

As Possíveis Decisões do Promotor de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado do Amazonas da Conclusão do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, Regulado Pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015¹

Alessandro Samartin de Gouveia²

Christianne Corrêa³

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as possíveis decisões do membro do Ministério Público do Estado do Amazonas na conclusão do procedimento de notícia de fato criminal, regulado pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015.

Palavras-chave: *Notícia de Fato Criminal. Objeto. Diligências. Decisões.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar as decisões possíveis de serem adotadas pelo Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas no exercício da atividade extrajudicial criminal,

¹ Data de Recebimento: 19/12/2017. Data de Aceite: 19/01/2018.

² Promotor de Justiça no Amazonas. E-mail: asgouveia@mpam.mp.br

³ Promotora de Justiça no Amazonas. E-mail: christiannecorrea@mpam.mp.br

para a conclusão do procedimento de notícia de fato criminal - PNFC, regulamentado pelas Resoluções CSMP/AM n. 006/2015⁴ e CNMP n. 181/2017⁵.

O objetivo geral, portanto, é apresentar as decisões possíveis para conclusão do procedimento de notícia de fato criminal, conforme Resoluções CSMP/AM n. 006/2015 e CNMP n. 181/2017.

O objetivo específico deste estudo é apontar as medidas que permitam a obtenção de resultados mais eficientes e eficazes pelos membros do Ministério Público, no exercício de suas atividades extrajudiciais criminais.

A metodologia aplicada no desenvolvimento deste trabalho será de consulta normativa, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, permitindo que, no primeiro capítulo, sejam apresentados os aspectos gerais e específicos; no segundo capítulo, o objeto do procedimento e a definição da metodologia investigativa; e no terceiro capítulo, as decisões possíveis de serem adotadas pelo Promotor de Justiça Criminal para a conclusão do procedimento de notícia de fato criminal.

Ao final, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas sobre os objetivos do estudo, ter-se-ão oferecido caminhos seguros aos membros do Ministério Público na condução de procedimentos de notícia de fato criminais que estejam sob sua responsabilidade, garantindo, portanto, uma maior resolutividade desses procedimentos.

2 DECISÕES POSSÍVEIS

Delimitado o objeto do PNFC, escolhidas as diligências adequadas e concluídas essas pesquisas hábeis a responder o problema do objeto da apuração, quatro decisões possíveis se apresentam para o órgão titular da apuração: declínio de atribuição, deferimento de instaura-

⁴ Alterada pelas Resoluções CSMP/AM ns. 075/2015 11 e 24/2017.

⁵ Esta Res. revogou a Res. CNMP n. 13/2006.

ção de investigação, indeferimento de instauração de investigação ou ajuizamento de ação penal.

A Res. CNMP n. 181/2017 prescreve, em seus arts. 2º, que em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá:

I – promover a ação penal cabível;

II – instaurar procedimento investigatório criminal;

III – encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo;

IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento;

V – requisitar a instauração de inquérito policial, indicando, sempre que possível, as diligências necessárias à elucidação dos fatos, sem prejuízo daquelas que vierem a ser realizadas por iniciativa da autoridade policial competente.

O art. 2º, IV, da Res. CNMP n. 181/2017 é regulamentado no art. 19 do mesmo diploma.

Já a Res. CSMP/AM n. 006/2015 trata das decisões possíveis no PNFC em artigos diversos, prevendo o indeferimento da notícia de fato criminal nos arts. 18 e 25; o deferimento, no art. 21; e o declínio de atribuição no art. 5º. Entretanto, não regulamenta o ajuizamento de ação penal cabível e a requisição de instauração de inquérito policial. A partir desse cenário normativo, é que serão abordadas as decisões possíveis nos subitens seguintes.

2.1 Declínio de Atribuição (Art. 2º, III, da Res. CNMP n. 181/2017 e Art. 5º da Res. CSMP/AM n. 006/2015)

Após a realização das verificações preliminares de informações, os indícios de materialidade podem apontar para a ocorrência de ilícitos penais para os quais o presidente não tenha atribuição para decidir sobre a instauração ou não investigação.

A Res. CSMP/AM n. 006/2015, no seu art. 3º, determina que atu-

ará em notícia de fato, ou em procedimento extrajudicial, o órgão de execução do Ministério Público do Estado do Amazonas com atribuições descritas em lei ou em ato normativo correspondente.

No caso do PNFC, os principais atos normativos são a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. A Constituição regulamenta a competência das justiças comuns federal e estadual e das justiças especializadas eleitoral, militar e do trabalho. Logo, como há essa divisão e uma das finalidades da futura investigação criminal é o ajuizamento ou não de ação penal, resta evidente que o PNFC também seguirá as regras judiciais referentes à competência dos juízos.

O Código de Processo Penal, por sua vez, estabeleceu no art. 69 que a competência jurisdicional será determinada pelo lugar da infração, pelo domicílio ou residência do réu; pela natureza da infração; pela distribuição; pela conexão ou continência; pela prevenção; e pela prerrogativa de função.

A distribuição e a prevenção possuem menos importância que as demais regras de fixação de competência, apesar de haver situações em que elas influenciarão o PNFC, pois com pesquisas em sistemas de processos judiciais, o fato narrado estará sendo apurado em processo judicial anterior.

Portanto, como a ideia neste trabalho não é tratar da competência processual penal, mas apenas das decisões possíveis na conclusão do PNFC, a simples referência a essas formas de competências judiciais é suficiente para avançar sobre a decisão de declínio de atribuição.

O art. 5º da Res. CSMP/AM n. 006/2015, prescreve que “se entender que não possui atribuições para atuar em notícia de fato recebida, o membro do Ministério Público deverá providenciar a sua remessa direta ao órgão de execução interno ou externo que entenda possuir atribuições para tanto”.

Assim, se os indícios de materialidade apontarem para a participação de autoridade com foro por prerrogativa, o declínio de atribuição pelo Promotor de Justiça de primeiro grau é obrigatório,

valendo a pena destacar que os indícios, evidências, provas e elementos colhidos em VPI no procedimento de notícia de fato criminal são totalmente hígidas, pois o PNFC é um pré-investigado do fato e não dos autores, já que sequer há investigados nesse procedimento.

Então, constatada a existência de indícios de materialidade da provável participação de autoridade com foro por prerrogativa de função, deverá o membro responsável pelo PNFC declinar a atribuição para o órgão investido de habilitação para a instauração, ou não da investigação sobre os fatos noticiados.

Não é possível, porém, a instauração de procedimento investigatório pela autoridade sem atribuição com posterior remessa do PIC ao outro órgão encarregado, pois a decisão quanto à instauração, para ser válida, precisa ser proferida por quem tem atribuição para presidir uma investigação envolvendo autoridade detentora de foro, por exemplo.

Importante lembrar que, como regra processual, o princípio do *tempus regit actum* se aplica, de sorte que o exame da presença de foro por prerrogativa por função, por exemplo, tem que se concretizar prévia ou contemporaneamente à decisão final do PNFC. Se a pessoa adquirir foro posteriormente, as decisões anteriores são perfeitamente válidas.

Quando envolve autoridade com prerrogativa de função, o declínio de atribuição pode se dar dentro da mesma instituição, isto é, do membro de primeiro grau para o Procurador-Geral de Justiça, como pode exigir a remessa do procedimento para fora da instituição, em casos que envolvam autoridades submetidas à atribuição do PGR.

Da mesma forma, o lugar da infração pode ser diferente e a remessa dos autos, ainda que entre órgãos com mesma atribuição, torna-se obrigatória em atenção à regra do Código de Processo Penal. Assim, se o Promotor de Justiça recebe a notícia de um fato em Tabatinga/AM e ao fazer a VPI constata indícios de que o fato se deu em São Paulo de Olivença/AM, deverá declinar a atribuição para este último órgão.

A importância desse cuidado quanto à atribuição, no criminal, tem maior relevo do que no cível, pois as medidas judiciais destinadas a produção de provas, se não observarem as regras das competências judiciais, podem gerar nulidades insanáveis.

2.2 Indeferimento de Instauração de PIC (Art. 2º, IV, e art. 19 da Res. CNMP n. 181/2017 e arts. 18 e 25 da Res. CSMP/AM n. 006/2015)

Na Res. CNMP n. 181/2017, o art. 2º, IV, determina que poderá o membro do Ministério Público promover fundamentadamente o respectivo arquivamento das peças de informação, enquanto os arts. 18 e 25 da Res. CSMP/AM n. 006/2015 prescrevem que a Notícia de Fato será indeferida fundamentadamente quando faltar justa causa ou condição de procedibilidade à futura ação penal; ou os fatos narrados não configurarem crime ou contravenção penal; ou o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação penal; ou se, mesmo após as diligências preliminares, não surgirem quaisquer provas suficientes de crime ou de contravenção penal.

É interessante notar que a Res. CNMP n. 181/2017 menciona promover fundamentadamente o respectivo arquivamento quando o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, ou constatar o cumprimento do acordo de não-persecução, esclarecendo que a promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

As Resoluções do CNMP e do CSMP/AM, nesse particular, divergem, pois a do Amazonas, editada pelo órgão superior interno CSMP, decidiu que o Procedimento de Notícia de Fato Criminal dispensa a remessa ao Conselho, quando de seu arquivamento, apesar de ter

permitido que haja recurso contra essa decisão, e que este recurso será examinado pelo CSMP. A questão relevante aqui é: seria possível uma interpretação de conformidade entre esses dispositivos? Sim, é cabível uma interpretação de conformação.

Nesse caso, como o parágrafo único do art. 19 da Res. CNMP n. 181/2017 prescreve que a promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, ou ao órgão superior interno responsável pela sua apreciação, torna-se possível que o órgão superior interno, neste caso o CSMP/AM, estipule regramento específico sobre o arquivamento do Procedimento de Notícia de Fato Criminal.

Logo, como o CSMP/AM estipulou regramento específico quanto ao Procedimento de Notícia de Fato Criminal, assegurando, inclusive, a possibilidade de revisão dessa decisão, em consonância com a sistemática existente no Código de Processo Penal, não há ilegalidade em aplicar esse entendimento ao PNFC.

A outra opção viável, não excluída pela Res. CSMP/AM n. 006/2015 em seus parágrafo único do art. 19 e § 2º do art. 25, é a faculdade de submeter o indeferimento da instauração do PIC ao CSMP e, por conseguinte, ao próprio Poder Judiciário. A escolha ficará a cargo do membro responsável pela presidência do procedimento.

O ideal, sem dúvida, é a unificação do procedimento, porém, todas essas possibilidades, quanto ao indeferimento da instauração do PIC são legalmente possíveis.

Acaso opte pelo sistema de controle previsto na Res. CSMP/AM n. 006/2015, o membro deverá observar os dispositivos contidos nos arts. 18 a 20 e § 2º do art. 25, *in verbis*:

Art. 18. Em caso de indeferimento da notícia de fato, de natureza cível ou criminal, o noticiante será cientificado da decisão de indeferimento.

§1o. A cientificação será realizada, preferencialmente, por meio eletrônico, podendo também ser efetivada por carta com aviso de recebimento ou notificação pessoal, ou, na hipótese de não localização, por publicação no Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público (DOMPE).

§2o. A cientificação é facultativa no caso de a notícia de fato ter sido encaminhada ao Ministério Público por órgão público em face de dever de ofício.

§3o. Se a notícia de fato for anônima, a cientificação será efetivada pela publicação no Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público (DOMPE).

Art. 19. O indeferimento de notícia de fato prescinde de sua remessa ao Conselho Superior do Ministério Público. Parágrafo único. É facultado ao membro do Ministério Público submeter o indeferimento de notícia de fato anônima ou de grande repercussão social a reexame voluntário pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Art. 20. Do indeferimento da notícia de fato caberá recurso administrativo ao Conselho Superior do Ministério Público, devidamente fundamentado e com as respectivas razões, no prazo de 10 (dez) dias.

§1o. Caso o noticiante apresente recurso contra a decisão de indeferimento da notícia de fato, o recurso será protocolado na secretaria do órgão que indeferiu a instauração de procedimento e juntado aos respectivos autos extrajudiciais, que deverão ser remetidos, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, para apreciação, caso não haja reconsideração.

§2o. Não havendo recurso, os autos serão arquivados na própria origem, registrando-se no sistema respectivo.

(...)

Art. 25. Se o membro do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a instauração de procedimento investigatório criminal, indeferirá a notícia de fato, fazendo-o fundamentadamente.

(...)

§2o. O indeferimento da notícia de fato de natureza criminal, na forma do parágrafo anterior, dispensa a remessa ao Poder Judiciário e será arquivada na própria Promotoria de Justiça de origem.

E quando deverá indeferir a instauração de PIC, ou não requisitar a instauração de IP? A resposta está nos incisos I a IV do § 1º do art. 25, abaixo transcrito:

Art. 25. Se o membro do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a instauração de procedimento investigatório criminal, indeferirá a notícia de fato, fazendo-o fundamentadamente.

§1o. O membro do Ministério Público indeferirá a instauração de procedimento de investigação criminal.

- I - se faltar justa causa ou condição de procedibilidade à futura ação penal;
- II - se os fatos narrados não configurem crime ou contravenção penal;
- III - se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação penal;
- IV - se, mesmo após as diligências preliminares, não surgirem quaisquer provas suficientes de crime ou de contravenção penal.

A clareza das hipóteses acima dispensa maiores aprofundamentos teóricos, já que podem ser resumidos na ausência de justa causa para futura investigação, ou simplesmente não houver indícios de materialidade de crimes.

2.3 Deferimento de Instauração de PIC ou Requisição de IP (Art. 2º, II e V, da Res. CNMP n. 181/2017 e Art. 52, II e V, e Art. 54 da Res. CSMP/AM n. 006/2015)

Em sentido contrário ao que ocorre com o indeferimento, será possível o deferimento, quando houver justa causa para a investigação. Se a justa causa for para a ação penal, não fará sentido a instauração da investigação, pois já haverá elementos para o ajuizamento da ação penal. A justa causa para a instauração da investigação é a presença de indícios de materialidade de crime, ainda que não se saiba, ou se tenha indícios de autoria.

Assim, haverá justa causa para a instauração de Procedimento Investigatório Criminal ou Requisição de Instauração de Inquérito Policial sempre que, após a fase de VPI, o presidente do procedimento encontrar indícios de materialidade crime, do contrário o indeferimento é impositivo.

A requisição de instauração do IP não é excludente da instauração do PIC, ainda que o art. 25, § 1º, III, da Res. CSMP/AM n. 006/2015, mencione ser essa uma hipótese de indeferimento, mostra-se muito interessante a formação de forças-tarefas pela Polícia Judiciária e o

Ministério Público, a partir da instauração de IP e de PIC, posteriormente reunidos para ajuizamento de ação penal. Por essa razão, o art. 2º, II e V, da Res. CNMP n. 181/2017 e o art. 52, II e V, da Res. CSMP/AM n. 006/2015 colocam essas duas possibilidades em favor da decisão do membro.

A exceção à existência de justa causa está prevista no art. 21 da Res. n. 006/2015, quando estabelece que se o fato requerer apuração, ou acompanhamento, ou vencido o prazo do art. 20, instaurará o procedimento próprio. O problema é que o art. 20 não trata de prazo do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, que está definido no art. 24. Parece, portanto, ter havido equívoco na referência ao art. 20, pois este dispositivo se refere ao prazo para recurso quanto ao indeferimento da notícia de fato.

Logo, parece que a ideia foi de evitar um prolongamento desnecessário da duração do PNFC, de modo que se os fatos se mostrarem mais complexos, a instauração do PIC ou a requisição de IP seriam a via mais adequada.

Entretanto, é de se buscar sempre a existência de justa causa, pois a instauração de PIC, ou a requisição de IP representam um risco maior do que os inquéritos civis. Assim, a interpretação mais prudente, nesse caso, não seria se os fatos são mais complexos por si mesmos, mas sim, aqueles fatos cuja apuração exija o ajuizamento de medidas investigatórias submetidas à reserva de jurisdição.

Nesse contexto, se após a VPI houver indícios de materialidade, que somente poderão ser confirmados mediante o uso de medidas cautelares de afastamento de sigilos, por exemplo, vencido o prazo do PNFC, a instauração do PIC é necessária.

Não se pode confundir essa possibilidade com aquela em que o PNFC está vencido, mas não houve a realização de VPI. Aqui, ainda que em desconformidade com a regra do prazo para conclusão, deve ser adotada a prorrogação do PNFC para realizar a VPI, pois a instauração de uma investigação sem elementos mínimos de justa

causa é mais nocivo do que prorrogar o procedimento por prazo superior ao limite previsto nos regulamentos.

2.4 Ajuizamento de Ação Penal (art. 2º, I, da Res. CNMP n. 181/2017 e art. 52, I, da Res. CSMP/AM n. 006/2015)

Conforme já delineado no curso deste estudo, é possível que ao final do PNFC, a VPI traga elementos de materialidade e indícios suficientes de autoria, de sorte que não haveria sentido em instaurar um PIC ou requisitar o IP se o membro já possui os requisitos para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada.

Portanto, a decisão do PNFC, nesse caso, será de oferecimento da denúncia e com isso se encerra o procedimento. Vale destacar que esta, porém, não é a regra.

2.5 Do Acordo de Não-Persecução Penal (art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017)

De todas as decisões possíveis, a mais polêmica certamente é a prevista no art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017, que é o acordo de não-persecução penal. Neste trabalho não serão abordados os aspectos específicos do tema e, portanto, todas as atuais discussões travadas sobre a constitucionalidade, ou não, dessa decisão. Por outro lado, como este trabalho tem por objeto as Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015, essa possibilidade de decisão não poderia ficar de fora do estudo.

Esse acordo de não-persecução penal somente tem regramento na Res. do CNMP e aplicar-se-ia aos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o membro do Ministério Público poderia propor ao investigado um acordo de não-persecução penal, desde que o suspeito confessasse formal e detalhadamente a prática do delito, indicasse eventuais

provas de seu cometimento, além de cumprir pelo menos um dos requisitos previstos nos incisos I a VI, e não se enquadrar em nenhum dos incisos I a IV do §1º, todos do art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017, conforme se vê abaixo:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período

correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

3 CONCLUSÃO

Com isso, concluem-se as possíveis decisões a serem adotadas pelo Promotor de Justiça do Estado do Amazonas na conclusão do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, regulado pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015.

THE POSSIBLE DECISIONS OF THE PROSECUTOR OF THE “MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS” WHEN CONCLUDING A PREPARATORY CRIMINAL INQUIRY, REGULATED BY RESOLUTIONS CNMP N. 181/2017 E CSMP/AM N. 006/2015.

ABSTRACT

The present paper lists the possible decisions of the prosecutor of the “Ministério Público do Estado do Amazonas” when concluding a preparatory criminal inquiry, regulated by Resolutions CNMP n. 181/2017 and CSMP/AM n. 006/2015.

Keywords: *Criminal Fact’s News. Object. Steps. Decisions.*

REFERÊNCIAS

BARRAL, Weber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 4 ed., Del Rey: Belo Horizonte, 2010.

Brasil. Resolução. CNMP n. 181/2017. Regulamenta o Procedimento Investigatório Criminal. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 30 set. 2017.

AMAZONAS. Resolução. CSMP/AM n. 006/2015. Regulamenta os procedimentos extrajudiciais do Ministério Público do Estado do Amazonas. Disponível em <http://www.mpam.mp.br/attachments/article/8136/RES.2015.0006_P1%20934503-2015-PGJ_Disciplina%20procedimentos%20administrativos%20no%20MPE-AM_Alterada%20pelas%20Res%20075-2015%2011%20e%2024-2017-

CSMP_Republicada.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689/1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 30/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1611856/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 26/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=NULIDADE+E+INTERCEPTA%C7%D5ES+TELEF%D4NICAS+e+AUS%ANCIA+DE+FUNDAMENTA%C7%C3O+e+EMBASAMENTO+E+DEN%DANCIA+AN%D4NIMA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 38.060/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 20/02/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURAN%C7A+E+INQU%C9RITO+E+POLICIAL+E+DEN%DANCIA+E+AN%D4NIMA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 38.566/ES, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 07/12/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DEN%DANCIA+E+AN%D4NIMA+E+POSSIBILIDADE+E+HABEAS+E+CORPUS+E+INTERCEPTA%C7%C3O+E+TELEF%D4NICA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=17>>. Acesso em 30 set. 2017.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de inteligência e legislação correlata**. 5 ed., Impetus: Niteroi - RJ, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3 ed., Atlas:São Paulo, 2015.

_____. **Curso de Investigação Criminal**. 3 ed., Atlas:São Paulo, 2013.

_____. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5 ed., Atlas:São Paulo, 2015.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público**. 5 ed., Atlas: São Paulo, 2016.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2 ed., Saraiva: 2016.

A Valoração dos Atos Infracionais na Dosimetria da Pena¹

Aureliano Rebouças Júnior²

Rafaela Pacheco Nunes³

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 maioria. 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

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

² 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

³ 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



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 9, nº 2
(jul./dez. 2017)

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 penais⁴, 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.⁵ 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.⁶

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 inimputabilidade 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 inimputabilidade. Significa dizer que, uma vez comprovada a menoridade por documento hábil (documento civil de identificação), o agente será considerado inimputável, 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.⁷

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 Schiatti 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 míngua 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.⁸

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.⁹ 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.”¹⁰

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

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

¹⁰ 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-DF¹¹. 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.

¹¹ 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”¹² neste sentido, a fim de pacificar a matéria.

¹² 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, Nélon. **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

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br