

A (IN)UTILIZAÇÃO DO ATO INFRACIONAL COMO FONTE DE CONVENCIMENTO JUDICIAL PARA APLICAÇÃO DE PENA: UMA ANÁLISE DO RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 63.855 IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juliana Paganini ¹

Patrícia Gonçalves Medeiros ²

RESUMO: Este trabalho possui o objetivo de estudar se as medidas socioeducativas aplicadas poderão ser utilizadas, futuramente, na análise de sua conduta quando do cometimento de alguma infração, já em idade adulta, ou se devem ser mantidas apenas em seus registros, conservando-se, assim, o sigilo quanto a seus atos enquanto seu desenvolvimento ainda poderia ser descrito como incompleto e sua capacidade de compreensão parcial. Procedeu-se de um estudo bibliográfico apoiado sobre artigos e livros de diferentes autores, visando verificar como se posiciona a doutrina nacional sobre o tema, além da verificação de julgados brasileiros, permitindo, assim, a compreensão do posicionamento jurisprudencial. Concluiu-se que no passado essas medidas não eram levadas em consideração, posteriormente, ao atingirem a maioridade, ou isso ocorria apenas em alguns casos, já que não havia uniformidade jurisprudencial sobre o tema, assim como ainda não há uniformidade doutrinária sobre ele. Através do RHC 63.855 de 2016, ficou definido que uma unificação sobre a abordagem do tema precisava ser adotada e que os antecedentes socioeducativos poderiam ser considerados em casos de crimes graves, semelhantes a condutas assumidas ainda na adolescência, o que apontaria uma tendência no cometimento desse tipo de ação. O método de abordagem selecionado foi o dedutivo, enquanto o método de procedimento é monográfico, levando a uma aproximação com as teorias que envolvem o tema, bem como sua maior compreensão por parte do pesquisador.

Palavras-chave: Adolescente. Criança. ECA. Medidas socioeducativas.

ABSTRACT: This study aims to study whether socioeducational measures applied may be used in the future in the analysis of their conduct when committing an infraction, already in adulthood, or if they should be kept only in their records, thus preserving themselves, the secrecy as to their acts while their development could

¹ Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Professora da Escola Superior de Criciúma-ESUCRI. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com

² Graduada em direito pela Escola Superior de Criciúma- ESUCRI. Email: patymedeiros@hotmail.com

still be described as incomplete and their capacity for partial understanding. A bibliographic study was based on articles and books of different authors, aiming to verify how the national doctrine is positioned on the subject, besides the verification of Brazilian judgments, thus allowing the understanding of the jurisprudential positioning. It was concluded that in the past these measures were not taken into account later when they reached the age of majority, or this occurred only in some cases, since there was no jurisprudential uniformity on the subject, just as there is still no doctrinal uniformity about it. Through RHC 63,855 of 2016, it was defined that a unification on the subject approach needed to be adopted and that the socio-educational background could be considered in cases of serious crimes, similar to behaviors assumed during adolescence, which would indicate a tendency in the commitment of this type of action. The method of approach selected was the deductive, while the procedure method is monographic, leading to an approximation with the theories that involve the subject, as well as its greater understanding on the part of the researcher.

Keywords: Teenager. Child. ECA. Educational measures.

INTRODUÇÃO

Por muitos anos crianças e adolescentes não foram vistos como sujeitos de direitos, mas como bens sobre os quais os pais tinham total direito e nenhuma obrigação e, assim, poderiam atuar como lhes parecesse mais adequado.

Com o passar do tempo, porém, as crianças passam a ser vistas como membros importantes das famílias e, assim, surgem buscas constantes para que sejam respeitadas, valorizadas e protegidas de abusos e desrespeito, ainda que isso ocorra dentro do seio familiar.

No presente crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, como tal, são protegidos pela Constituição Federal e outras leis brasileiras, destacando-se o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, como sendo o dispositivo que mais inovações trouxe ao tema, assegurando que o melhor interesse a eles seja sempre preservado, assim como sua proteção integral frente aos acontecimentos sociais diversos.

O infrator, em função do ECA, receberá medidas protetivas ou socioeducativas, de acordo com a idade e a conduta adotada. São medidas que muito mais do que punir, apresentam intuito de corrigir, de alterar a conduta e fazer com que estes indivíduos compreendam a ilicitude de seus atos e deixem de agir desta forma.

Diante dessa realidade, este estudo justifica-se pela necessidade de compreender se as medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente poderão ser utilizadas, futuramente, na análise de sua conduta quando do cometimento de alguma infração, já em idade adulta.

Procedeu-se de um estudo bibliográfico apoiado sobre artigos e livros de diferentes autores, visando verificar como se posiciona a doutrina nacional sobre o tema, além da verificação de julgados brasileiros, permitindo, assim, a compreensão do posicionamento jurisprudencial.

O estudo foi desenvolvido em forma de capítulos, de modo a alcançar um resultado organizado e de fácil compreensão. O primeiro capítulo aborda o conceito de criança e adolescente no Brasil.

No segundo capítulo são abordadas as medidas socioeducativas no ECA, e a definição de ato infracional.

O capítulo três engloba a decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça ao RHC – Recurso em Habeas Corpus nº 63.855 sobre a utilização de atos infracionais como fonte de convencimento judicial para aplicação de prisão preventiva, relato do fato, o RHC 63.855, a decisão do STJ.

O método de abordagem a ser utilizado é o Dedutivo, tendo-se em vista que a presente pesquisa tem seu início em teorias e hipóteses e segue em direção a suas aplicações práticas. As técnicas de pesquisa a serem utilizadas no presente trabalho serão bibliográfica e documental.

1. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE NO BRASIL

Diante de todo o progresso ocorrido no sentido reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, progresso esse advindo da promulgação da CRFB/88, bem como do ECA, (BRASIL, 2018-A; BRASIL 1990) é fundamental entender quem é a criança e quem é o adolescente.

O ECA, em seu art. 2º, estipula que criança é aquela até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquele que tiver entre 12 e 18 anos de idade. O art. 2º do Código Civil (CC) garante a personalidade civil desde antes do nascimento (BRASIL, 1990).

Com isso, foram consagrados direitos fundamentais para aqueles que, até então, eram vistos apenas como objetos perante a sociedade. Sobre o tema,

salienta Liberati (2006, p. 27) que “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda”.

Sendo assim, os direitos das crianças e dos adolescentes estão configurados no direito público, pelo interesse do Estado em reeducá-los quando assim houver a necessidade, para que venham a ser cidadãos de bem, além dos casos de necessidade de proteção (REZENDE, 2008).

A liberdade da criança foi um dos direitos fundamentais estipulados para sua maior valorização, dentro do conceito de pessoa humana em pleno processo de desenvolvimento sendo compreendido como os seguintes aspectos de acordo com o art. 16 do ECA:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
I Ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvados as restrições legais;
II Opinião e expressão;
III Crença e culto religioso;
IV Brincar, praticar esportes e divertir-se;
V Participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
VI Participação da vida pública, na forma da lei;
VII Buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 1990).

O desenvolvimento da criança deverá se dar, preferencialmente, em ambiente sadio, em condições para que possa crescer de forma digna, conforme disposto no art. 7º ao art. 14 do ECA (BRASIL, 1990), destacando-se a proteção à vida e à saúde. Esta proteção será efetivada por meio de políticas sociais e públicas permitindo, desde seu nascimento, um convívio sadio e harmônico com a família e dentro da sociedade (CANTO, 2008).

A integridade física e mental da criança e do adolescente é estendida a toda a família, não se limitando apenas para os pais, mas também para a sociedade, na tentativa de evitar castigos físicos e condutas cruéis, evitando condições em que os adolescentes ou as crianças sejam humilhados (ISHADA, 2015).

Sendo que todos devem assegurar a dignidade da criança e do adolescente, não pondo a risco de qualquer forma desumana de violência (art.18 ECA) (BRASIL, 1990).

Diante da visão inovadora do ECA para a efetivação da proteção e do amparo das crianças e dos adolescentes, princípios basilares foram inseridos para o

maior reconhecimento dos direitos e para a resolução dos conflitos que envolvam crianças e adolescentes, os quais serão citados adiante.

2. O ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O ato infracional pode ser classificado como fato típico e antijurídico e culpável, porém quando se tratando de criança e adolescente o requisito da culpabilidade não é preenchido se tornando imputável como visto no código penal no seu art. 27 do título III, sendo penalmente imputáveis, ficando assim os jovens abaixo de 18 anos sujeitos a legislação especial (ISHIDA, 2015).

Assim, a criança (pessoa até 12 anos incompletos), se praticar algum ato infracional, será encaminhada ao Conselho Tutelar e estará sujeita às medidas de proteção previstas no art. 101; o adolescente (entre 12 de 18 anos), ao praticar ato infracional, estará sujeito a processo contraditório, com ampla defesa. Após o devido processo legal, receberá ou não uma “sanção”, denominada medida socioeducativa, prevista no art. 112, do ECA (AQUINO, 2018).

Essa legislação especial, o ECA, trouxe consigo a valorização da criança e adolescente, sua necessidade de proteção e o dever de educar, de preparar para a vida em sociedade, mesmo que ele incorra em condutas consideradas ilícitas.

É inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente construiu um novo modelo de responsabilização do adolescente infrator. Quando nosso País rompeu com a vetusta doutrina da situação irregular e incorporou a Doutrina da Proteção Integral, promovendo o então “menor”, mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à condição de sujeito do processo, conceituando criança e adolescente, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente (SARAIVA, 2005, p. 78).

Aquino (2018) afirma que o ato infracional se trata de uma conduta desrespeitosa, que fere as leis, a ordem pública, os direitos do cidadão e, muitas vezes, o patrimônio particular ou público. Apenas crianças e adolescentes cometem atos infracionais, já que em idade adulta surgem os crimes e contravenções penais.

Há uma separação entre as medidas aplicáveis a crianças e a adolescentes que assumem tais condutas, principalmente em função de suas capacidades de compreensão, bem como seu desenvolvimento físico e mental incompleto desses indivíduos antes de atingirem a maioridade.

Saraiva (2005) afirma que atos infracionais são crimes cometidos por criança e adolescentes, porém, em função de sua condição de desenvolvimento incompleto, eles não são vistos como criminosos, mas como infratores e, assim, a aplicação de medidas deve seguir o que define o ECA como sendo apropriado para sua idade, com o intuito educativo acima do intuito punitivo.

O ato infracional trata-se, assim, de conduta descrita como tipo ou contravenção penal, aplicada aos indivíduos inimputáveis em função de sua idade. Existem muitos casos em que esses jovens não praticam atos condizentes com sua condição legalmente definida de incapacidade e, diante disso, surge a chamada delinquência juvenil. Para diferentes doutrinadores suas causas são diversas, destacando-se uma situação de abandono ou mesmo o modo de viver escolhido pelo próprio indivíduo, tomando como exemplo a vida e as ações dos pais (OLIVEIRA, 2018).

Desta forma o adolescente fica a cargo das medidas socioeducativas previstas no ECA, sendo assim a conduta do adolescente ou da criança será denominada como ato infracional como visto no art. 103 do ECA (BRASIL, 1990).

Diante da criação do ECA implantou-se no Brasil uma nova forma de responsabilizar o infrator, fazendo com que o ele repare o dano causado a outrem a partir das medidas socioeducativas existentes, porém não apenas em caráter sancionatório, mas também em sentido pedagógico para que o adolescente seja responsabilizado pelos seus atos dentro da legalidade e com menor tempo possível (JUNQUEIRA, 2014).

Sobre as medidas socioeducativas, Aquino (2018) afirma que:

As medidas socioeducativas constituem na resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária, ao adolescente que cometeu ato infracional. Embora possuam aspectos sancionatórios e coercitivos, não se trata de penas ou castigos, mas de oportunidades de inserção em processos educativos (não obstante, compulsórios) que, se bem sucedidos, resultarão na construção ou reconstrução de projetos de vida desatrelados da prática de atos infracionais e, simultaneamente, na inclusão social plena.

Visto que é pessoa em desenvolvimento, as medidas foram criadas em sentido pedagógico, em caráter educacional, sendo oferecidos meios de formação e integração com a sociedade para que assim este possa ser inserido novamente na sociedade em que pertence (VOLPI, 2015).

Tais medidas socioeducativas estão elencadas no ECA em seu art. 112, I a VI, sabendo que estas estão destinadas ao adolescente infrator que será aquele com idade de 12 anos até 18 anos de idade podendo ser estendida até os 21 anos de idade e por outro lado as medidas protetivas para aquele considerado criança que vai até os doze anos incompletos. Podendo ser cumpridas em sentido aberto assegurados nos incisos I, II, III, IV e também com possibilidade de privação da liberdade como visto nos incisos V e VI. (BRASIL, 1990).

Sobre as medidas socioeducativas, Volpi (2015, p. 20) afirma que:

a) As medidas socioeducativas são aplicadas e operadas de acordo com as características da infração, circunstâncias sociofamiliar e disponibilidade de programas e serviços em nível municipal, regional e estadual. b) As medidas socioeducativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunidade, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e /ou sua reiteração. c) Os regimes socioeducativos devem constituir-se em condições que garantam o acesso do adolescente as oportunidades de superação de sua condição de exclusão, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida social [...]

São chamadas de medidas socioeducativas, pois além de responderem ao clamor social no sentido de apresentar alguma forma de retribuição pelos atos cometidos, têm intuito claro de educar, de alterar condutas e levar o adolescente a comportar-se de modo socialmente aceitável e respeitoso (AQUINO, 2018). Conforme o ECA art. 112:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional (BRASIL, 1990).

Devendo ser salientado ainda que na lei 12.594/12 na denominada lei de execução das medidas socioeducativas apresenta os aspectos de atendimento, ao adolescente podendo destacar então seu art. 35:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (BRASIL, 2018-C).

Os princípios destacados no art. 35 são aplicados nas espécies de medidas socioeducativas previstas em lei, atribuindo procedimentos específicos para sua execução, mas não impedindo a incidência de outros princípios sobre as formas de execução das medidas socioeducativas. Devendo assim ter harmonia entre os princípios que norteiam a doutrina da proteção integral com os princípios destacados em questão (JUNQUEIRA, 2014).

Como visto no disposto art. 112 da lei 8.069/90 estão disponíveis as formas de medidas socioeducativas, sendo aplicado depois de verificado o ato infracional por autoridade judiciária competente, diante de um processo judicial oportunizado ao adolescente o devido processo legal com ampla defesa e o contraditório.

3. A DECISÃO DO STJ QUANTO AO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 63.855: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO ATO INFRACIONAL E DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS COMO FONTE DE CONVENCIMENTO JUDICIAL PARA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O paciente Bruno Geraldo da Silva foi preso conforme o art. 121, § 2º I e IV, c/c o art. 29, ambos do código penal por homicídio qualificado mais concurso de pessoas no dia 26 de outubro de 2013, sendo decretada sua prisão preventiva no dia 22 setembro de 2014 no Estado de Minas Gerais (BRASIL, 2018-D).

A prisão preventiva foi decretada de acordo com os autos, contextualizando que a autoridade policial representou a prisão do paciente, bem como requereu autorização para busca e apreensão em sua residência, com o intuito de verificar suas ações relacionadas ao fato (BRASIL, 2018-D).

O Ministério Público ofereceu a denúncia contra ele e os demais na data de 26 de outubro de 2013. De acordo com que relata o Habeas Corpus as pessoas envolvidas no crime dispararam com arma de fogo contra uma pessoa, em decorrência de dívida de drogas sendo que os mesmos faziam parte de uma quadrilha de traficantes de drogas no estado de Minas Gerais (BRASIL, 2018-D).

Todos os envolvidos tiveram suas prisões preventivas decretadas e denunciados como já mencionados pelo crime de homicídio qualificado com pena máxima de 30 anos, cabendo assim à prisão preventiva diante do art. 313, I do código de processo penal, podendo ser admitido a prisão preventiva naqueles crimes com pena superior a quatro anos diante de crime doloso (BRASIL, 2018-D).

Dessa forma, uma das justificativas para a decretação da prisão preventiva foi o fato que o paciente já era bastante conhecido por autoridades policiais e judiciais em razão de diversas infrações praticadas quando adolescente, visto ainda que não apresentava antecedentes criminais. Com base em seu comportamento no passado por responder nos registros criminais por ser tratar de crime com violência (BRASIL, 2018-D).

A defesa da parte, então, inicia recurso no qual alega a ausência de preenchimento dos requisitos da constrição cautelar e excesso de prazo para a prisão preventiva. Na sequência destaca-se o recurso impetrado contra a prisão do paciente Bruno Geral da Silva.

Para a melhor compreensão, apresenta-se a ementa do RHC 63.855 de 2016:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO JURÍDICA POSTA. AFETAÇÃO DO WRIT À TERCEIRA SESSÃO.

FINALIDADE DE ESTABELECEM DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA CASOS FUTUROS SEMELHANTES. MISSÃO DO STJ COMO CORTE DE PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRÁTICA PRETÉRITA DE ATOS INFRACIONAIS. PROBABILIDADE DE RECIDIVA DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO. JUÍZO DE CAUTELARIDADE BASEADO NA PERICULOSIDADE DO AGENTE VERSUS PROTEÇÃO ESTATAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ECA, ART. 143). DEVER DE PROTEÇÃO QUE CESSA COM A MAIORIDADE DO ACUSADO. LIBERDADE COMO RISCO DE DANO À ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO PELO MAGISTRADO QUANTO: I) À GRAVIDADE CONCRETA DO ATO INFRACIONAL; II) À DISTÂNCIA TEMPORAL ENTRE OS REGISTROS DA VIJ E A CONDUTA ENSEJADORA DA PRISÃO PREVENTIVA; III) À COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DOS ATOS INFRACIONAIS. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS PELA DECISÃO ORA IMPUGNADA. LEGALIDADE DA PRISÃO RESPALDADA POR OUTROS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. RECURSO DESPROVIDO (BRASIL, 2018-D).

Abaixo se apresenta fragmento do julgado que demonstra que a controvérsia a respeito da utilização ou não dos antecedentes infracionais do indivíduo e a necessidade de uniformização sobre o tema.

1. A controvérsia entre as turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte – possibilidade de que, tal qual se dá em relação aos antecedentes penais, sejam os atos infracionais perpetrados pelo acusado, quando ainda era inimputável, considerados para fins cautelares – demanda uniformização quanto ao entendimento sobre a questão jurídica suscitada, o que justifica a afetação deste writ ao órgão colegiado mais qualificado (BRASIL, 2018-D).

Fica evidenciado, ainda, que a análise dos comportamentos passados pode dar ao magistrado uma maior compreensão a respeito dos comportamentos habituais do indivíduo, levando à compreensão de uma tendência em seu modo de agir.

A seguir, com ênfase no grifo realizado, ficam evidenciados os pontos a serem avaliados pelo juiz quanto aos atos infracionais passados para que possa verificar a validade de sua análise para caso atual e decisão da decretação da prisão preventiva do infrator.

Com efeito, se, durante a infância e a adolescência do ser humano, é imperiosa a maior proteção estatal, a justificar todas as cautelas e peculiaridades inerentes ao processo na justiça juvenil, inclusive com a imposição do sigilo sobre os atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e, em especial, aos adolescentes aos quais se atribua autoria de ato infracional (art. 143 da Lei n. 8.069/1990), tal dever de proteção cessa com a maioridade penal, como bem destacado no referido precedente. 5. A toda evidência, isso não equivale a sustentar a possibilidade de decretar-se a prisão preventiva, para garantia da ordem pública, simplesmente porque o réu cometeu um ato infracional anterior. O raciocínio é o mesmo que se utiliza para desconsiderar antecedente penal que, por dizer respeito a fato sem maior gravidade, ou já longínquo no tempo, não deve, automaticamente, supedanear o decreto preventivo. 10. Seria, pois, indispensável que a autoridade judiciária competente, para a consideração dos atos infracionais do então adolescente, averiguasse: **a) A particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; b) A distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; c) A comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência.** 11. Na espécie, a par de ausente documentação a respeito, o Juiz natural deixou de apontar, concretamente, quais atos infracionais foram cometidos pelo então adolescente e em que momento e em que circunstâncias eles ocorreram, de sorte a permitir, pelas singularidades do caso concreto, aferir o comportamento passado do réu, sua personalidade e, por conseguinte, elaborar um prognóstico de recidiva delitiva e de periculosidade do acusado. 12. No entanto, há outras razões invocadas pelo Juízo singular que se mostram suficientes para dar ares de legalidade à ordem de prisão do ora paciente, ao ressaltar "que o crime foi praticado com grave violência, demonstrando conduta perigosa que não aconselha a liberdade", bem como o fato de o delito ter sido cometido em razão de dívida de drogas, em concurso de pessoas, por determinação do paciente, "que comanda uma das quadrilhas de tráfico de entorpecentes da região". 13. Recurso em habeas corpus desprovido (BRASIL, 2018-D, grifo nosso).

O magistrado acredita que os atos passados não são antecedentes, considerando-se que anteriormente o paciente era adolescente, porém, eles oferecem alguma indicação sobre sua conduta costumeira, sobre como atua desde tenra idade e, assim, ainda que não possam ser citados contra ele como prova ou fato acusatório, podem e devem ser levados em consideração no sentido de proceder de uma melhor análise do caso (BRASIL, 2018-D).

Segundo a Ministra Maria Thereza de Assis Moura a mesma concede a liberdade ao recorrente diante do fato que a vida que o mesmo tinha quando a

época de sua menoridade não poderia ser levada em consideração para fins do direito penal.

Se não é possível usar como maus antecedentes e, é claro, jamais como reincidência, os fatos ocorridos ainda na adolescência, inclusive acobertados pelo sigilo e com medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem, porquanto atos infracionais não configuram crimes, não servem de lastro a uma pretensa personalidade voltada à prática de crimes. Atos infracionais anteriores somente terão efeito na apuração de outros atos infracionais, amparando, v. g., a internação (ECA, art. 122, II), e não no processo por crimes. Deste modo, restou constatada e comprovada ilegalidade no decreto de preventiva. Prejudicada a questão do excesso de prazo. Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em habeas corpus, para conceder a liberdade ao recorrente, o que não impede nova e fundamentada cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual (BRASIL, 2018-D).

Diante disto, práticas cometidas na adolescência não deveriam ser utilizadas como reincidência, tampouco como maus antecedentes, destacando-se que atos infracionais não são crimes, portando atos infracionais podem ser utilizados na apuração de outros atos infracionais tão somente e não nos processos por crimes.

No mesmo sentido foi o entendimento do relator do processo ministro Nefi Cordeiro, que em voto argumentou que atos práticos quando o paciente era inimputável não poderiam ser levados em consideração para fins do direito penal.

Para Greco (2008), antecedentes referem-se a um histórico de atividades dos indivíduos, porém, como existe o princípio constitucional da presunção de inocência, apenas condenações anteriores com trânsito em julgado devem ser consideradas em prejuízo do réu, qualquer outra informação não poderá atuar como base para que seja considerado ou tratado como culpado.

Melo (2018), por sua vez, afirma que antecedentes de atos cometidos na juventude não se caracterizam como maus antecedentes, eles somente poderão ser considerados como forma de melhor conhecer a conduta e os comportamentos do indivíduo, de modo que sua análise deve ser apenas informativa, não servindo como base para a presunção de culpa do indivíduo.

Neste ponto destacam-se as palavras de Garcez (2018, p. 01), que aduz:

É importante referir, que atos infracionais não são considerados maus antecedentes, uma vez que a configuração destes limita-se ao início da imputabilidade do agente. Atente-se, da mesma forma, para o fato de que a incidência da prescrição da pretensão punitiva afasta o reconhecimento dos maus antecedentes, mas a prescrição executória não.

É preciso destacar que ocorreram divergências entre os entendimentos, de modo que o ministro Gurgel de Faria negou o provimento ao recurso, afirmando que atos infracionais não servem para reincidência, tampouco os casos de maus antecedentes justificam a manutenção da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Seguindo tal entendimento afirmou o relator do processo Rogério Schietti Cruz que a avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se estude todo seu histórico de vida, seguindo o entendimento do ministro esclarece que atos infracionais como não são considerados crimes, não podem ser utilizados para agravar a pena com base na reincidência ou maus antecedentes, porém não devem ser ignorados pelo fato que o sujeito pode vir a causar riscos à sociedade caso se mantenha em liberdade (BRASIL, 2018-D).

Alega, ainda, que se a pessoa comete crime grave e quando adolescente comete atos infracionais graves, mostra nitidamente um quadro comportamental violento, argumenta ainda que não é qualquer ato infracional deve ser utilizado para justificar a manutenção da prisão preventiva garantindo que a decretação da prisão diante da periculosidade pelo fato de colocar a sociedade em risco (BRASIL, 2018-D).

Contextualiza que alguns critérios devem ser seguidos, tais como a verificação da gravidade do ato infracional, considerando assim sua relevância, o tempo do decorrido ato infracional até o crime que dá origem ao processo e a comprovação dos atos infracionais com o intuito de manter a ordem pública justificando assim a manutenção da prisão (BRASIL, 2018-D).

Poderão os antecedentes servir como medida cautelar com o objetivo de manter a ordem pública com a perspectiva que novos crimes poderiam ocorrer em função do comportamento violento e, diante disso, sua análise é válida como fonte de conhecimento da conduta do paciente (BRASIL, 2018-D).

Neste ponto é preciso destacar que Garcez (2018, p. 1), afirma que existem correntes favoráveis a visão de que atos infracionais não devem ser levados

em conta em questões futuras, quando o indivíduo atinge a maioridade, enquanto outras destacam que tais informações são importantes e, assim, devem ser analisadas pelo juiz antes da tomada de sua decisão.

No sentido de não consideração de atos infracionais, destaca-se:

Dessa forma, é possível afirmar-se que a reincidência é condição sine qua non para o surgimento de maus antecedentes. Os registros de maus antecedentes somente podem ser considerados após condenação irrecorrível e decorrido o lapso temporal que caracteriza a reincidência. Assim, em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, as ações penais que resultaram em sentenças extintivas de punibilidade não podem ser tidas como maus antecedentes, assim como os inquéritos policiais ou processos em andamento (GARCEZ, 2018, p. 1).

Por outro lado, existem correntes que apoiam a análise do histórico do paciente como forma de definir a necessidade de prisão preventiva, em face de sua periculosidade, conforme Garcez (2018, p. 1):

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do Habeas Corpus 94620, enfatizou que “não obstante a Corte entenda que o simples fato de tramitarem ações penais ou inquéritos policiais em curso não leva, automaticamente, à conclusão de que o réu possui maus antecedentes, é lícito ao magistrado deduzi-los em face da existência de diversos procedimentos criminais, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade”.

Para concluir o relator mantém a prisão preventiva do paciente com base em seu comportamento anterior a sua maioridade penal e que o crime cometido foi de extrema violência, demonstrando uma conduta deturpada e perigosa não aconselhando assim sua liberdade.

Logo, compreende-se que mediante criteriosa análise da gravidade dos atos infracionais cometidos, poderá o juiz optar pela prisão preventiva do paciente, não devido ao seu passado, apenas pela percepção de que sua conduta segue a ilicitude e gravidade de condutas passadas.

CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento e, como tal, a legislação brasileira estabelece que devem ser protegidos em todas as circunstâncias, já que por si próprios são incapazes de compreender e exigir seus direitos.

Quando cometem atos ilícitos, eles não recebem penas, mas medidas protetivas (crianças) ou socioeducativas (adolescentes), que não têm o intuito único de punir, de fato, a preocupação maior é alcançar um resultado pedagógico, de educar e alterar as condutas deles.

No passado essas medidas não eram levadas em consideração, posteriormente, ao atingirem a maioridade, ou isso ocorria apenas em alguns casos, já que não havia uniformidade jurisprudencial sobre o tema, assim como ainda não há uniformidade doutrinária sobre ele.

Porém, através do RHC 63.855 de 2016, ficou definido que uma unificação sobre a abordagem do tema precisava ser adotada e que os antecedentes socioeducativos poderiam ser considerados em casos de crimes graves, semelhantes a condutas assumidas ainda na adolescência, o que apontaria uma tendência no cometimento desse tipo de ação.

Neste sentido, fica evidente que atos infracionais poderão ser levados em consideração apenas para a manutenção da prisão preventiva de indivíduo que tenha cometido crime em idade adulta e, assim, a análise de seu histórico atua como garantia da ordem pública, já que há uma tendência na apresentação de conduta ilícita.

A doutrina não apresenta unificação sobre o tema e, assim, alguns autores concordam com tal definição, enquanto outros afirmam que ocorre a aplicação de um rótulo ao indivíduo, ou seja, ele cometeu uma infração semelhante na adolescência e, assim, é perigoso, capaz de agir da mesma forma repetidas vezes, devendo permanecer em prisão preventiva como forma de manter a segurança social.

Neste sentido, é preciso afirmar que o tema não foi esgotado, todavia, compreendeu-se que, atualmente, a jurisprudência já apresenta uma unificação e o juiz poderá apoiar-se nesse histórico para decretar a prisão preventiva do infrator.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414>. Acesso 03 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 abr. 2018-A.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, DF: Senado Federal.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 05 maio 2018-B.

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em 03 maio 2018-C.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: RHC Nº 63.855 - MG (2015/0234863-9)**. Julgamento: 11 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61022862&num_registro=201502348639&data=20160613&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 03 maio 2018-D.

CANTO, Grace Kelly Fortunato. **Estatuto da criança e do adolescente e a ilegitimidade da verificação da situação de risco**. Florianópolis: OAB/SC, 2008.

GARCEZ, William. **Reincidência e maus antecedentes**: diferença conceitual e considerações jurídicas. 11 maio 2012. Disponível em: <<http://delegados.com.br/juridico/reincidencia-e-maus-antecedentes-diferenca-conceitual-e-consideracoes-juridicas>> Acesso em 02 maio 2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro : Impetus, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUNQUEIRA, Ivan de carvalho. **Ato infracional e direitos humanos**: a internação de adolescentes em conflito com a lei. Campinas, SP: Servanda, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional medida socioeducativa é pena?**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. Repercussão da prática de atos infracionais na persecução penal: valoração na dosimetria da pena e fundamento para decretação da prisão preventiva. **Conteúdo Jurídico**. Brasília - DF: 25 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58182&seo=1>>. Acesso em 05 maio 2018.

OLIVEIRA, Diego Renoldi Quaresma de. Estudo aprofundando do habeas corpus. **Conteúdo Jurídico**. Brasília - DF: 20 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49967&seo=1>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

REZENDE, Geibson Candido Martins. **Vade mecum OAB: 1º fase**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

SARAIVA, João batista costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. Ed. São Paulo: Cortez, 2015.