pública, pois, a partir da análise da sua conduta delinquente, extrai-se a conclusão de que a sua personalidade é voltada para o desrespeito à lei penal, que tutela os bens jurídicos mais relevantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua a proteção integral da criança e do adolescente e o sigilo dos atos praticados apenas para o momento anterior à vida adulta. Logo, a constatação da existência de atos infracionais é elemento idôneo para se atestar a periculosidade do indivíduo imputável por ter alcançado a maioridade.

Não é possível reconhecer os atos infracionais como se delitos fossem, mas a personalidade do infrator é revelada por meio deles, podendo ser valorada para a decretação da prisão preventiva por necessidade da garantia da ordem pública, quando for manifesta a conclusão pela sua periculosidade.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, estabeleceu parâmetros para valorar se o indivíduo que praticou crime é perigoso, por meio da apreciação dos atos infracionais praticados. Para tanto, deve ser observado se houve o reconhecimento da autoria e materialidade no juízo da infância e da juventude, a contemporaneidade das infrações e a gravidade delas.

Title: The valuation of infractions in adolescence as grounds for pre-trial detention

Abstract: This article deals with the limits of the scope of the integral protection doctrine provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the Act no. 8.069/1990, especially in relation to an adult who has been an adolescent offender. It discusses how the theory of protection of civil liberties in criminal law should be understood and how the term “guarantee of the public order” should be interpreted, one of the requirements for the decreeing of pre-trial detention, from the verification of the dangerousness of the criminally capable individual, based on the analysis of his conduct as a teenager in conflict with the law. In this perspective, this paper analyzes the recent positioning of the Superior Court of Justice on the subject.

Keywords: Integral protection doctrine. Protection of civil liberties in criminal law. Infractions in adolescence. Pre-trial detention. Personality. Dangerousness.

Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

JESUS, Mauricio Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção*. Campinas: Sevanda, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional, medida socioeducativa é pena?* 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ERCOLIN, Renato Augusto. A valoração dos atos infracionais para fundamentar a decretação da prisão preventiva. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 193-216, 2019. Anual.

Submissão: 26/4/2017

Aceite: 14/8/2017