



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ PASSOS COSTA SANTIAGO

**ANTECEDENTES INFRACIONAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS NA FIXAÇÃO DA
PENA-BASE**

Salvador
2018

ANDRÉ PASSOS COSTA SANTIAGO

**ANTECEDENTES INFRACIONAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS NA FIXAÇÃO DA
PENA-BASE**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ PASSOS COSTA SANTIAGO

**ANTECEDENTES INFRACIONAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS NA FIXAÇÃO DA
PENA-BASE**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar a incompatibilidade da prática judicial com o Direito quando aquela considera os Antecedentes Infracionais durante a apuração judicial das circunstâncias que vão adequar a pena ao fato criminal e ao autor da conduta. O ponto de partida, dentro de um olhar metodológico, gira em torno do reconhecimento de um Direito Penal Juvenil, sustentando o fato de que a legislação brasileira introduziu um ordenamento penal juvenil, adaptado à semelhança do modelo relativo ao adulto, porém cercado de peculiaridades próprias. Partindo deste pressuposto, é tratado em capítulo inicial o sistema penal diferenciado que cerca o adolescente através de uma análise dos princípios que envolvem a opção legislativa de conferir proteção integral à infância e à juventude. Em seguida, é feita descrição do modelo adotado no Brasil para fixação inicial da pena, com enfoque crítico aos critérios baseados em características relativas ao praticante do fato delituoso. De posse do modelo penal diferenciado voltado ao adolescente e a análise da apuração feita em juízo de circunstâncias pessoais do acusado, foi feito um estudo, através de um paradigma crítico do Direito fundado em tendência contemporânea, da Jurisprudência brasileira. Por fim, conclui-se, mediante a análise de elementos históricos, dogmáticos e político-criminais pela inaplicabilidade de Antecedentes Infracionais na fixação da pena-base, demonstrando as nefastas consequências ao sistema de garantias, que podem ser geradas pelo tratamento indiscriminado conferido na prática judicial atual.

Palavras-chave: Menoridade Penal; Direito Penal Juvenil; Ato infracional; Fixação da Pena; Circunstâncias Judiciais; Garantismo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. SOBRE O ATO INFRACIONAL	8
2.1 IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE	9
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	13
2.4 POLÍTICA CRIMINAL	20
3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E MAJORAÇÃO DA PENA BASE	23
3.1 PENA-BASE	25
3.2 ANTECEDENTES	26
3.3 CONDUTA SOCIAL	30
3.4 PERSONALIDADE DO AGENTE	32
4 ANTECEDENTES INFRACIONAIS NUMA VISÃO GARANTISTA	38
4.1 GARANTISMO	38
4.2 TEORIAS ANTIGARANTISTAS	43
4.2.1 Direito penal do Autor	44
4.2.2 Direito penal do Inimigo	48
4.3 ANÁLISE DOS ANTECEDENTES INFRACIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
6 REFERÊNCIAS	70

1. INTRODUÇÃO

Da mesma forma que o ordenamento penal pune, ele prevê como o Estado deverá proceder diante deste poder.

No universo de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, o direito penal vem como uma resposta para a sociedade na forma de um mecanismo composto de normas jurídicas que visam não só proteger os bens alheios com a ameaça de sanção, mas delimitar a atuação do Estado como um apontamento cirúrgico específico, que irá embasar a utilização da força de forma institucionalizada.

As condutas que lesionam os bens penalmente relevantes não são cometidas apenas por indivíduos em plena idade adulta. Há casos em que jovens cometem atos desta natureza, sendo inseridos no sistema penal. Nesses casos, portanto, ainda que os atos não tenham sido cometidos por indivíduos adultos, serão, acertadamente, levados a uma tutela penal processará e julgará o fato, com poderes para condenar ou absolver o indivíduo que cometeu o ato.

Ocorre que, para estes indivíduos não adultos, ou seja, adolescentes, não há de se falar em crime ou contravenção, mas em ato infracional. Desta feita, embora cometam condutas previstas tanto no Sistema Penal Brasileiro quanto no Estatuto da Criança e Adolescente, estamos diante de infrações análogas às penais.

Não obstante as diferenças entre a persecução penal relativa à conduta praticada por adultos e o processamento de ato infracional para adolescentes, muitos magistrados vêm, reiteradamente, utilizando estes casos da vida pregressa do pubescente para agravar uma punição por fato praticado já em vida adulta.

Assim, têm-se condutas efetuadas por seres em formação e sem o necessário discernimento ocupando o mesmo patamar de relevância penal que atos praticados por indivíduos dotados de plenas faculdades (por presunção legal), como é o caso dos adultos. Nesse sentido, uma pessoa, ao ser condenada por um fato que praticou com total consciência de seus atos, tem sua pena aumentada em face de algo que praticou enquanto muito jovem.

Assim, a presente monografia surge, fruto de uma inquietação voltada a um sistema penal que, na teoria, se funda em garantias materiais e processuais para preservar a

Dignidade da Pessoa Humana, mas, na prática, generaliza o tratamento concedido ao indivíduo submetido ao aparato Estatal, passando por cima de direitos conquistados, historicamente, com função de garantir a igualdade de fato.

O objetivo central é demonstrar a incompatibilidade da prática judicial com o Direito quando aquela considera os Antecedentes Infracionais durante a apuração judicial das circunstâncias que vão adequar a pena ao fato criminal e ao autor da conduta.

Desta maneira, para o desenvolvimento deste objetivo, torna-se patente o reconhecimento de um Direito Penal Juvenil, sustentando o fato de que a legislação brasileira introduziu um ordenamento penal juvenil adaptado à semelhança do modelo relativo ao adulto, porém cercado de peculiaridades próprias.

Desta forma, o primeiro capítulo trata do sistema penal diferenciado que cerca o adolescente através de uma análise dos princípios que cercam a opção legislativa de conferir Proteção Integral à infância e à juventude.

O segundo capítulo cuida de descrever o modelo adotado no Brasil para fixação inicial da pena, dando um enfoque crítico aos critérios baseados em características relativas ao praticante do fato delituoso.

Por fim, o terceiro capítulo, tomando como partida o modelo penal diferenciado voltado ao adolescente e a análise da apuração feita em juízo de circunstâncias pessoais do acusado, será feita um estudo, através de um paradigma crítico do direito fundado em tendência contemporânea, da Jurisprudência brasileira.

Em síntese, o trabalho se estrutura reunindo elementos históricos, dogmáticos e político-criminais, com vistas a oferecer fundamento para a inaplicabilidade de Antecedentes Infracionais na fixação da pena-base, demonstrando as nefastas consequências ao sistema de garantias, que podem ser geradas pelo tratamento indiscriminado conferido na prática judicial atual.

2. SOBRE O ATO INFRACIONAL

Partindo do pressuposto de que o poder de castigar compõe o *jus imperii* do Estado, num movimento de conter a desobediência com o exercício de violência direta cominado com a ameaça de desvantagens, é possível considerar a relação do direito penal com o direito público, pois no sentido de proteger bens de interesse da comunidade como liberdade, vida, propriedade e paz, a aplicação de normas penais se dá no interesse da justiça e do Estado¹.

O sistema jurídico brasileiro, no tocante à proteção da criança e do adolescente, conta com uma lei especial que veio trazer um tratamento jurídico diferenciado para os indivíduos elencados no diploma². O Estatuto da criança e do Adolescente dentre uma série de ferramentas protetivas, traz regras de direito penal próprias³, com destaque para a figura do ato infracional, que constitui uma conduta descrita como crime ou contravenção, praticada por criança ou adolescente, portanto consistem em condutas com tratamento diferenciado pelo sistema⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente afirma, em seu artigo 103, que “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”⁵. Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, ao tratarem do tema, afirmam que:

Ato infracional é, portanto, a ação violadora das normas que definem os crimes ou as contravenções. É o comportamento típico, previamente descrito na lei penal, quando praticado por crianças ou adolescentes (artigo 103, ECA).

A definição acima decorre do princípio constitucional da legalidade. É preciso, portanto, para a caracterização do ato infracional, que este seja típico, antijurídico e culpável, garantindo ao adolescente, por um lado, um sistema comparável com o seu grau de responsabilização, e por outro, a

¹ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 22.

² O Estatuto da Criança e do Adolescente diferencia criança de adolescente utilizando o critério puramente etário, contido no artigo 2º do diploma: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 07 de mai. de 2016.

³ “No que tange à matéria correspondendo no Título III do Estatuto da Criança e do Adolescente, por tratar-se da resposta estatal diante do cometimento de infrações penais por adolescentes, trata-se do direito penal juvenil, subsidiário à dogmática da Criança do Adolescente.” SPOSATO, Karyna Batista. *Op cit.*, p. 25

⁴ Karyna Batista Sposato afirma que o direito da criança e do adolescente é ramo do direito público e constitui “sistema penal paralelo”. *Ibidem*, p. 26.

⁵ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 07 de set. de 2015.

coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal⁶.

Sobre o princípio da legalidade, o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal enuncia que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁷. É possível se interpretar deste texto constitucional que cabe à lei definir o crime e a pena de forma clara e detalhada, a fim de evitar cláusulas gerais que dêem margem à arbitrariedade transformando juízes em legisladores.

Nesse sentido, o conceito de ato infracional parte das mesmas condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, na medida em que contrariam a ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito pela lei penal.

Karyna Sposato esclarece que, considerando o direito penal juvenil, não há que se falar em crime nem pena, contudo devem ser incorporadas as idéias de ato infracional e medida socioeducativa. Portanto, o princípio da legalidade se revelaria na definição de ato infracional e na prévia determinação das medidas aplicáveis ao adolescente a quem se atribua sua autoria⁸.

2.1 IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE

O ordenamento pátrio determina que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (artigo 228, da Carta Constitucional de 1988⁹).

Para compreender o conceito de imputabilidade trazido pela Constituição é preciso, *a priori*, adentrar no que seria a culpabilidade. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

Culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico

⁶ MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A Prática de Ato Infracional. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1027.

⁷BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁸ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

⁹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o direito¹⁰.

Este conceito abarca uma série de concepções pragmáticas. Consequentemente surgiram diversos questionamentos doutrinários acerca do tema. Com relação à consciência potencial da ilicitude trazida por Nucci, cumpre destacar as palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Vemos na culpabilidade, como critérios legais de reprovação do injusto ao seu autor, dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente. Dito de outro modo: para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta, e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha¹¹.

Tomando como base esse raciocínio, são apurados critérios relativos à percepção tida pelo agente da situação de fato, concretamente simbolizada em sua conduta. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, estar dotado de autodeterminação e compreender minimamente a antijuridicidade de sua conduta constituem dois “árduos problemas jurídicos”, mas que possuem uma forte carga ideológica meramente em seus conceitos. Os autores sintetizaram a compreensão de antijuridicidade em três premissas¹²:

I – Compreender a antijuridicidade significa conhecê-la e internalizá-la;

II – A culpabilidade se conforma com uma possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, não requerendo uma efetiva compreensão do injusto, que, na maioria dos casos não existe ou é imperfeita;

III – O grau de esforço que o sujeito devia ter feito para internalizar os valores jurídicos e motivar-se neles é inverso ao grau de exigibilidade e, em consequência, ao de reprovabilidade (culpabilidade).

Como analisado, a autodeterminação do indivíduo aliada à compreensão de antijuridicidade compõem dois dos fatores centrais da conformação da culpabilidade, mais especificamente fatores diretamente relacionados com a questão da imputabilidade. Acerca do tema, assim como a Constituição Federal de 1988 afirma no já mencionado artigo 228, tanto o Código Penal¹³ quanto o Estatuto da Criança e

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 248.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 520-521.

¹² *Ibidem*, p. 533.

¹³ “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº

do Adolescente¹⁴ associam a figura de inimputabilidade com os menores de dezoito anos.

Destarte o conceito de ato infracional trazido por Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos no item 2.1, Válter Kenji Ishida pondera a existência de uma concepção diversa:

Existem basicamente dois conceitos para crime: o primeiro como fato típico e antijurídico e o segundo, atualmente predominante, onde é considerado como fato típico, antijurídico e culpável. Preferimos o primeiro conceito, sendo nitidamente aplicável à lei menorista. A criança e o adolescente podem vir a cometer crime, mas não preenchem o requisito da culpabilidade (imputabilidade), pressuposto de aplicação da pena. Aplica-se ao mesmo, a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico.

Isso porque a imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 (dezoito) anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito à aplicação de medida socioeducativa por meio de sindicância¹⁵.

Sobre a divergência doutrinária, Karyna Sposato afirma que essa “bifurcação” separa o modelo de direito penal clássico de culpabilidade de um positivismo criminológico, esse que representaria um “direito de periculosidade para os inimputáveis¹⁶”. A autora critica essa concepção que retira a análise de culpabilidade afirmando que:

Enquanto a pena criminal se fundamenta na culpabilidade do fato atribuído a um autor, as medidas destinadas a adolescentes, assim como as medidas de segurança, fundam-se lamentavelmente ainda hoje, em muitos casos, na periculosidade.

(...) a negação histórica de um direito penal juvenil serviu desse modo para a ocultação da realidade exercida sobre a infância e juventude, sendo inquestionável a conclusão de não haver diferenças substanciais entre as

2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

¹⁴ “Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

¹⁵ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

¹⁶ Sobre inimputabilidade, Karyna Sposato, diante da redação dos artigos 26 (“É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”) e 27 (“Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”) do Código Penal, afirma que: “não há uma definição de imputabilidade, e sim de sua negativa, a inimputabilidade. Ocorre que a isenção de pena é atribuída aos que não são imputáveis, que para tantos são caracterizados. Desse modo, a denominação abarca doentes mentais, portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardo, e menores de 18 anos (...) a causa etária correspondente ao critério biológico confere uma presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos, sem admitir prova em contrário ou questionamentos acerca da capacidade destes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento. O déficit de idade, por si só, faz da pessoa um inimputável”. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-71.

penas e as medidas aplicáveis.

A bula de etiquetas, ou de classificações, permitiu que o direito penal de culpabilidade, com todas as suas imperfeições, porem também com suas garantias, fosse substituído por um sistema de controle social, “oficialmente” não penal e por isso não limitado pelos princípios penais clássicos, mas extremamente eficaz do ponto de vista da incidência sobre a liberdade dos potenciais infratores da ordem.¹⁷

Nesse raciocínio, Karyna Sposato esclarece que a imputabilidade promove a ação do sistema penal e, eventualmente, a imposição da pena criminal. A inimputabilidade, quando fundada no referido critério etário ou biológico, como é o caso dos adolescentes menores de 18 anos, promove a “movimentação do sistema socioeducativo e a imposição das medidas socioeducativas¹⁸ previstas na lei”. Com isso, a autora afirma se tratar de uma responsabilidade especial dos adolescentes, a qual se verifica, independentemente da inimputabilidade, a reprovabilidade e a culpabilidade do sujeito a quem a medida é imposta. Isso porque “a imposição da medida socioeducativa guarda profunda semelhança com a aplicação da pena criminal, especialmente pela exigência de legalidade, indícios suficientes de autoria e materialidade e proporcionalidade”¹⁹.

Através dessa interpretação, é possível dizer que a opção pela aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes que praticam infrações penais é resultado de uma opção de política criminal²⁰, tendo em vista que as condutas são exatamente as mesmas praticadas por adultos, sendo que o fator que os distingue é “a fase de desenvolvimento da personalidade, como decorrência do déficit de idade”, algo que justifica, assim, a adoção de medidas específicas de responsabilização²¹.

É imperioso ressaltar que essa opção legislativa não se confunde com a descriminalização das condutas praticadas por menores de 18 anos. O que ocorre é a penalização por um fato relevante ao direito penal de forma distinta, ou seja, por meio das medidas socioeducativas, no caso dos adolescentes.

¹⁷ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74, 77-78.

¹⁸ “As medidas socioeducativas se restringem à situação de risco prevista no inciso III do artigo 98, quando é o adolescente que se coloca em situação de risco em razão de sua própria conduta, pela prática de ato infracional”. DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2011, p. 201.

¹⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 79.

²⁰ Conceito aprofundado no item 2.4.

²¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 80.

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Em âmbito constitucional, no artigo 227, abstrai-se a inserção da doutrina da proteção integral²².

A Carta Constitucional de 1988, com a inserção do artigo 227, assegurou à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade”, uma série de direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados e garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado concorrentemente.

A Doutrina da Proteção Integral representa o mais recente passo na evolução histórica da questão da imputabilidade da criança e do adolescente no ordenamento jurídico. Sobre o tema, são identificadas três grandes correntes: a Doutrina do Direito Penal do Menor, a Doutrina da Situação Irregular, e finalmente a Doutrina da Proteção Integral. Cumpre destacar que cada uma dessas doutrinas que estruturou o pensamento penal é dotada de peculiaridades próprias²³.

No que concerne à Doutrina do Direito Penal do Menor, foi apenas no início do século XX que os primeiros estudos quanto à condição penal do menor foram surgindo de forma lenta e juntamente com estes, discussões jurídicas foram sendo conformadas. No período do Brasil Imperial, século XIX, “o menor” era praticamente tratado como um adulto, sendo que pouca ponderação era feita quando à sua condição diferenciada, o que resultava simplesmente num abatimento de pena, medida claramente insuficiente para garantir a efetividade da justiça para o fato²⁴.

Marcos Bandeira²⁵, ao analisar o período referente ao Brasil Imperial, salienta que não haviam estudos científicos à época sobre as especificidades da infância e da juventude, menos ainda no tocante à condição peculiar de pessoa em

²² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

²³ DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2011, p. 37

²⁴ *Ibidem*, p. 38-39

²⁵ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Do direito penal do menor à doutrina da proteção integral**. Disponível em <<http://marcosbandeirablog.blogspot.com.br/2010/09/do-direito-penal-do-menor-doutrina-da.html>>. Acesso em 18 set. 2015.

desenvolvimento. A preocupação por parte do Estado se iniciava com a criança a partir dos sete anos de idade no momento em que esta cometia algum delito, quando então deveria ser castigada, punida. A punição era totalmente coincidente com a pena imposta aos imputáveis, só que reduzida de um terço. Entretanto, a criança deveria cumprir a pena no mesmo estabelecimento do adulto, “com toda a promiscuidade daí decorrente”. Quanto à criança abaixo dos sete anos de idade, era equiparada a um animal, sem vontade própria, portanto; uma pessoa absolutamente incapaz nos parâmetros do direito civil clássico de origem romana. Em verdade, a partir de sete anos o infante era “um adulto em miniatura”, pois ao praticar um fato delituoso tinha para si as mesmas consequências do adulto, “sem que houvesse qualquer tutela especial, em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento”.

Karyna Sposato entende que o período em questão é caracterizado por incorporar a concepção positiva do delito e da pena como entes jurídicos além da percepção do direito como sintoma de periculosidade social, indicando assim, os princípios informadores da “escola clássica” penal²⁶.

Durante o período que se seguiu, logo no início do século XX, a preocupação com uma tutela diferenciada para o menor de idade foi tomando espaço no âmbito internacional, como bem salienta Cristiane Dupret:

Apenas no início do século XX se iniciaram as pesquisas científicas, as Convenções Sociais com vistas a afastar o menor do sistema penal. Em 1911, em Paris, foi realizado o primeiro Congresso Internacional sobre os Direitos dos menores. No final do século XIX surgiu um grande movimento nos EUA para especializar a justiça de menores, com a criação de reformatórios, evitando o cumprimento de penas de forma conjunta por adultos e menores. Nessa época começa a se lançar as primeiras sementes da doutrina da situação irregular²⁷.

Bandeira entende que o período em questão é caracterizado por algumas mudanças no cenário mundial. Começaram a surgir convenções sociais e pesquisas científicas²⁸ promovidas no sentido de tentar compreender o fenômeno da

²⁶ “O delito, na qualidade de sintoma, não é o único indicador. A má vida, a vadiagem, a ociosidade também legitimam a aplicação de penas, ou medidas, mesmo inexistindo o crime.

Ressalte-se que, de acordo com essa escola do pensamento penal, a pena tem contornos definidos pela retribuição, e a atenção é dirigida exclusivamente ao crime. Esses aspectos refletem-se de forma inquestionável no modo de intervenção estatal que se fundamenta nos Códigos Penais, em se tratando de delitos cometidos por crianças ou adolescentes”. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

²⁷ DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2011, p. 38.

²⁸ “Atas do Primeiro Congresso Internacional de Menores realizado em Paris em junho de 1911, esclarece-nos os objetivos e fundamentos que nortearam a criação da justiça de menores,

delinquência juvenil para, assim, tutelar de forma mais justa e coerente o menor de 18 anos no sistema penal. As pesquisas realizadas, principalmente nas áreas da psicologia, antropologia e sociologia, começavam a ponderar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento²⁹.

No Brasil, em 1902, o Senador Lopes Trovão apresenta o primeiro projeto defendendo interesses de menores, sendo seguido por Alcindo Guanabara, que apresentou um projeto voltado para os menores em 1906. O mesmo Senador apresentou outro projeto em 1917 considerando inimputáveis os maiores de 12 anos e menores de 17 anos. Começava a ganhar espaço a ideia de que os jovens deveriam receber uma proteção especial do Estado, aproximando a Justiça da Assistência Social³⁰.

Em 12 de outubro de 1927 foi publicado o Decreto nº 17.943-A³¹, que instituiu o primeiro Código de Menores do Brasil, apresentando uma consolidação de todas as leis que tratavam de proteger o menor de idade durante o período. O segundo Código de Menores foi instituído pela Lei nº 6.697/79³², marco que representou o ponto alto da adoção da Doutrina da Situação Irregular³³.

Essa mesma doutrina que veio trazer um tratamento diferenciador para o tratamento jurídico da criança e do adolescente veio com uma série de medidas, respaldadas em lei, que na prática criaram graves situações de desrespeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Políticas, que em primeiro momento foram positivas como a separação “carcerária” dos menores de idade em relação aos criminosos adultos, restaram distorcidas e banalizadas, o que criou verdadeiros depósitos de jovens em estabelecimentos que não tinham estrutura para atender às

evidenciando seu matiz penal e repressivo e a fixação da categoria sociopenal do menor para designar as crianças e adolescentes abandonados, pervertidas ou em perigo de o ser. A mentalidade dominante entendia que o “abandono moral e material constituía-se um passo para a criminalidade”. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34.

²⁹ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Do direito penal do menor à doutrina da proteção integral**. Disponível em <<http://marcosbandeirablog.blogspot.com.br/2010/09/do-direito-penal-do-menor-doutrina-da.html>>. Acesso em 18 set. 2015.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BRASIL. **Decreto nº 17.934-A de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em 18 set. 2015.

³² BRASIL. **Código de Menores**. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em 18 set. 2015.

³³ DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2011, p.38.

pessoas em condição de desenvolvimento.

Durante a vigência do Código de Menores, a grande maioria da população recolhida às entidades de internação do sistema Febem³⁴ no Brasil era composta de crianças e adolescentes ("menores") que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Isto quer dizer que este sistema que definia uma situação diferenciada para as crianças e adolescentes por parte do Estado sustentava uma estrutura que captava crianças e adolescentes em situação de abandono, e as reunia com outras em conflito com a lei penal, gerando uma massificação de duas situações totalmente diferentes sob a forma do indivíduo "Menor".

Como elemento característico da doutrina da situação irregular, o conceito do "de Menor" revelavam forte carga pejorativa, representando um ícone do período (utilização do conceito perdura até hoje).

O artigo 1º da primeira Lei de Menores de 1927 ilustrava com maestria o coração da norma menorista do período em destaque: "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código".

Karyna Sposato comenta o conceito afirmando que estava construída uma categoria jurídica específica: a do "Menor", restando por dividida a infância em duas e atrelando a periculosidade às crianças e adolescentes pobres, que estariam representando "alvo preferencial da intervenção estatal". No caso da infância, "o controle seria exercido pela família e pela escola"; "para os menores o controle é de atribuição dos Tribunais", isto é, tomando base no sistema de proteção e assistência do Código de Menores, submetia-se qualquer criança, simplesmente por sua

³⁴ "Antes da edição do último código de menores do ordenamento jurídico brasileiro, a preocupação com a detenção e manutenção de crianças e adolescentes com presos adultos resultou, em 1963, na criação de instituições para o Recolhimento Provisório de Menores (RPM) destinadas aos infratores entre 14 e 18 anos. Tais instituições são precursoras das Unidades de Acolhimento Provisório (UAP) ou, segundo as denominações adotadas a partir de 2000, Unidades de Internação Provisória (UIP) da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor.

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) surgiu como instrumento político e de propaganda da ditadura militar. Inaugurada no dia 1º de dezembro de 1964 com a atribuição de coordenar uma política nacional de bem-estar do menor, iniciou e consolidou o que se convencionou chamar de conhecimento biopsicossocial. Integrando as políticas militares, a Funabem foi incorporada como objetivo nacional (...) as ramificações estaduais e municipais deram origem às Febem". SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

condição de pobreza, ao processamento da Justiça e da Assistência³⁵.

Estava consolidado um sistema de controle da pobreza, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Janine Borges Soares discorre acerca do período:

Com a Doutrina da Situação Irregular, os menores passam a ser objeto da norma, por apresentarem uma "patologia social", por não se ajustarem ao padrão social estabelecido. Surgiu uma clara diferenciação entre as crianças das classes burguesas e aquelas em "situação irregular", distinguindo-se criança de menor, sendo comuns expressões como "menor mata criança".

Muitos movimentos questionavam o tratamento dado às crianças em "situação irregular" e as indiscriminadas internações determinadas pelos Juizados de Menores. A visibilidade crescente dos meninos de rua nos anos 80 também impulsionou a articulação de vários grupos em defesa dos direitos dos menores³⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi inserida a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento, substituindo a ultrapassada Doutrina da Situação Irregular.

Sobre a Doutrina da Proteção Integral, Karyna Sposato afirma que a corrente reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, titulares de garantias positivas. Nesse sentido, e, consoante o artigo 227 da Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo terceiro a seguinte disposição:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, 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 dignidade³⁷.

Cumprido destacar que a base normativa apresentada na Constituição e ratificada no Estatuto encontra-se em conformidade com as tendências do ordenamento internacional acerca da proteção da criança e do adolescente, na medida em que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança³⁸ meses

³⁵ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

³⁶ SOARES, Janine Borges. **O garantismo no sistema infanto-juvenil**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id214.htm>>. Acesso em 20 set. 2015.

³⁷ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

³⁸ "A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é fruto de dez anos de trabalho da assembléia Geral das Nações Unidas (...). As disposições e artigos retomam direitos e liberdades proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e por Pactos Internacionais. São retomados também os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e da Declaração dos Direitos da Criança adotada em 1959. (...) A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é o tratado de maior aceitação por toda comunidade internacional, tendo sido

depois da entrada em vigor da Lei nº 8.069/90.

A Convenção reiterou a proteção específica concedida à criança e ao adolescente pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, desta forma, consolidando um “Corpo de legislação internacional denominado de Doutrina das Nações unidas de proteção integral da infância”³⁹.

Karyna Sposato elucida a complexa mudança de paradigma ocorrida com a introdução da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro ilustrando através de seis aspectos de destaque:

- (a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos;
- (b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude;
- (c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal;
- (d) municipalização da política de atendimento;
- (e) eliminação de interdições não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções;
- (f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e do Ministério Público na função de controle e contrapeso.

A partir destes elementos da Doutrina da Proteção Integral, Sposato afirma terem ocorrido substanciais alterações, como a “superação da categoria de menoridade como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens”, que estariam finalmente em condições de igualdade perante a lei (o fim do conceito pejorativo de “Menor”), e a “incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais” servindo estes como limites objetivos ao poder punitivo do Estado⁴⁰.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio para regulamentar essa política constitucionalmente instituída, que tinha enfoque na proteção integral dos sujeitos merecedores dessa atenção especial. Cumpre salientar, ainda, que no artigo 6º do referido Estatuto está previsto o chamado Princípio da Condição Peculiar de Pessoas em Desenvolvimento⁴¹.

ratificado por 191 países (...). Foi ratificada por meio do Decreto 99.710/1990 pelo Estado brasileiro, constituindo um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, segundo o art. 5, § 2º da CF”. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 56, 60.

³⁹ *Ibidem*, p. 60

⁴⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁴¹ “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do**

Este princípio traz importante reflexão para compreender a estrutura protetiva que o Estatuto sedimenta. Sobre o Princípio da Condição Peculiar de Pessoas em Desenvolvimento, Wilson Donizeti Liberati⁴² afirma que o artigo 6º está “ontologicamente relacionado com o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil”, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”⁴³

O autor afirma que se estaria buscando descobrir o sentido atribuído ao texto pela vontade do legislador. Nesse sentido o que se deve observar é a proteção dos interesses da criança e do adolescente, sentidos estes que deverão se sobrepor a qualquer outro interesse juridicamente tutelado na medida em que seja observada a destinação social da lei e quanto a peculiar condição da criança e do adolescente enquanto “pessoas em desenvolvimento”⁴⁴.

Sposato reconhece que, ao reconhecer níveis de responsabilidade distintos está implicando numa exigibilidade diferenciada. A título exemplificativo, a autora evidencia o tratamento diferenciado conferido no Estatuto à crianças e à adolescentes:

Para as crianças (pessoas até 12 anos incompletos), o nível de desenvolvimento não permite uma responsabilização. Ou seja, o cometimento de uma infração penal não gera a imposição de nenhuma medida coercitiva propriamente dita, e sim de medidas protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (...). As medidas elencadas no art. 101 do texto legal são medidas de proteção, exigíveis sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados: por ‘ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão da conduta da criança ou do adolescente’ (...). No caso dos adolescentes, a legislação autoriza uma cumulação de medidas socioeducativas com medidas protetivas quando da comprovação de autoria de ato infracional concomitante à situação de risco social e pessoal.

A medida socioeducativa, no entanto, para ser aplicada, depende da verificação da prática de ato infracional pelo jovem, conforme elucida o art. 112 da lei. Essa imposição implica numa responsabilidade deferente da dos adultos. Significa dizer que a inimputabilidade e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não têm o condão de fazer desaparecer o poder punitivo do Estado, ou ainda de autorizar uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico de

Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 07 de set. de 2015.

⁴² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20

⁴³ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 12 de maio de 2016.

⁴⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. cit., loc. cit.*

um adolescente, e sim de estabelecer procedimentos e regras que não são os aplicados aos adultos⁴⁵.

Diante do impacto que a afirmação de que existem “diferentes níveis de responsabilização pela prática de um mesmo fato” pode causar perante a tutela dos bens jurídicos penais, deve ser esclarecido que esse estágio especial de desenvolvimento da personalidade não implica em uma total “desresponsabilização” penal. Deve ser entendido que, na medida em que existem diferentes níveis de desenvolvimento, devem existir diferentes níveis de responsabilidade, justificados por opção de política criminal.

2.3 POLÍTICA CRIMINAL

Perante essa valoração penal da conduta humana na previsão estatutária, deve-se voltar atenção à análise da política criminal envolvida no texto legislativo, para que de alguma forma seja possível identificar o cerne da questão tutelada através das normas em que consiste o texto da lei.

A política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica.

Pode-se afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que evidentemente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos⁴⁶.

Nilo Batista⁴⁷ afirma que uma concepção de política criminal moderna⁴⁸ deve ser

⁴⁵ SPOSATO, Karyna Batista; **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 105-106

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 36.

⁴⁸ Para tanto o autor considera como ideal o modelo doutrinário que considera uma “política criminal das classes dominadas” sintetizando relevantes indicações desta: “Em primeiro lugar, numa sociedade de classes a política criminal não pode reduzir-se a uma ‘política penal’, limitada ao âmbito da função punitiva do Estado, nem a uma ‘política de substitutivos penais’, vagamente reformista e humanitária, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos. Em segundo lugar, a partir da consideração do direito penal como direito desigual, deve-se empreender

orientada no sentido da descriminalização e desjudicialização, para reduzir ao máximo o sistema punitivo do Estado, esvaziando dele todas as condutas reprováveis, mas que podem ser “reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais”.

Diante desta concepção de política criminal, é possível afirmar que o sistema brasileiro, a partir da própria Constituição Federal e passando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como proposta clara a integralização da Doutrina da Proteção Integral (artigo 227 da Carta Constitucional), através da criação de um conjunto de normas específicas com a intenção de promover a diferenciação de um grupo de indivíduos, para que assim seja possível garantir a igualdade de tratamento jurídico.

O Princípio da Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento constitui um reflexo do postulado constitucional da Proteção Integral, afirmando que o indivíduo em processo de formação deve ser considerado pelo ordenamento pátrio como titular de tratamento diferenciado, como afirma Roberto João Elias em seu comentário ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Há de se ter em consideração que a criança e do adolescente são sujeitos especiais de direito e, destarte, todas as decisões devem direcionar-se à sua proteção integral. Os direitos dos pais, do tutor ou do guardião devem vir em segundo lugar.

dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetam interesses essenciais para a vida, a saúde e o bem estar da comunidade (o chamado ‘uso alternativo do direito’): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc; 2º) contrair ao Máximo o sistema punitivo, observando-se que muito dos códigos penais vigentes foram elaborados sob o signo de uma concepção autoritária e ética do estado (...), descriminalizando simplesmente ou substituindo por formas de controle legal não estigmatizantes. A esses objetivos corresponderia uma profunda transformação no processo e na organização judiciária, bem como na instituição policial. Em terceiro lugar, e tendo como premissa o fracasso histórico da prisão, em suas funções de controlar a criminalidade e promover a reinserção social do condenado, bem como os verdadeiros fins que tem exercido, pugnar pela abolição da pena privativa de liberdade; para aproximar-se desse objetivo, sugerem-se as seguintes táticas: a) implantação de ‘substitutivos penais’; b) ampliação de formas de suspensão condicional de execução e livramento condicional; c) introdução de formas de execução em regime de semiliberdade; d) reavaliação do trabalho carcerário; e) abertura da prisão para a sociedade, mediante a colaboração de órgãos locais. Por essa linha, a alternativa oferecida ao mito da reeducação consistiria na criação de condições que levassem o condenado a compreender as contradições sociais que o conduziram a uma reação individual e egoística (o cometimento do crime), que, desenvolvida nele a consciência de classe, se transformaria em participação no movimento coletivo. Em quanto e último lugar, preocupado com os processos ideológicos e psicológicos que se desenvolvem em torno da opinião pública, ao escopo de legitimação do direito penal desigual (com referencia especial aos processos de indução de alarma social, que se apresentam em ‘campanhas de lei e ordem’ manipuladas por forças políticas, produzindo a falsa representação de uma solidariedade social geral contra um comum ‘inimigo interno’) (...) tentando-se inverter as “relações da hegemonia cultural com um trabalho de decidida crítica ideológica, de produção científica e de informação”. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 37-39.

Enfim, deve-se observar o melhor interesse do menor, em cada ocasião, embora não se deva julgar *contra legem*⁴⁹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com a figura dos atos infracionais, apresentam uma série de mecanismos jurídicos adaptados especialmente para os indivíduos merecedores de proteção especial, inclusive com relação a um procedimento específico para processamento judicial dos fatos.

⁴⁹ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7-8.

3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E MAJORAÇÃO DA PENA BASE

O regime ordinário de tratamento penal encontra-se positivado no Código Penal Brasileiro, abarcando as infrações penais, classificadas como crimes ou contravenções. No tocante às condenações o Código Penal pátrio institui um sistema de individualização da pena constituído de três fases, conforme dita em seu artigo 68: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”⁵⁰.

Mister registrar que, apesar da clara preferência legislativa por um método de fixação de *quantum* penal, existem dois principais sistemas de aplicação da pena: o modelo trifásico, preconizado por Nelson Hungria, e o modelo bifásico defendido por Roberto Lyra.

Ao analisar o artigo 68 do Código Penal Brasileiro, Nucci distingue os dois modelos⁵¹ e defende a opção legislativa pátria, afirmando que o método Trifásico delinea os critérios fáticos que foram apreciados pelo juiz no momento de aplicar a pena para as partes envolvidas no processo, de forma a assegurar as garantias procedimentais de forma mais eficaz, na medida em que, havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação em cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal⁵².

Sobre o critério contido no artigo 59, do Código Penal⁵³, temos as circunstâncias

⁵⁰ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

⁵¹ “Para Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias judiciais do art. 59; em seguida, o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes, dos arts. 61 a 66), para então apor as causas de diminuição e de aumento (previstas nas Partes Geral e Especial). Lyra, por sua vez, ensina que as circunstâncias atenuantes e agravantes merecem ser analisadas em conjunto com o art. 59 para a fixação da pena-base. Somente após aplicará, o juiz, as causas de diminuição e de aumento. A fundamentação para tal posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ “Art. 59 - O juiz, 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, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”. BRASIL. **Código Penal**

judiciais, estas que serão suficientes para atender o critério objetivo de fixação da pena-base.

Sobre as Circunstâncias Judiciais Guilherme de Souza Nucci afirma que: “são elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado”⁵⁴.

Em verdade o artigo 59 traz um rol de circunstâncias fáticas residuais a preencher o delito no caso concreto. É dizer: se não foi encontrada a circunstância dentre as causas de aumento/diminuição ou como agravante/atenuante o juiz poderá inseri-la como elemento conformador da pena-base dentro do quanto estabelecido no referido artigo.

A respeito da dosimetria da pena, Ricardo Schmitt afirma que esta exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos “éticos-sociais da sanção” e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena. O Autor reitera que: “Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, penhor de *status* civilizatório dos povos, tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes”⁵⁵.

Tal ponderação vai exigir do magistrado uma serie de escolhas tomadas em função do caso concreto. Para tanto, o juiz tem a responsabilidade de fundamentar suas decisões (artigo 98, IX Constituição Federal de 1988⁵⁶) com base nos fatos apresentados, sob pena de lesar, tanto a segurança jurídica quanto as garantias individuais dos jurisdicionados.

Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 420

⁵⁵ SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 111-112.

⁵⁶ “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de mai. de 2015.

3.1 PENA-BASE

A pena-base é a primeira efetiva ponderação acerca da pena que será adequada ao caso apreciado pelo juiz, esta deverá se fundar nas circunstâncias trazidas no artigo 59 do Código Penal. Sobre a pena-base o magistrado vai considerar as agravantes e atenuantes, para em seguida contabilizar as causas de aumento e diminuição, conforme disposto no artigo 68, *caput*, do Código Penal.

Na sentença penal condenatória, a meta do Juiz é mensurar a pena-base de forma particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o fato criminoso praticado e de acordo com seus atributos próprios.

As circunstâncias judiciais são compostas de fatores que vão definir diretamente o grau de censurabilidade da conduta, através da variação entre o mínimo e o máximo cominado em abstrato pelo legislador na tipificação penal.

Essa ferramenta deve ser sedimentada em uma base sólida e lógica buscando dar harmonia ao sistema, mas distanciando a atividade jurisdicional de meros cálculos matemáticos. Não se trata de operação de soma ou frações de pontuação como se cada elemento fosse rígido e inflexível.

Guilherme de Souza Nucci afirma que a ponderação judicial deve se voltar às qualidades e defeitos do réu, destacando o fato por ele praticado como alicerce para consideração de seus atributos pessoais. Dessa forma o juiz poderá se inclinar para fixação de maior quantidade de pena ou seguir mantendo a pena próxima ao mínimo cominado⁵⁷.

Nesse sentido, o autor afirma que, justamente por não se tratar de preponderância puramente matemática, é preciso se atribuir um sistema de pesos às Circunstâncias Judiciais uma vez que, ao analisar-se a legislação penal como um todo, é notável a preocupação com alguns tópicos.

Assim, sustenta que aos fatores personalidade, antecedentes e motivos, é atribuído o peso dois⁵⁸ em relação aos demais itens previstos no artigo 59, aos quais restarão

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 421.

⁵⁸ “Um deles é a personalidade do agente. É, sem dúvida, o mais relevante dos sete fatores a compor a culpabilidade como fundamento e limite da aplicação da pena-base. Afinal, a individualização da pena torna-se inequívoca, levando-se em conta a personalidade, pois inexitem duas pessoas

com o peso um. Visualizando a diferença entre os fatores, cabe ao magistrado, durante avaliação das provas, sopesar o percebido para pôr em confronto os elementos positivos e negativos. Desta análise surgirá o maior ou menor grau de reprovabilidade ao crime e seu autor, cristalizando a individualização da pena ao afastar a padronização da aplicação da pena.

Quanto ao tema, Zaffaroni e Pierangeli esboçam preocupação na medida em que uma abordagem incompleta ou superficial, considerando-se os perigosos reflexos, pode levar o aplicador da lei ao campo dos abusos, já que as “margens penais” possibilitam acentuada amplitude e vão levar “invariavelmente” o arbítrio judicial ao campo da arbitrariedade⁵⁹.

Com relação às circunstâncias judiciais abordadas, as que mais possuem relevância dentro da discussão dos antecedentes infracionais são, Antecedentes, Conduta Social e Personalidade, que serão analisadas nos tópicos a seguir.

3.2 ANTECEDENTES

A palavra antecedente remete ao que antecede, isto é, aquilo que está antes, e, em matéria de Direito penal, permite conhecer a vida “antes do fato” do acusado, ou seja, sua “folha corrida” certificada por servidor judiciário, com base nas informações

idênticas nesse atributo. Como exemplos de inserção do elemento no Código Penal, pode-se destacar os seguintes artigos: 44, III (penas restritivas de direitos), 59, (pena-base), 67 (circunstâncias preponderantes), 71, parágrafo único (crime continuado qualificado), 77, II (suspensão condicional da pena). Na Lei de execução penal, cuidando da relevante individualização executória da pena, introduz-se a personalidade nos artigos 5º, 9º e 180, III da LEP. Conferindo-se o caráter preponderante, para a fixação da pena, a Lei de Drogas (lei 11.343/2006) inseriu-a no artigo 42.

Outro elemento a merecer maior peso dentre os enumerados pelo art. 59 são os antecedentes. No Código Penal esse fator emerge nos artigos 44, III (penas restritivas de direitos), 59 (pena-base), 71, parágrafo único (crime continuado qualificado), 77, II (suspensão condicional da pena) e 83, I (livramento condicional). Vê-se, ainda, a consideração dos antecedentes, em enfoque particular, quando se insere a reincidência no artigo 67 do Código Penal como elemento preponderante. Afinal, a reincidência não deixa de ser antecedente criminal. Por outro lado, a preocupação com os antecedentes do condenado está nítida na Lei de Execução Penal: artigos 5º, 106, IV, 114, II, 180, III e 190.

O terceiro componente de relevo, merecedor de peso diferenciado, são os motivos. É inegável o seu valor em virtude do disposto pelo art. 67 do Código Penal, dando-lhe prevalência, quando presente no confronto entre agravantes e atenuantes”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 421-422.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 706.

cartorárias⁶⁰. Trata-se de um verdadeiro extrato de passagens pela justiça criminal referente ao indivíduo.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, circunstância judicial é tudo o que existiu ou aconteceu ao agente no campo penal *antes* da prática do fato criminoso, de maneira que toda a sua vida pregressa em matéria criminal será levada em consideração. Afirma ainda o autor que antes da reforma no código penal de 1984 (Lei nº 7.209/84⁶¹), era possível se afirmar que os antecedentes do réu abrangiam todo o seu passado do deste, desde as condenações porventura existentes até seu relacionamento familiar ou no seu ambiente de trabalho. Atualmente a conduta social foi destacada do cenário dos antecedentes. Dessa forma, o requisito “antecedentes” terminou sendo esvaziado este último requisito, restringindo sua abrangência à folha de antecedentes⁶².

Da análise da prática da aplicação da pena é possível afirmar que os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente, que não se presta para efeitos de reincidência. Tomando como base o princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para configurar reincidência⁶³, que poderão ser sopesadas em prejuízo do sentenciado, de forma que sua pena-base vai se aproximar do limite máximo estabelecido pelo legislador penal⁶⁴.

Ao considerar apenas a matéria transitada em julgado, e que não demonstre reincidência, o que se deve abstrair é que a simples anotação na folha de antecedentes criminais, a título de inquéritos policiais em andamento ou processos

⁶⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 166.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2015.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432.

⁶³ A reincidência é uma circunstância agravante em espécie, utilizada na segunda fase da aplicação da pena, a saber, fixação da pena provisória. “Por força do princípio da presunção de inocência (Constituição Federal, artigo 5º, LVII), segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, só pode ser declarado reincidente quem cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior (Código Penal, artigo 63). A reincidência requer assim o concurso simultâneo de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime”. QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 461-462.

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V.1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 633.

criminais com prazo em aberto para interposição de recurso, não se justificariam como motivo a elevar a pena-base do acusado.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em 13 de maio de 2010, publicou a Súmula 444, que diz: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Paganella Boschi comenta a Súmula do Tribunal da Cidadania afirmando que:

“O enunciado nada diz quanto aos processos pendentes a aos já encerrados com sentenças absolutórias ou extintivas da punibilidade, mas, bem considerada a *ratio* da Súmula, ela há de projetar seus efeitos também em relação a eles. Do mesmo modo, não pode ser considerado de maus antecedentes o acusado condenado por sentença definitiva alcançada pela prescrição da pretensão executória. O *jus puniendi* fulminado pela prescrição não pode subsistir para qualquer outro efeito⁶⁵.”

Conclui o autor afirmando que, para que os antecedentes possam ser apurados negativamente, é preciso existir prova documental da prática de infração no passado, desde que o trânsito em julgado da respectiva sentença tenha ocorrido em data anterior à prática da nova infração, pois, do contrário, configurará a reincidência, que, por estar prevista como agravante genérica (artigo 61, I do Código Penal⁶⁶), não influenciará na primeira e sim na segunda fase do método trifásico (artigos 63 e 68 do Código Penal⁶⁷)⁶⁸.

Cumpre ressaltar que o juiz pode levar em consideração os maus antecedentes e a reincidência, desde que estas não possuam como fundamento fático, a mesma condenação com trânsito em julgado. Nesse sentido, se faz relevante o disposto na Súmula 241, também do Superior Tribunal de Justiça, que traz: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como

⁶⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 167.

⁶⁶ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência”. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de set. de 2015.

⁶⁷ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”; “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de set. de 2015.

⁶⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit., loc. cit.*

circunstância judicial”. Assim, observando processos que configurem maus antecedentes, outros podem implicar na configuração de reincidência⁶⁹.

Antecedentes infracionais seriam os antecedentes relativos aos atos infracionais praticados na vida pregressa do indivíduo durante sua infância e/ou adolescência, já transitados em julgado. No tocante a estes antecedentes, vale salientar que, não é possível configurar “mau antecedente”, “indicativo de personalidade voltada ao crime”, “conduta social transviada” ou tantos outros termos encontrados na prática judicial, simplesmente pelo fato de se estar diante de um fato passado, cometido por um indivíduo acobertado por um regime jurídico próprio, e, portanto, merecedor de um tratamento diferenciado.

Conforme visto alhures, o adolescente não pratica crime, pratica ato infracional e, “ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no artigo 101”⁷⁰. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a figura das medidas de proteção em detrimento das penas previstas no Código penal.

Todas essas medidas implicam revelam a opção do legislador em separar o menor do adulto. Dessa forma é possível auferir, seguindo esta linha de raciocínio, e consubstanciado no princípio da Proteção Integral, que os ditos antecedentes infracionais não podem ser sopesados na dosimetria da pena de um sujeito maior de idade, ainda que transitados em julgado.

Válido ainda é analisar a situação de um processo⁷¹ ainda em curso, ou sujeito a algum recurso e etc., nos quais deve-se levar em consideração, além dos preceitos da Doutrina da proteção integral, a própria presunção de inocência⁷².

A inaplicabilidade dos Antecedentes Infracionais na fixação da pena encontra reforço no fato de que, mesmo em se tratando de um antecedente ordinário, praticado pelo indivíduo enquanto maior de idade, não haveria a possibilidade de reconhecimento por parte do juiz, vez que, a mencionada presunção de inocência até já instigou o

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 433.

⁷⁰ Redação do Artigo 105. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01 de mai. de 2016

⁷¹ Entenda-se “processo”, aqui, como apuração de ato infracional e processo penal.

⁷² “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

Superior Tribunal de Justiça a editar a, já referida, Súmula 444 que, merece ser replicada a título de reforço: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Nessa esteira, é possível auferir que, da mesma forma que um fato praticado por indivíduo plenamente imputável, ainda não decidido definitivamente, não pode ser valorado na individualização da sua pena, também não é possível que um fato praticado por criança ou adolescente nas mesmas circunstâncias implique em antecedente infracional, até porque esta espécie se cerca de garantias próprias.

3.3 CONDUITA SOCIAL

Parte da doutrina atual afirma que, ao analisar o elemento conduta social, o juiz deve apurar: o papel do réu na comunidade, inserido no contexto familiar, do trabalho, da escola, da vizinhança e etc.

Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci afirma que todo acusado possui um passado, uma vida anterior à prática do delito, merecendo ser analisada de forma criteriosa a conduta social do mesmo, pois este seria um dos principais fatores de individualização da pena⁷³.

Como referido em tópico acima, a referida análise valorativa da conduta social, até a reforma do Código Penal de 1984, era realizada em conjunto com os antecedentes. Contudo, com a Lei nº 7.209/84, a circunstância passou a poder ser configurada de modo independente⁷⁴.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 434.

⁷⁴ Em 13 de outubro de 2015, de acordo com o informativo nº 803 do Supremo Tribunal de Federal, o Ministro Teori Zavascki, em voto de sua relatoria, afirmou que: “A Segunda Turma iniciou o julgamento de recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se afirma que o tribunal de origem não poderia ter valorado a conduta social com elementos próprios e típicos dos maus antecedentes e da reincidência, sob pena de afronta ao princípio do ‘ne bis in idem’ (...)

Afirmou que a decisão impugnada teria valorado negativamente circunstâncias judiciais diversas com fundamento na mesma base empírica, qual seja, os registros criminais, a conferir-lhes conceitos jurídicos assemelhados. Apontou que, antes da reforma da parte geral do CP/1984, entendia-se que a análise dos antecedentes abrangeria todo o passado do agente, a incluir, além dos aludidos registros, o comportamento em sociedade. Com o advento da Lei 7.209/1984, a conduta social teria passado a ter configuração própria. Introduzira-se um vetor apartado com vistas a avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundiriam com os seus

Na lição de Salo de Carvalho essa diferenciação entre antecedentes e conduta social gerada pela lei acabou criando uma discussão entre parte da doutrina que afirmava que a análise da relação do acusado no ambiente familiar, de trabalho, do estilo de vida honrável e assim por diante, seria nada mais do que um desdobramento da antiga circunstancia relativa à vida pregressa (antecedentes)⁷⁵, e assim devem ser consideradas ao apurar os antecedentes.

A doutrina critica a referida circunstância, considerando que se trata de outra forma de apurar antecedentes, aproveita a comparação feita de que se trataria de reflexo de um Direito penal de autor para afirmar a inconsistência do instituto com o ideal Direito penal do fato.

Nesse sentido, Ricardo Schmitt considera que a conduta social difere dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa inserida no seu contexto de convívio social.

Relevando a discussão acerca da conduta social, juntamente com o fato de se tratar de opção legislativa refinar a análise das circunstâncias judiciais em benefício da individualização da pena, Paganella Boschi afirma que:

Esses aspectos mostram que a análise da conduta social projeta conhecimento sobre o temperamento, o caráter, e, queiramos ou não, a personalidade e a vida pregressa do acusado, mesmo porque as circunstâncias judiciais não são estanques, elas interagem entre si e são mutuamente esclarecedoras⁷⁶.

Destarte o fato de se tratar de elemento importante para concretização da individualização da pena de forma bastante concreta, não parece ser proveitoso o fato de se apreciar, dentro do processo judicial, elementos relativos à pessoa do acusado em detrimento do fato, prática que, diante de um modelo de garantias

antecedentes criminais". Já em 10 de maio de 2016, a Ministra Cármen Lucia, confirmando o voto do relator Teori Zavascki afirmou que o "juízo sentenciante não indicou fundamentos concretos para a verificação dos elementos extrapenais que poderiam caracterizar a má conduta social, limitando-se a analisar a folha de antecedentes do réu. Em razão disso, tal como o relator, seu voto afasta da pena-base a valoração negativa feita na circunstância judicial da conduta social". VP/AD. 2ª Turma: antecedentes não interferem na análise da conduta social de condenado. **Notícias STF**, Brasília, 10 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316296>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 48-49.

⁷⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 169.

penais e processuais penais, pode abrir espaço para práticas lesivas a toda população.

3.4 PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade do agente configura um dos critérios a serem ponderados pelo magistrado durante a fixação da pena-base. Considerar a personalidade como um dos fatores a inclinar a favor ou contra o indivíduo momento de se decidir a quantidade de pena parece algo forçoso da parte do magistrado, figura que terá um contato superficial da situação como um todo, restrito apenas ao conteúdo dos fatos materializados nos autos.

O termo personalidade deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenham na vida em sociedade. Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. A conduta do indivíduo é certamente influenciada por seu patrimônio genético, mas não totalmente determinada por ele, uma vez que é, igualmente, resultado do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento⁷⁷.

A personalidade constitui uma característica extremamente particular do indivíduo sendo algo, aparentemente, extremamente difícil de ser apurado pelo magistrado em sede de procedimento judicial.

Parcela da doutrina acredita que, inobstante previsão legislativa expressa no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, a personalidade não deve ser levada em consideração durante a individualização da pena por não apresentar possibilidade de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes.

Nota Paganella Boschi⁷⁸ que, definir a personalidade não é algo tão simples como se pode parecer, sendo tarefa muito complexa atribuída ao Juiz, seja porque ele não

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **A Análise da Personalidade do réu na Aplicação da Pena**. Gen Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2014/12/22/a-analise-da-personalidade-do-reu-na-aplicacao-da-pena/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 172

domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Em razão disso constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que do ponto de vista técnico, nada dizem.

É notória a exigência de uma cautela substancial por parte do juiz para exercer o papel de apurar características tão complexas do réu.

Guilherme de Souza Nucci como representante da corrente que defende a consideração do fator personalidade afirma que:

São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutivo), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo⁷⁹.

Para embasar o argumento de se aceitar a ponderação de personalidade em juízo, o autor salienta alguns pontos para tanto:

a) o elemento personalidade encontra legalmente previsto não somente no art. 59 deste código, mas em vários outros dispositivos da legislação brasileira, demonstrando o interesse efetivo do legislador nesse quadro do ser humano; b) a análise feita pelo magistrado, na sentença, é vulgar, no sentido de não se equiparar a um laudo feito por perito psicólogo. A decisão judicial não representa um teste de personalidade, para fins de tratamento. O juiz avalia a personalidade do acusado exatamente como está autorizado a verificar o seu elemento subjetivo (dolo ou culpa). Não se alega que o magistrado é incapaz de checar a vontade ou o conhecimento do agente no tocante à conduta praticada; desse modo, é inócuo afirmar que a personalidade é algo intangível pelo julgador; c) dizer que a personalidade é um elemento eminentemente técnico significa desconhecer a realidade, pois qualquer pessoa avalia outra, quanto ao seu comportamento - positivo ou negativo; d) outro erro das opiniões contrárias à avaliação da personalidade é afirmar que ela permitiria um aumento indevido da pena; ora, a personalidade também é utilizada para reduzir a pena-base, quando positiva. Ilustrando, a personalidade positiva é capaz de ser compensada com os maus antecedentes, e isso é no mais absoluto interesse do réu⁸⁰.

Paganella Boschi rebate o argumento utilizado por Nucci afirmando sempre a

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 432-433.

⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V.1. 17^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 636.

incapacidade do magistrado em auferir no processo judicial a personalidade do agente, na medida em que não existiria um padrão comparativo. Afirma o autor que a contínua transformação da personalidade humana e a própria rotina de psicólogos e psiquiatras em formular diagnósticos com base na maior ou menor “adaptação da pessoa ao seu ambiente social” revelam a impossibilidade das “ciências psi” em amparar de forma consistente o Direito penal, afirmando: Parecendo-nos temerária, *vênia concessa*, a conclusão de Nucci, de que o juiz conseguiria descobrir tudo sozinho, por possuir ‘um natural bom senso’, aliás, qualidade de duvidosa demonstração empírica ou científica”⁸¹.

Não basta, pois, o magistrado suscitar um elemento categórico, encobrindo-o por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional da fundamentação das decisões⁸² impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados. Assim, é inadmissível, assim que se possa auferir juízo negativo de personalidade sem demonstrar a base conceitual e metodológica que possibilitou a enunciação.

Nesse sentido, Salo de Carvalho⁸³ crê que, partindo-se de uma perspectiva transdisciplinar, que levantar tal assertiva corresponde a “uma brutal heresia científica”. Afirma que não há dúvidas de que na prática, o campo de saber estabelecido pela lei, e “reiteradamente expresso pela doutrina”, “não se delimita ao jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e/ou à psicanálise”.

O autor coloca a questão de que inexistem condições mínimas de o julgador, no processo, estabelecer o juízo acerca da personalidade:

Nota-se dessa forma, que a noção de personalidade do acusado

⁸¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 173.

⁸² “A Constituição Federal atual, como também a anterior, garante o denominado princípio do devido processo legal. É desse princípio que todos os demais são oriundos, como o do juiz natural, o do contraditório, da ampla defesa, o da necessidade da adequação das formalidades essenciais do processo e todos farão desaguar na parte culminante do processo que é a sentença, a qual exige, também, ser devidamente fundamentada sob pena de nulidade, conforme dispõe o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

A fundamentação das decisões judiciais é hoje um dever, sobretudo porque prevista na Constituição e é tratada como garantia fundamental inerente ao Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. Com isto os órgãos jurisdicionais do Estado têm o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos, afastando-se o arbítrio e interferências estranhas ao sistema legal em vigor (ideologias; arbitrariedades; subjetividades do pensar dos juízes), permitindo que as partes exerçam o controle da função jurisdicional”. JUNIOR, Nelson Jorge. O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. V.1, 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/735/518>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

⁸³ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 56.

normalmente auferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade (...) a indefinição da circunstância personalidade cria verdadeira impossibilidade de refutação, bem como de comprovação, acarretando na maioria dos casos, nulidade do ato sentencial por falta de fundamentação⁸⁴.

De fato, o que se constata na prática judicial é a redução da circunstância personalidade a juízos sobre o temperamento e o caráter imputado. Como já percebido por Paganella Boschi⁸⁵, os juízes criminais, quando da apuração da personalidade, restringem o âmbito de análise ao temperamento ou ao caráter do acusado, sem o cuidado de adentrar no estudo de sua história pessoal e familiar, ou seja, das grandes etapas em que se organiza e evolui a personalidade.

Em análise da legitimidade da atividade forense no campo da personalidade, Salo de Carvalho entende que: “mesmo se fosse o magistrado apto a realizar tal tarefa, o juízo sobre a personalidade do sujeito seria ilegítimo, visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o ‘ser’ do acusado”⁸⁶.

Essa valoração exacerbada por parte do magistrado se demonstra como por muitas vezes excessiva, considerando que o artigo 59 do Código Penal traz uma metodologia que deveria ser a mais técnica possível, evitando justamente o juízo de valor incompatível com o exercício da atividade jurisdicional, que deve se pautar nos princípios da Imparcialidade, da Presunção de Inocência e garantia do Devido Processo Legal, entre outros.

Cumprido ressaltar o absurdo em que, a majoração da pena em virtude da análise da personalidade do agente, pressupõe a valoração, não de condutas humanas, mas essencialmente de uma suposta periculosidade social que o réu representa pelo simples fato de ser quem ele é⁸⁷, situação onde é clara a tendência ao Direito Penal do Autor⁸⁸, que, como vem sendo explicitada, trata-se de corrupção do Direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitativa. Nesse sentido, o

⁸⁴ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 57-58.

⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pag. 172-173.

⁸⁶ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 58.

⁸⁷ VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. **Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 306.

⁸⁸ Tema abordado com maior profundidade no item 4.2.1 deste trabalho.

proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade do autor e não o ato praticado.

Túlio Vianna, questionando a constitucionalidade do artigo 59 da lei penal revela uma incompatibilidade com o direito Penal do Ato:

O reconhecimento da relatividade de todo e qualquer conceito moral é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que tem por pressuposto o respeito às diferenças e à pluralidade moral e religiosa, que só podem ser garantidos por um Estado amoral e laico.

Assim, é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil a adoção de um direito penal de autor, fundado na tutela de valores morais. Todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um direito penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos.

Vê-se, pois, que a valoração da "personalidade do agente" na fixação da pena fere os princípios constitucionais da laicidade, da amoralidade e da lesividade, pois consagram um inadmissível direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico⁸⁹.

Desta forma, se faz necessário, ressaltar, que, todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser previsto pela lei e valorado e punido pelo juiz. Logo, devem ser admissíveis apenas normas que proíbem e previnam fatos, e não normas que proíbam ou desvirtuem identidades. São aceitáveis e compatíveis com o ordenamento apenas punições relacionadas ao fato previsto como delito e apurado mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do indivíduo alvo da intervenção penal. Isso porque, como ensina Salo de Carvalho: “substancialismo e antigarantismo inquisitório, entendidos como fatores de subjetivação do direito penal, são a origem mesma tanto do arbítrio judiciário como da desigualdade frente à lei penal”⁹⁰.

Nesse sentido, com relação à personalidade, os julgadores tem se utilizado muito do conceito personalidade para configurar a suposta “periculosidade do agente”. A periculosidade afirmada pelos juízes diz respeito à necessidade de se salvaguardar a ordem pública⁹¹, sendo assim, será mediante a apuração da vida pregressa do indivíduo que o magistrado irá separar quem é propenso ou não a praticas delituosas.

⁸⁹ VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. **Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 309.

⁹⁰ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 61.

⁹¹ A questão da fundamentação da prisão preventiva lastrada na garantia da ordem pública será aprofundada no item 4.3.

É imperioso destacar que, diante da análise feita com relação ao aproveitamento de Antecedentes Infracionais para definir critérios subjetivos do autor de determinada conduta delituosa, como personalidade e conduta social, deve predominar a interpretação de que, diante de um sujeito possuidor de “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” e dotado de “Proteção Integral” perante o ordenamento, os fatos antecedentes não podem ser considerados à título de periculosidade no mesmo patamar que condutas semelhantes praticadas por sujeito adulto.

Destarte o argumentado, torna-se patente a impossibilidade de se fundamentar a decretação de medida extrema por meio de fatos consumados na menoridade quando se incorpora que, por opção legislativa, o menor não tem o mesmo nível de consciência da responsabilidade por seus atos do que o maior de dezoito anos e isso, por si só, significa que os atos praticados ao tempo da menoridade também implicam num nível de exigência de responsabilidade limitado.

4 ANTECEDENTES INFRACIONAIS NUMA VISÃO GARANTISTA

Tendo visitado o sistema penal diferenciado amparado na Proteção Integral que cerca o adolescente e ponderado criticamente acerca do modelo brasileiro de fixação de pena amparado por circunstâncias judiciais, importa, a partir daqui, analisar, por meio de uma visão crítica, o sistema que afirma a primazia da pessoa e do Direito.

4.1 GARANTISMO

No contexto do surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, surge a teoria do Garantismo Penal⁹² em oposição à legalidade estrita do positivismo, propondo a fixação de critérios limitadores da intervenção penal, seja pelo Estado, seja pela própria sociedade civil. Conforme observam Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho:

Representando um elogio à racionalidade jurídica, a teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança. O direito penal e processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência⁹³.

É possível dizer que o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão⁹⁴ representa a fase inicial do constitucionalismo no ocidente, marcando a

⁹² “O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

⁹³ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

⁹⁴ Importante anotar que existe uma divergência doutrinária quanto a terminologia. Autores como Ingo Sarlet advogam pela utilização do termo “dimensão”, tendo em vista que o caráter do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais é de cumulatividade, complementaridade, e não de superação. A expressão “geração” sugeriria a superação dos direitos fundamentais anteriores, ou seja, os direitos fundamentais de segunda geração superariam os de primeira geração e assim por diante. Assim, há uma preferência doutrinária pelo termo “dimensões”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45.

influência das teorias Iluministas⁹⁵. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos do indivíduo frente ao Estado, representados como direitos de defesa, que no seu surgimento delimitavam a área de intervenção do Estado e representavam um escudo de autonomia individual em face do monopólio estatal, bem como do poder de coerção. Por este motivo, são apresentados como direitos de cunho “negativo”, na medida em que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte do aparato institucional, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”⁹⁶.

Os direitos fundamentais enquanto reserva inegociável são insuscetíveis de renúncia por parte do titular e de derrogação por parte do Estado, impondo, dessa forma, um dever de respeito e observância à unanimidade, que mesmo legitimamente embasada pelo consenso não poderia violá-los, visto estarem garantidos e isentos de qualquer forma de disponibilidade⁹⁷.

Assim, o Garantismo, com o desenvolvimento do conceito de direitos de primeira dimensão, foi se consolidando como uma teoria crítica, derivada do Iluminismo, que trouxe um pensamento moderno ao repudiar qualquer forma de tratamento que privilegie a intervenção penal estatal exacerbada e banalize a condição humana, de maneira a afirmar a primazia da pessoa e do direito. Assim, a perspectiva garantista “estabelece mecanismos jurídicos-políticos de luta pela razão e contra toda forma de ignorância, representando um meio alternativo ao neobarbarismo defensivo - capitaneado na atualidade pelos movimentos de ‘Lei e Ordem’, ‘Nova Defesa Social’”⁹⁸, o movimento político de repúdio aos refugiados de guerra (de forma extremamente recente) e, de forma geral, o crescente fortalecimento de ideologias super conservadoras, no Brasil e no mundo.

É preciso ter em vista que a evolução do pensamento Iluminista foi impulsionada a partir da luta em busca pela razão, luta que se dispunha a afastar a ignorância e os

⁹⁵ “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

⁹⁶ *Ibidem*, p.46-47.

⁹⁷ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 20

desmandos tanto das autoridades quanto da pura e simples força física. Foi este pensamento que criou uma ferramenta limitadora, representada pelo Garantismo, dentro de da perspectiva do Estado Social de Direito, conforme afirma Lênio Streck:

O garantismo, assim, deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico estrutural e substancial da Democracia: garantias tanto liberais como sociais, expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente as maiorias integradas⁹⁹.

A democracia é utilizada como fundamento para a sustentação de um modelo protetivo e garantidor de direitos para a população, mais especificamente, direitos relativos a garantias penais e processuais penais. Esse parâmetro garantista foi considerado por alguns autores inclusive como um “termômetro” para avaliar a postura de um Estado frente às amplas possibilidades de violência que a intervenção penal pode proporcionar, sendo assim considerado um medidor do autoritarismo estatal¹⁰⁰.

Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, ao tratarem do garantismo a partir da análise do princípio da secularização¹⁰¹, afirmam que o princípio da legalidade é o ponto de partida na construção do modelo garantista. Como categoria fundamental, o princípio da legalidade intenta estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos pela exigência de uma lei anterior

⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado Democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. In: TUBENCHLAK, James (Coor.). **Doutrina**. 1ªed. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, v. 5, p. 44.

¹⁰⁰ Como representante da doutrina garantista, Luigi Ferrajoli cria uma teoria do garantismo penal considerando a existência de um “sistema garantista SG” composto por dez axiomas que vão representar uma unidade parametrizadora de um modelo garantista ideal. De acordo com esta teoria seria possível traçar uma tabela analítica sistemática de todos estes princípios e individualizar os diversos modelos de ordenamento penal que, mediante a lesão a um ou outro axioma seria enquadrado como mais ou menos autoritário, entre um grau mínimo e máximo.

O autor italiano define que esses dez princípios que seriam as “regras do jogo fundamental do direito penal” são 1) Princípio da Retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) Princípio da Legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) Princípio da Necessidade ou da economia do direito penal; 4) Princípio da Lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) Princípio da Culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) Princípio da Jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) Princípio do Contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89-91.

¹⁰¹ “A separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral é o resultado de um lento processo de secularização do direito penal desenvolvido no século XVII pelas doutrinas jusnaturalistas de Grócio, Hobbes, Pufendorf e Thomasius e que atingiu a sua maturidade com os iluministas franceses e italianos, bem como com as doutrinas expressamente positivistas de Jeremy Bentham e de John Austin.” *Ibidem*, p. 200-201.

e pública, condicionando e limitando o poder na possibilidade de uma eventual interferência ilegítima.

Todavia, o positivismo legalista e as vertentes dogmáticas associaram a ideia de legalidade com legitimidade, pressupondo a regularidade dos atos do poder. O positivismo “contemplativo e acrítico” parte da ideia de que os atos de poder são, em regra, legítimos, pelo simples fato de corresponderem a um modelo ideal no qual as noções de legitimidade e legalidade são similares¹⁰².

Ao se analisar esta associação positivista de equiparar legal com legítimo, torna-se notável a desconsideração do fator humano na equação e distorcida a ideia de legitimidade, sendo esta reduzida à esfera administrativa. Este reducionismo torna todo o sistema de garantias ineficaz, na medida em que, de forma acrítica, a proteção dos direitos garantidos seria relativizada diante da anuência cega aos atos emanados de forma a meramente cumprir requisitos formais.

Num exemplo concreto, Luigi Ferrajoli, ao analisar a estrutura garantista incorporada, primeiramente, ao ordenamento constitucional italiano de 1948, afirma que, em semelhança às demais constituições “evoluídas”, incorporaram-se sob a forma de limites ou proibições ao poder de punir do Estado a maior parte das garantias penais e processuais. Porém, essa incorporação de um sistema de garantias penais e processuais limitadoras foi feita de modo imperfeito, uma vez que nem todos os princípios garantistas seriam expressamente estabelecidos em normas constitucionais e nem todos foram formulados com o rigor e com a clareza que se desejaria¹⁰³.

O autor italiano sinaliza que esta estrutura maculada produz efeitos deveras negativos uma vez que possui larga abertura para desmandos e ampla possibilidade de descumprimento na prática:

O modelo penal garantista, recebido na Constituição italiana como em outras Constituições como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatendido: seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policiais. Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco de torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de

¹⁰² CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 21.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 641-642.

“garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático¹⁰⁴.

Ferrajoli traz um posicionamento bastante crítico ao tema afirmando que, mesmo diante de um modelo constitucional que vem abraçar o sistema de garantias e traz em seu texto a cristalização de direitos fundamentais insuscetíveis de derrogação, o que se vê na prática é um grave problema de efetivação destes princípios constitucionais. Lênio Streck, ao analisar o posicionamento do autor italiano, afirma que este dá primazia ao conjunto de valores humanos, priorizando todas as específicas e diversas identidades da pessoa, assim como a variedade e pluralidade de pontos de vista externos expressos por ela.

O italiano afirma que seria relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir seus princípios em normas constitucionais claras e capazes de deslegitimar as normas inferiores que diverjam destas. O difícil, segundo ele, seria modelar as técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar efetividade aos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais consagrados por eles. Neste sentido, é justificável a forte crítica feita à ciência penalista que concentra esforços reflexivos na questão do monopólio penal e judicial da violência institucional e se esquece das práticas autoritárias e as ilegalidades da polícia, por exemplo. Desta forma se torna claro que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada. As garantias não devem estar sustentadas apenas em normas, pois nenhum Direito Fundamental pode sobreviver concretamente sem o apoio da luta pela realização por parte de quem é seu titular e da união solidária da força política e social, no sentido de proteger os valores estruturantes do interesse tutelado, principalmente em relação aos grupos minoritários, não hegemônicos¹⁰⁵.

Essa questão da luta pelo direito como fato indispensável à sua efetivação não é uma ideia nova. Em 1872, Rudolph Von Ihering¹⁰⁶ afirmou que a paz só pode ser

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 785.

¹⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado Democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. *In*: TUBENCHLAK, James (Coor.). **Doutrina**. 1ªed. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, v. 5, p. 45-46.

¹⁰⁶ “Quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário, e por consequência se ele lutará, ou se efetivamente, para escapar à luta, abandonará, covardemente, o seu direito.

alcançada mediante a garantia dos direitos, direitos estes que estão sujeitos sempre a desvirtuamento. Assim, como forma de assegurar-los e, por consequência, a paz, deve-se lutar.

Seguindo o raciocínio, é plausível afirmar que a Doutrina da Proteção Integral, sedimentada no artigo 227 da Constituição Federal, representa ferramenta de grande valor axiológico na estruturação do modelo penal vigente, tendo grande importância para estruturar políticas sociais e como guia da atividade legislativa, no intuito de garantir a devida atenção a um grupo que possui a necessidade de um tratamento diferenciado.

Como foi observado no item 2.3, existe uma preocupação do legislador constitucional e infraconstitucional com a criação de um sistema diferenciador da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito à cealuma penal e, portanto, a principiologia por traz da Proteção Integral deve ser incluída como axioma integrante do modelo garantista.

4.2 TEORIAS ANTIGARANTISTAS

Através da apuração por meio dos axiomas definidores do garantismo é possível

Qualquer que seja, afinal, a decisão, implica ela sempre um sacrifício. Num caso, o direito é sacrificado à paz; no outro, a paz é sacrificada ao direito. A questão parece reduzir-se desde então, definitivamente, a saber qual é o sacrifício mais suportável, segundo as circunstancias do fato e as condições individuais da pessoa.

(...) A um povo que tolerasse que se lhe ocupasse e usurpasse impunemente uma légua quadrada de seu terreno, pouco a pouco se iria ocupando todas as demais até que não lhe restasse coisa alguma, deixando de existir como Estado; não merece na em verdade mais digna morte, nem melhor destino. Se, conseqüentemente, o povo deve recorrer às armas quando se trata de uma légua quadrada, sem se preocupar de seu valor (...) E assim como não é somente para defender um pedaço de terra, mas sim, sobretudo a sua existência, sua independência e honra — que um povo lança mão das armas; de modo semelhante nas ações e nos pleitos judiciais, em que existe uma grande desproporção entre o valor do objeto e os sacrifícios de qualquer natureza que neles é mister despende, não se vai demandar, não se litiga pelo valor insignificante talvez do objeto, mas sim por um motivo ideal, a defesa da pessoa e do seu sentimento pelo direito.

(...) Consideramos este modo de ver que se encontra muitas vezes na vida, como perfeitamente condenável e contrário à própria essência do direito.

Se fosse possível supor que chegasse alguma vez a prevalecer, destruir-se-ia o próprio direito, porque defende a fuga diante da injustiça, enquanto o direito não existe sem lutar contra ela

É um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contem o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize". IHERING, Rodolph Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução João Vasconcelos. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14-18.

identificar, dentre os modelos penais vigentes, diversos traços de um autoritarismo subjetivista. A ignorância e o medo criaram ambiente propício na sociedade para o desenvolvimento de interpretações da lei penal que forçam a utilização da intervenção mais violenta que o Estado tem à sua disposição em situações de desigualdade social, de forma que estas intervenções extremas acabam agravando o problema ao invés de contribuir para sua resolução.

A separação entre direito e moral – que deveria ser um marco evolutivo demonstrativo da derrota de um modelo ultrapassado dentro da ciência do direito – se mostra como ideal distante em muitos casos ao se observar a política criminal adotada em alguns modelos jurídicos modernos.

4.2.1 Direito Penal do Autor

O Direito Penal do Autor é um sistema no qual a criminalização se funda na personalidade do agente, e não na sua conduta. Neste sistema, a identidade do réu é imediatamente criminalizada, fato que revela caráter explicitamente discriminatório. No sentir de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁰⁷ esta teoria antigarantista corrompe o Direito Penal, uma vez que o delito está em ser, e não em agir, de maneira que o ato seria um sintoma da personalidade. Nesta concepção, o “ser ladrão” seria sopesado de forma mais relevante ao sistema que o próprio furto em si.

Claus Roxin, ao definir um conceito de Direito Penal de Autor, traça um contraponto na figura do Direito Penal de Fato, figura oposta da corrente penal subjetivista de apreciação da figura ao autor:

Por direito penal de fato se entende uma regulação legal em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (ou a soma de várias ações desse tipo) e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não relativa a todo o conjunto da vida do autor ou aos perigos que se esperam no futuro em relação ao mesmo. Neste sentido, tratar-se-á de um direito penal de autor quando a pena seja vinculada a personalidade do autor e haja uma associação da mesma para se definir a sanção. “O culpado aqui não é aquele autor que tenha cometido um fato, será objeto de censura legal o autor, pura e simplesmente, e quando esse algo mais deve ser buscado na peculiaridade humana do

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

autor, estamos diante de um sistema em que a pena se dirige ao autor como tal”¹⁰⁸ (tradução livre).

Imperiosos destacar que, no fim do século XIX, durante o período científico – influenciado diretamente pelo positivismo de Comte, o evolucionismo de Darwin, entre outros –, instigou-se o cientificismo dentro do estudo jurídico-penal. O período foi marcado pelo surgimento da escola Positiva do Direito Penal, e os principais autores desta corrente filosófica foram Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo¹⁰⁹.

Maria Paula Meirelles Thomaz de Aquino analisa o pensamento de Enrico Ferri, um dos grandes representantes da escola Positiva e discípulo das ideias Lombrosianas. A autora afirma que desde o século XIX o teórico já trazia teorias sobre uma periculosidade pré e pós-delitiva, indicando uma vertente do estudo criminológico que analisava o agente em detrimento do fato delituoso¹¹⁰. Para tanto, explica a periculosidade social (anterior ao crime) e criminal (após o crime):

Vale ressaltar a diferença entre periculosidade social e periculosidade criminal. Aquela tem por finalidade uma avaliação preventiva, isto é, uma defesa social anterior à própria ação ou crime perpetrado. A última vincula-se ao crime já consumado, isto é, uma avaliação repressiva (“perigo de recidiva”). Aquela independe da execução de um crime e tem como foco a temibilidade do agente (“perigo de crime”). Para justiça penal e, portanto, no que tange à periculosidade criminal, o que importa é ter o agente cometido ou tentado cometer um delito e, dessa forma, é de suma importância que ele seja readaptado à vida social por intermédio de uma sanção/pena com prazo indeterminado.

¹⁰⁸ “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo La respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre La sanción. “Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido um hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal”; “allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde esse algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”. ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I, 1ªed. Madrid: Civitas, 1997, p. 176-177.

¹⁰⁹ AQUINO, Maria Paula Meirelles de. O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do direito penal no Brasil contemporâneo. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM, nº18, jan./abr. 2015, p. 127.

¹¹⁰ Apesar de suas idéias terem contribuído demasiadamente para o surgimento da Criminologia, seus passos foram retrógrados no que tange ao marco garantista. Fomentaram teses totalitárias por diversos países ao trazer a noção de Direito Penal do autor – que significou também um retrocesso em relação ao classicismo, pois esse tinha como centro da questão criminal o fato para, posteriormente, apreciar o autor – que permitiu que julgamentos ilegais ou deveras complexos fossem solucionados, arbitrariamente, com instrumentos abstratos, provas insuficientes e alegações fracas e duvidosas, baseadas na ciência antropológica e sociológica. *Ibidem*, p.150

“Para a defesa preventiva distinguem-se os cidadãos em perigosos e não perigosos: para a defesa repressiva todos os delinquentes são perigosos, se bem que em grau diverso”¹¹¹.

Seguindo a análise da linha penal da personalidade em detrimento da conduta, Claus Roxin¹¹² afirma que no Direito Penal do Autor surge o denominado Tipo do Autor, no qual não seria desprezado o fato, porém, este teria apenas uma significação sintomática: prestar-se-ia apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito, e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, como a reincidência.

Veridiane Muzzi¹¹³ interpreta os Tipos de Autor trazidos por Roxin, afirmando que a concepção do tipo normativo de autor atesta que o fato somente se aplica ao tipo do caso de se moldar à imagem ou ao modelo do autor. E afirma: “o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta representado da ação que se espera de um típico autor do delito”.

De forma diversa, na concepção do tipo criminológico de autor, o que se considera não é um juízo de valor, mas sim a constatação empírica de que a personalidade do autor concorda com as características do criminoso habitual.

Leciona Claus Roxin que o direito penal do autor foi uma corrente notoriamente estudada no contexto da Alemanha do século XX¹¹⁴. Enquanto corrente dominante, foi incorporada pelo Estado e guiou o ordenamento jurídico deste país, com o “Direito Penal de Guerra” do regime nazista. O “Regulamento contra Sujeitos Nocivos ao Povo”, de 5 de setembro de 1939, e o “Regulamento Contra Delinquentes Violentos”, de 4 de dezembro de 1939, continham tipos de personalidade como “sujeito nocivo para o povo” e “delinquente habitual”. Os esforços da doutrina científica se encaminharam para restringir essas leis - formuladas de forma extremamente vaga e com penas assaz severas -

¹¹¹ AQUINO, Maria Paula Meirelles de. O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do direito penal no Brasil contemporâneo. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM, nº18, jan./abr. 2015, p. 138

¹¹²ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I, 1ªed. Madrid: Civitas, 1997, p. 179-183

¹¹³ MUZZI, Veridiane Santos. Teorias Antigarantistas – Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.76, jul./ago. 2015, p. 366.

¹¹⁴ A lei alemã dos delinqüentes habituais de 1933 também representou um marco para introdução das idéias do direito penal de autor na medida em que trazia idéias como a previsão de pena de prisão na terceira condenação de um sujeito, sem a avaliação global dos fatos, afirmando enfaticamente que o autor seria um perigoso delinqüente habitual. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 180.

argumentando que não deveriam submeter-se às mesmas aqueles cujas condutas se possam subsumir em seu teor totalmente literal com o que dizem os preceitos de lei. Nessa esteira, só se aplicariam os preceitos quando o autor, mediante sua conduta, se tiver mostrado “de acordo com seu ser” como um típico “sujeito nocivo para o povo” ou um típico “delinquente habitual”¹¹⁵.

Fazendo um paralelo com a afirmação de Roxin sobre o auge do direito penal do autor no regime da Alemanha nazista, Zaffaroni e Nilo Batista afirmam que:

Para esse direito penal, o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, de acordo com as pautas – intensamente difundidas pelas agências comunicacionais – que as pessoas devem introjetar (não apenas cumprir), e as agências jurídicas são tribunais disciplinares que julgam até que ponto as pessoas internalizaram as orientações estatais, sem se importarem com o que tenham feito, mais do que como habilitação para intervenção penal. Não se censura o ato, mas a existência: os operadores jurídicos traduzem a onipotência do Estado onisciente, implacável para com dissidentes.¹¹⁶

Da teoria ora em análise – utilizada em regimes totalitários como o da Alemanha Nazista – é possível traçar um paralelo entre o surgimento do direito penal do autor e os momentos históricos e locais do seu surgimento. É dizer: nos países que já estiveram sob um regime totalitário, no qual impera o medo, a ignorância e o autoritarismo, é possível observar a tendência no surgimento de uma sede na população por respostas violentas a infratores do ordenamento jurídico-penal, por parte do Estado.

Tomando esta análise é possível compreender que, em condições ideais, um Estado que reconheça e respeite a autonomia moral da pessoa humana jamais poderá penalizar a maneira que a pessoa escolheu ser. O direito é, em suma, uma ordem reguladora da conduta humana e, assim sendo, apontar o aparato penal a um homem simplesmente por ele ser quem ele é implica em uma grave violência à sua

¹¹⁵ “Una ulterior transformación, de carácter totalmente distinto, de la teoría del tipo de autor fue asimismo sustancialmente influenciada por medidas legislativas, concretamente por las regulaciones del Derecho penal de guerra Del régimen nazi. Así las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo, de 5-9-1939, y contra delincuentes violentos, de 5-12-1939, contenían los tipos de personalidad, difícilmente captables, del “sujeto nocivo para el pueblo” y del “delincuente habitual”. Los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que sólo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado “conforme a su ser” como un típico “sujeto nocivo para el pueblo” o un típico “delincuente habitual”. ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I, 1ªed. Madrid: Civitas, 1997, p. 181-182.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. V.1. 4ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 132.

autodeterminação, ônus que o direito não pode suportar¹¹⁷.

4.2.2 Direito Penal do Inimigo

As bases da teoria do Direito Penal do Inimigo, de autoria do autor alemão Günther Jakobs remontam ao ano de 1985¹¹⁸, mas a discussão concernente à sua legitimação foi reforçada após os atentados de 11 de setembro de 2001 contra os Estados Unidos da América. Os governos, na busca de teorias para legitimar medidas de cunho antigarantista, procuraram nos textos de Jakobs uma forma de eliminar riscos em nome da segurança social¹¹⁹.

A tese do Direito Penal do Inimigo marca um modelo segregacionista atestando que o Estado pode proceder de duas formas em relação aos delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo ao próprio Estado¹²⁰.

Neste contexto, da mesma forma que se institui essa segregação no ordenamento penal, este ônus é atribuído ao Estado como um dever básico de tutela da segurança nacional na medida em que Günther Jakobs relaciona teorias contratualistas de Hobbes¹²¹ com reflexões filosóficas de Kant¹²² para afirmar o

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107

¹¹⁸ “A ideia de um ‘direito penal do inimigo’ não é nova, mas foi a partir de 1985, em estudo sobre a ‘*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*’ que Gunther Jakobs começou a estabelecer a diferença entre o Direito Penal do Cidadão, o qual preserva as esferas de liberdade, e o que denominou de ‘Direito Penal do Inimigo’, que prioriza a proteção a bens jurídicos e trata infrator como ‘não pessoa’”. FARIA, César. Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo. *In*: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIREICHE, Gamil Föppel (Coor.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal**. 1ªed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 127.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Rede LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em 15 abr. 2016.

¹²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas**. Tradução e organização André Luíz Callegari e Nereu Giacomolli. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21

¹²¹ “Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: ‘pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos’”. *Ibidem*, p. 27.

direto da população de exigir do Estado a garantia da segurança, compreendendo ser dever do Estado procurar manter a segurança social contra indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos, afirmando:

Hobbes e Kant reconhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. O direito penal do cidadão é direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas de segurança¹²³.

Jakobs, incorporando uma visão de Direito Penal como meio de garantir a proteção do próprio Estado, atesta que se trataria de um verdadeiro estado de guerra, onde haveria cidadãos e os inimigos estranhos ao direito: “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”¹²⁴.

Como antecedente à teoria de Jakobs, Carl Schmitt, em 1932, escreveu conceituando inimigo como uma figura antagônica ao modelo social desejável, afirmando tratar-se de estrangeiro, adversário, diferente:

Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, torna-se, por isso *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios* e não *echtros*.¹²⁵

Em sua obra, Carl Schmitt nada mais fez que resgatar o conceito tradicional proveniente do direito romano. Segundo Zaffaroni, este conceito de inimigo remonta à distinção entre *inimicus* e o *hostis*, mediante o qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, enquanto o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra “como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o *hostis*, era

¹²² “Quem não participa na vida em um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’ como, anota expressamente Kant, ‘como um inimigo’”. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas**. Tradução e organização André Luiz Callegari e Nereu Giacomolli. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28

¹²³ *Ibidem*, p. 29.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹²⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito de político/Teoria do Partisan**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2008, p. 30.

quem estava fora da comunidade”¹²⁶.

Especula César Faria que, inobstante assemelhar-se muito com o conceito de Carl Schmitt, Jakobs tentou se afastar do conceito elaborado por seu compatriota, certamente por temer “sua vinculação ao citado autor por ter pertencido ao Partido Nacional-Socialista alemão” ¹²⁷.

Mesmo considerando similaridade entre os conceitos, César Faria tece algumas considerações acerca das diferenças entre o trabalho dos dois autores:

O conceito aqui representado não é congruente com o conceito de inimigo, da maneira que ele é constituído em Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen”, com o inimigo adversário existencial. Em Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que mais distingue os tementes a Deus dos ateus do que adversários políticos no entendimento corrente. O conceito de Schmitt não trata de criminoso, mas de *hostis*, de outros; no Estado somente se chega a um conflito político, no sentido de Schmitt, no caso de guerra civil. Em contrapartida, o inimigo do Direito Penal do Inimigo é um criminoso do tipo que se supõe permanentemente perigoso, um *inimicus*. Ele não é um outro, mas devia se comportar como um igual e, por essa razão, é-lhe também imputada a culpa penal, diferentemente do *hostis* de Schmitt¹²⁸.

Sustentando que sua teoria seria mais moderna e atual, Günther Jakobs afirma a existência de uma tendência dos ordenamentos contemporâneos, que estariam passando a adotar uma legislação abertamente chamada “de luta”. Diversos países estariam adotando políticas de “tolerância zero”¹²⁹, tomando como inimigos declarados, por exemplo, delinquentes no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pag. 21-22.

¹²⁷ FARIA, César. Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo. *In*: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIREICHE, Gamil Föppel (Coor.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 136.

¹²⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁹ “Essa foi a política contraditória adotada nos Estados Unidos a partir da década de 80, do século passado, o que fez aumentar vertiginosamente o número de processos criminais e de encarcerados, que já passam de 1,7 milhão de pessoas, no final da década de 90, do mesmo século. O destaque na implementação desse modelo foi a política adotada pelo Prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani a partir do ano de 1993 quando sai vitorioso no pleito eleitoral (...) preconiza um combate, em clima de “guerra” à criminalidade, apontada por ele e por seus seguidores como a causa de todas as mazelas sociais. Sob esse argumento são criminalizadas diversas condutas, ou seja, são criados diversos tipos “novos” de crimes, e instaura-se uma verdadeira perseguição à pobreza, identificada como a grande epidemia social, símbolo da decadência moral e social. Assim há a penalização dos pequenos passadores de drogas, prostitutas, mendigos, pichadores, etc”. PEIXOTO, Geovane de Mori. Sistema Penal: Criminalidade e Exclusão Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. N. 101, Nov./2008. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/435>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

infrações penais perigosas.¹³⁰

O Direito Penal do Inimigo de Jakobs sofreu diversas críticas na doutrina que considerou o modelo teorizado como antiquado e principalmente atentatório a garantias penais e processuais penais, juntamente com a afirmação de incompatibilidade do conceito de inimigo no direito penal e do próprio Estado de Direito.

Cancio Meliá, na própria obra de Jakobs, analisa a teoria do alemão e afirma que o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, considerando o fato futuro, numa visão prospectiva, no lugar da habitual forma retrospectiva onde o ponto de referência seria o fato cometido. Em segundo lugar, haveria o aumento desproporcional das penas previstas, não levando em consideração a antecipação da barreira de punição para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas¹³¹.

Afirma ainda que a tese do inimigo penal atenta diretamente ao Direito Penal do fato, concluindo que se trata de uma derivação do Direito Penal do autor¹³². Para tanto o autor espanhol analisa a legislação castelhana relativa ao terrorismo e assevera:

No Direito penal espanhol relativo ao terrorismo, depois das últimas modificações legislativas havidas – a ampla eliminação iuspositiva das diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria, inclusive entre fins políticos e colaboração com uma organização terrorista, dificilmente pode parecer exagerado falar de um Direito penal do autor (...) não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do Direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de “antecipação” das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um “fato”¹³³.

Diante da atualidade das discussões, onde se percebe esses traços do Direito Penal do Inimigo, é possível concluir que se trata de um enorme problema político e não de

¹³⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas**. Tradução e organização André Luíz Callegari e Nereu Giacomolli. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34-35.

¹³¹ *Ibidem*, p. 67.

¹³² “O Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos, o princípio do direito penal do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na ‘atitude interna’ do autor”. *Ibidem*, p. 80.

¹³³ *Ibidem*, p. 81

uma isolada proposta doutrinária de um filósofo alemão.

Diversos acontecimentos atuais revelam a relevância que o tema puxa para si. Eugênio Raul Zaffaroni contextualiza a discussão da busca pelo inimigo no Direito Penal com os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, afirmando que estes representaram um marco de extrema relevância para o mundo ocidental. Nessa ocasião o sistema penal norte americano encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo, ao mesmo tempo em que tomou emprestada a prevenção legitimada do discurso penal e aplicou como um fundamento perante a comunidade internacional para justificar a guerra conta o Iraque, chamando-a de preventiva¹³⁴.

Essa necessidade fabricada num discurso de ódio e vingança terminou por legitimar, sob o discurso de defender-se do nebuloso terrorismo, não apenas as “guerras preventivas” demarcadas pela intervenção unilateral, como também legislações autoritárias com poderes excepcionais¹³⁵.

Zaffaroni contesta, sustentando que embora este novo inimigo seja perigoso, não se pode legitimar a repressão sobre os dissidentes internos, nem sobre os indesejáveis, representados na forma dos pequenos delinquentes comuns. Mas, no intuito de se justificar um controle maior sobre toda a população para evitar a infiltração de terroristas, acaba se facilitando e reforçando igualmente o controle que se exerce sobre estes, especialmente sobre os estranhos/estrangeiros¹³⁶.

Sobre os estrangeiros, atualmente tem se intensificado as discussões com relação aos imigrantes e, fora da América, na Europa é notável o endurecimento das leis voltadas ao estrangeiro e a intensificação na população da xenofobia. Zaffaroni situa o início deste fenômeno no fim da Guerra Fria¹³⁷, pois com a queda da Cortina de Ferro, os países que formavam a Europa ocidental alcançaram um alto nível de vida e conseguiram atingir um grau de integração importante, fato que causou grande impacto social diante das populações vizinhas que, historicamente, sobrevivem a sérios problemas sociais e econômicos como a África e o Oriente Médio, que começaram a cruzar as fronteiras em busca de uma possível melhora em suas

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 67.

¹³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*.

condições de vida.

Afirma o autor que, nesse momento, a população européia começa a visualizar novos candidatos a inimigos: “os imigrantes que competem pelos mesmos espaços de moradia, de serviços sanitários, de transporte, de assistência social e educativos utilizados pelas camadas inferiores da população estabelecida”¹³⁸.

Zaffaroni acabou por prever a crise imigratória que atualmente assola a Europa ocidental, que dentre muitos fatores foi intensificada pela Guerra Civil síria e pelas ações bélicas do Estado Islâmico, provocando o deslocamento de milhares de pessoas (na maioria, muçulmanas) para países que temem cada vez mais por ataques de grupos radicais a populações civis e enxergar em cada homem, mulher e criança um potencial *inimicus*.

Calculando o prejuízo social causado pelo medo e instigado pela doutrina penalista que chancela o modelo de caça ao inimigo, o autor afirma que:

O direito penal cultivou as sementes do Estado absoluto. Quase sempre os que quiseram conter o poder punitivo parcialmente também o habilitaram como direito penal do inimigo. No debate atual não é possível escapar da contradição que isso coloca: ou se legitima o *hostis* no direito ordinário do Estado de direito e, assim, renuncia-se ao modelo que o orienta e se abandona o Estado de direito ideal como princípio orientador, otimizando os esforços do poder jurídico na programação da doutrina para eliminar a presença do *hostis*, em qualquer de suas manifestações.

O senso comum mais elementar indica que a limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode ser eficaz. A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas ¹³⁹.

Neste contexto de medo e ignorância social, quem mais sofre é a camada mais fraca da população. Os poderes constituídos, sob o pretexto de exercer a segurança pública e combater à violência, instituem medidas voltadas a conter riscos que em última instância geram uma divisão dentro da sociedade entre os “cidadãos de bem” e os criminosos.

Na medida em que a doutrina penal chancela o modelo exclusivista através de teorias que afirmam a redução das garantias de uma parte da população como

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 67.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 191.

forma de alcançar o suposto “bem maior”, o próprio Estado de Direito estaria lesionado, uma vez que é o conjunto de garantias que serve de escudo contra os excessos da violência estatal e como forma de garantir a igualdade para os grupos que mais precisam de proteção perante os riscos sociais.

Os excluídos socialmente são marginalizados, ao extremo de representarem o próprio inimigo, situação que invariavelmente resultará numa verdadeira diáspora social, com probabilidades catastróficas para o sistema de proteção dos direitos fundamentais garantidos a toda população, independentemente de qualquer qualificação.

4.3 ANÁLISE DOS ANTECEDENTES INFRACIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Passando a analisar a jurisprudência, se faz importante, antes, fazer algumas conclusões acerca do analisado nos itens e capítulos anteriores. Para tanto, considerando a Doutrina da Proteção Integral que rege o Direito da criança e do adolescente, certas situações devem ser elucidadas à luz do mandamento constitucional e estatutário, na forma do artigo 3º da Lei nº 8.069 de 1990¹⁴⁰.

Considerando um caso no qual o réu, ao ser sentenciado, conta com uma condenação anterior por prática de ato infracional com trânsito em julgado¹⁴¹, o magistrado deve relevar o fato durante a apreciação dos critérios previsto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

¹⁴⁰ “Artigo 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, 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”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 12 de fev. de 2016

¹⁴¹ O trânsito em julgado possui com um de seus efeitos a formação de coisa julgada. Sobre este efeito, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmam: “Coisa julgada, a rigor, ocorre para situações onde há sentença propriamente dita, com julgamento da pretensão punitiva em seu mérito. A coisa julgada se agrega à parte dispositiva de um julgado, tornando-o imutável. É o fenômeno que se dá com o decurso do prazo recursal ‘em branco’ (*in albis*), sem que as partes interponham o recurso cabível, ou em tendo havido recurso, após a apreciação definitiva deste”. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.177.

Não pode configurar “mau antecedente”, “indicativo de personalidade voltada ao crime”, “conduta social transviada” ou tantos outros termos encontrados na prática judicial, simplesmente pelo fato de se estar diante de um fato passado, cometido por um indivíduo acobertado por um regime jurídico próprio, e, portanto, merecedor de um tratamento diferenciado.

O conjunto de direitos próprios do menor de idade implica, como já observado no capítulo 2, que o adolescente não comete crime e sim conduta equiparada a crime, que para os fins legais tem ritualística particular, inclusive regida pelo Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento. Imperioso evocar que este princípio atesta que o jovem ostenta níveis de responsabilidade distintos do indivíduo adulto, níveis estes que implicam em exigibilidade diferenciada.

O adolescente não pratica crime, pratica ato infracional e, “ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no art. 101”¹⁴². O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a figura das medidas de proteção em detrimento das penas previstas no Código Penal.

Todas essas medidas revelam a opção do legislador em separar o menor de 18 anos do adulto. Nesse sentido, consubstanciado no princípio da Proteção Integral, os Antecedentes Infracionais com trânsito em julgado não podem ser sopesados na dosimetria da pena de um sujeito maior de idade.

Como forma de elucidar a questão, esse postulado também deve ser levado em consideração ao lidar com uma situação bastante recorrente: a de uma sentença que reconhece a prática de ato infracional, mas que ainda não consta com trânsito em julgado. Nestas situações de processo ainda em curso, ou sujeito a algum recurso e etc. deve-se levar em consideração, além dos preceitos da Doutrina da Proteção Integral, a própria Presunção de Inocência, cristalizada na Constituição Federal, no inciso LVII do artigo 5^o¹⁴³.

A posição defendida de inaplicabilidade dos Antecedentes Infracionais na fixação da pena, neste caso concreto, encontra reforço no fato de que, mesmo em se tratando

¹⁴² Artigo 105. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01 de mai. de 2016.

¹⁴³ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

de um antecedente ordinário, praticado pelo indivíduo enquanto maior de idade, não haveria a possibilidade de reconhecimento por parte do juiz, vez que a mencionada presunção de inocência até já instigou o Superior Tribunal de Justiça a editar a já referida Súmula 444, que merece ser replicada à título de reforço: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Ora, se um fato praticado por indivíduo plenamente culpável ainda não tido como decidido pelo direito, a título definitivo, não pode ser valorado na individualização da pena, quiçá poderá implicar num suposto Antecedente Infracional que se cerca de garantias próprias.

É notório que a mencionada Súmula possa ser aplicada imediatamente aos casos dos processos e apurações administrativas que lidem com condutas equiparadas a crimes, de forma benéfica.

Por outro lado, no que concerne ao caso de decisão acerca da justificação da prisão preventiva¹⁴⁴ lastrada por antecedente infracional, destarte não se tratar de situação de fixação da pena, deve ser levado em consideração que a medida excepcional afirmada tem seus requisitos lastreados no artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁴⁵, e dentre estes afirma a “garantia da ordem pública”, esta que revela grande importância para a discussão.

Aury Lopes afirma que os requisitos da decretação da prisão preventiva são conceitos que intentam designar situações de fato nas quais se faz necessária

¹⁴⁴ “É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento (...) a preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF) afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator”. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 916.

¹⁴⁵ “Artigo 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 de mai. de 2016.

garantir a devida tutela, constituindo, assim o fundamento *periculum libertatis*¹⁴⁶, sem o qual a prisão preventiva não pode ser decretada. Afirma ainda que as situações previstas no artigo 312 são alternativas e não cumulativas, de modo que basta configurar uma delas para que se justifique a medida¹⁴⁷.

Mais especificamente, em relação à garantia da ordem pública, parte da doutrina acredita que esta estaria em perigo na medida em que, ao continuar em liberdade, “o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações”¹⁴⁸. Vale ressaltar que esta concepção de periculosidade remonta às teorias de Enrico Ferri¹⁴⁹, representante da antropologia criminal Lombrosiana do século XIX, acerca da periculosidade do agente criminoso numa visão clara de um Direito Penal de Autor.

Há que se reforçar ainda a corrente crítica de Paganella Boschi, Salo e Amilton Bueno de Carvalho trazida no item 3.5, que afirma a incapacidade técnica do magistrado na tarefa de definir a personalidade do réu, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Na prática, esta conjunção resulta em uma precária, imprecisa, incompleta, e superficial valoração da

¹⁴⁶ “o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 836.

¹⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit..

¹⁴⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 918.

¹⁴⁹ “É imprescindível que haja, para qualquer avaliação, o respeito a determinados critérios previamente estabelecidos para que se garantam os efeitos desejados.

No que concerne à avaliação da periculosidade do agente, Ferri propõe três critérios fundamentais: (1) gravidade do crime; (2) motivos determinantes; (3) personalidade do agente.

Vale salientar que Ferri deu ênfase e relevância aos dois últimos, dispensando ao primeiro o valor essencial para determinação da periculosidade criminal, pois o fato criminoso pode ser insignificante, como um furto de um alimento, contudo, o indivíduo pode ser potencialmente perigoso (loucos, menores, habituais, instintivos). E, ao contrário, um crime pode ser considerado gravíssimo, porém o ‘delinquente’ tem o mínimo grau de periculosidade (crimes passionais) (...). A personalidade do criminoso é o cerne da constatação do grau de periculosidade. Nesse critério são inseridas probabilidades científicas, caracteres genéticos, individualidade biopsíquica, isto é, ele será analisado como um ser-vivo em sociedade, mas com métodos laboratoriais. Dependendo da personalidade, será submetido a um tratamento que se enquadre às suas peculiaridades.

Além desses dados, cabe aqui reiterar que há o enquadramento do criminoso às diversas categorias antropológicas previstas em lei.

Por mais absurdas que pareçam tais idéias, jamais devemos estudá-las e interpretá-las com uma perspectiva filosófica contemporânea do século XXI. Devemos entender o contexto que propiciou seu surgimento e observar a ‘evolução’ desenvolvida até os dias de hoje”. AQUINO, Maria Paula Meirelles de. O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do direito penal no Brasil contemporâneo. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM, nº 18, jan./abr. 2015, p. 139-140.

personalidade do acusado, limitada a afirmações genéricas do tipo “personalidade desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, que do ponto de vista técnico, são vazias e carentes de fundamentação válida¹⁵⁰.

Partindo desta interpretação, apesar da forte carga antigarantista impregnada no sistema, é imperioso destacar que, mediante análise feita com relação ao aproveitamento de Antecedentes Infracionais para definir critérios subjetivos do autor de determinada conduta delituosa, como personalidade e conduta social, deve predominar a interpretação de que, diante um sujeito possuidor de “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” e dotado de “Proteção Integral” perante o ordenamento, os fatos antecedentes não podem ser considerados à título de periculosidade no mesmo patamar que condutas semelhantes praticadas por sujeito adulto.

Destarte o argumentado, torna-se patente a impossibilidade de se fundamentar medida extrema por meio de fatos consumados na menoridade quando se incorpora que, por opção legislativa, o menor de idade não tem o mesmo nível de consciência da responsabilidade por seus atos do que o maior de dezoito anos e isso, por si só, significa que os atos praticados ao tempo da menoridade também implicam num nível de exigência de responsabilidade limitado.

Passando a análise de julgados, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento recente de afastar a consideração de atos infracionais contidos na ficha do indivíduo á título de maus-antecedentes durante a fixação da pena-base. O Tribunal da Cidadania considera pacífica na jurisprudência da corte como pode ser observado em:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATO INFRACIONAL CONSIDERADO COMO MAUS ANTECEDENTES. INADMISSIBILIDADE.

2. O entendimento vigente nesta Corte Superior é o de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a

¹⁵⁰ Aqui se reforça a ideia do princípio constitucional da exigência da fundamentação das decisões: Artigo 93, inciso IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

elevação da pena-base, tampouco para a reincidência¹⁵¹. (grifo não constante no original).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA.

CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL PARA AUMENTO DA PENA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA

2. É firme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena base¹⁵². (grifo não constante no original).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL COMO MAUS ANTECEDENTES.

IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. APLICAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

2. A gravidade do delito, por si só, não enseja a decretação de prisão preventiva, que exige o atendimento aos pressupostos inscritos no art. 312 do CPP, mediante a exposição de motivos concretos a indicar a necessidade da cautela. O registro infracional não poder ser considerado como possibilidade de reiteração delitiva e maus antecedentes¹⁵³. (grifo não constante no original).

Os acórdãos destacados apontam decisões de três ministros, no âmbito da Quinta Turma, com a publicação datada entre 23 de abril de 2013 a 02 de fevereiro de 2016, que afirmam a posição de três ministros, a saber, Ribeiro Dantas, Moura Ribeiro e Laurita Vaz.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 289098 / SP** – Proc. **2014/0039254-2**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 25 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2014%2F0039254-2+ou+201400392542&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 249015 / SP**– Proc. **2012/0150611-**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DJ 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2012%2F0150611-1&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 out. 2015.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 346.888 / MT**– Proc. **2016/0006185-5**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DJ 02 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=HC+346.888&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

Em conformidade com os julgados mencionados, o Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Adilson Vieira Macabu, e o Ministro Jorge Mussi, ambos também no âmbito da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, afirmam a impossibilidade da utilização dos antecedentes infracionais como maus antecedentes. Contudo, entendem que a pena-base do condenado deve ser majorada por conta de uma “personalidade voltada para o mundo do crime”, conforme os seguintes Acórdãos datados de 21 de agosto de 2012 e 04 de março de 2013, respectivamente:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente.

2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes, pode ser valorado como personalidade desfavorável, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria ¹⁵⁴. (grifo não constante no original).

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATOS INFRACIONAIS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O MUNDO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.

CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REFERÊNCIAS VAGAS. IMPOSSIBILIDADE DE MAIOR APENAÇÃO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Consoante precedentes desta Corte Superior, atos infracionais não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base.

2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria ¹⁵⁵. (grifos não constantes no original).

Destarte, se faz relevante destacar a decisão do Ministro Sebastião Reis Junior, da Sexta Turma, publicada em 28 de agosto de 2012, portanto, contemporânea às

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 169.755/DF** – Proc. **2010/0071740-8**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**. Relator: Min. ADILSON VIEIRA MACABU (desembargador convocado do TJ/RJ. Brasília, DJ 21 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000717408&dt_publicacao=21/08/2012>. Acesso em 22 mai. 2016.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 198.223 / PE** – Proc. **2011/0037344-4**. Impetrante: **JOÃO VIEIRA NETO E OUTROS**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**. Relator: Min. JORGE MUSSI. Brasília, DJ 04 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013>. Acesso em 10 mai. 2016.

decisões que consideram atos infracionais como indício da personalidade maculada. O posicionamento, todavia, é expressamente contrário:

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE DESAJUSTADA.

ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE PARA FINS DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

3. **Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base** ¹⁵⁶. (grifo não constante no original).

O acórdão acima foi utilizado pela Ministra Laurita Vaz, no âmbito da Quinta Turma, como precedente¹⁵⁷ em decisão de sua relatoria, publicada em 28 de fevereiro de 2013, revelando uma clara inconsistência quanto à opinião da Quinta Turma em relação matéria:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE ANOTAÇÕES DE ATOS INFRACIONAIS. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE DOS CRIMES NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA MENORIDADE RELATIVA. TESE PREJUDICADA PELA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231/STJ. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N.º 12.736/12.

HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO RESTANTE, CONCEDIDO.

1. **"Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base"** (HC 190.569/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 12/09/2012).

4. **Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis**, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal ¹⁵⁸. (grifos não constantes no original).

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 190.569/DF – Proc. 2010/0211176-5. Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Brasília, DJ 28 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002111765&dt_publicacao=12/09/2012>. Acesso em 10 mai. 2016.

¹⁵⁷ "Precedente é a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos". DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 427.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 185452 / RJ – Proc. 2010/0171913-2. Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE

No tocante à conduta social do indivíduo dotado de anotações na ficha de antecedentes infracionais, o mencionado julgado do Ministro Moura Ribeiro (Quinta Turma), de 23 de maio de 2014, que afasta a possibilidade de atos infracionais configurarem maus antecedentes, foi utilizado pelo Ministro Rogério Schietti em 27 de abril de 2015, para fundamentar que a suposta “reprovável conduta social” em função da notícia da prática de atos infracionais não pode ser sopesada negativamente na fixação da pena-base, como pode ser visto em:

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES.

CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

2. A "reprovável conduta social" dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que "atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência" (HC n. 289.098/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 23/5/2014) ¹⁵⁹. (grifos não constantes no original).

Continuando a discussão em torno dos precedentes acerca da influência do ato infracional para a determinação de personalidade ou conduta social, em decisão tratando da fundamentação da decretação de prisão preventiva, o Ministro Gurgel de Faria, da Quinta Turma, em 03 de setembro de 2015, sustentou que apesar de não servirem para majorar a pena a título de maus antecedentes, os antecedentes infracionais são indicativos do *periculum libertatis*, requisito autorizador da medida

JANEIRO. Relator: Min. LAURITA VAZ. Brasília, DJ 28 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001719132&dt_publicacao=28/02/2013>. Acesso em 10 mai. 2016.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 224037/ MS** – Proc. **2011/0264388-3**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DJ 27 abril. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102643883&dt_publicacao=27/04/2015>. Acesso em 10 mai. 2016.

excepcional, na medida em que se permanecer em liberdade, o sujeito estará representando um suposto risco à sociedade:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA.

PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

2. **No caso, forçoso convir que o decreto constritivo encontra-se fundamentado, considerando a circunstância do crime e o efetivo risco de reiteração delitiva, pois o recorrente possui registros anteriores pela prática de diversos atos infracionais equiparados a roubo majorado, furto qualificado, receptação e crime de trânsito, aptos a demonstrar sua periculosidade social.**

3. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que **a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, serve para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública** ¹⁶⁰. (grifos não constantes no original).

Deve-se frisar que um precedente do Superior Tribunal de Justiça carrega substancial força vinculante¹⁶¹, capaz de reverberar pelo ordenamento criando uma onda de decisões semelhantes:

É certo que os delitos imputados não se revestem de maior gravidade numa valoração de condutas, posto que punidos com penas de detenção, mas também é certo que, **como bem observado pelo MM. Juízo impetrado, não se trata de fato isolado na vida do paciente que, “quando adolescente, já foi representado reiteradas vezes por atos infracionais, conforme pesquisa juntada à fls. 23/25, o que no entender do STJ justifica a decretação da prisão preventiva, eis que comprova a periculosidade do agente. Ora, é desarrazoado considerar o passado recente criminoso do agente um NADA JURÍDICO e deixar a sociedade à mercê de jovens adultos que reiteram na prática de crimes.**

“DIREITO PROCESSUAL PENAL.

UTILIZAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PARA JUSTIFICAR PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **A anterior prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, pode servir para justificar a**

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 60213 / MS – Proc. 2015/0129525-9. Recorrente: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Relator: Min. GURGEL DE FARIA. Brasília, DJ 03 set. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501295259&dt_publicacao=03/09/2015>. Acesso em 10 mai. 2016.

¹⁶¹ “Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 443.

manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Precedentes citados: RHC 44.207-DF, Quinta Turma, DJe 23/5/2014; e RHC 43.350-MS, Sexta Turma, DJe 17/9/2014. RHC 47.671-MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014, DJe 2/2/2015” (fl. 81)¹⁶². (grifos não constantes no original).

O precedente da Corte Superior tem, inclusive, a força de mudar o entendimento de magistrados de Tribunais hierarquicamente inferiores, como os estaduais. À título exemplificativo, traz-se o entendimento do Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que mudou seu entendimento quanto aos antecedentes infracionais e passou a seguir o já mencionado precedente do Ministro Gurgel de Faria:

Com efeito, o douto Magistrado *a quo* entendeu que a Folha de Antecedentes de Atos Infracionais com diversas anotações de atos infracionais análogos a crime contra o patrimônio (furto) restaria evidenciado que a liberdade do paciente colocaria em risco à ordem pública e à garantia de aplicação da lei penal.

Além disso, na hipótese presente, o Juízo *a quo* considerou como circunstâncias impeditivas à concessão da liberdade provisória a ousadia do paciente em adentrar na residência da vítima, quando esta se encontrava em casa, escalando o muro e fechado a porta do quarto onde estavam os bens subtraídos e as referidas anotações de atos infracionais.

Ocorre que a gravidade do delito não é fundamento idôneo para a não concessão da liberdade provisória, nem as anotações de atos infracionais podem ser consideradas como geradores de antecedentes e de personalidade desajustada¹⁶³. (grifo não constante no original)

Abaixo, a decisão do Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado, datada de 23 de junho de 2015, menciona o acórdão do Ministro Gurgel de Faria em posicionamento diametralmente oposto ao seu, anteriormente defendido:

Embora as anotações infracionais não sirvam para qualificar a pessoa como portadora de maus antecedentes, as mesmas podem ser utilizadas para embasar a conclusão de que o paciente dedica-se a atividades criminosas. Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC nº 2029955-86.2016.8.26.0000**. – Proc. **2016.0000295015**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Paciente: **DENNER APARECIDO GOMES**. Relator: Des. FRANÇA CARVALHO. São Paulo, 03 set. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9405267&cdForo=0&vlCaptcha=kdxbt>>. Acesso em 07 mai. 2016.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **HC nº 0026534-93.2011.8.19.0000**. – AP. **0011543-11.2011.8.19.0066**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. Paciente: **VANDERSON MORAES BATISTA**. Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO. São Paulo, 12 ago. 2011. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201105904996>>. Acesso em 07 mai. 2016

3. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que **a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, serve para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.**

4. Recurso desprovido.

(STJ - RHC 47671 / MS - QUINTA TURMA – Relator Ministro GURGEL DE FARIA - Data do Julgamento 18/12/2014).

De fato, não há óbice à utilização do precedente infracional para demonstrar a dedicação à atividade criminosa. Isso porque tal providência não tem por objetivo formar uma presunção de culpa, como alega o impetrante. Diferentemente, o que o magistrado fez foi avaliar a vida pregressa do paciente, com vistas a identificar se é dotado de periculosidade.

A periculosidade do paciente, demonstrada pela presença de anotações em sua vida pregressa, indica a inconveniência da sua soltura. O histórico de envolvimento do paciente com o crime evidencia que sua prisão é necessária para a garantia da ordem pública¹⁶⁴. (grifos não constantes no original).

Ainda sobre a fundamentação da decretação de prisão preventiva lastreada em antecedentes infracionais, é possível notar uma inconstância dentro da Quinta Turma, mesmo diante de decisões fortes como a do Ministro Gurgel de Faria. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em acórdão datado de 13 de outubro de 2015, decide de forma oposta ao colega magistrado, algo que revela muita insegurança jurídica.

Utilizando precedente da Sexta Turma, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirma que não podem os antecedentes infracionais servir de lastro para “amparar medida constritiva antes do trânsito em julgado da condenação”:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CRIME EQUIPARADO AOS HEDIONDOS. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

2. Caso em que a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 1 ano e 8 meses de reclusão negou-lhe o direito de apelar em liberdade pelo fato de o crime de tráfico de entorpecentes ser equiparado aos hediondos e pelo fato de o paciente haver cumprido liberdade assistida imposta por Juízo da Infância e Juventude, sem amparo em dados concretos referentes ao caso vertente, mas sim em meras conjecturas.

3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica a prisão provisória.

4. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do direito a recorrer em liberdade, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

5. **Se os atos infracionais ocorridos na adolescência não podem ser**

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **HC nº 0017670-27.2015.8.19.0000**. – AP. **0011280-95.2014.8.19.0058**. Impetrante: **RUY ALVES BASTOS**. Paciente: **MATHEUS DOS SANTOS SILVA**. Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO. São Paulo, 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505904215>>. Acesso em 07 mai. 2016.

usados como maus antecedentes, quiçá para efeito de reincidência, sendo inclusive acobertados pelo sigilo e com medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem, também não deverão servir de lastro para amparar a medida constritiva antes do trânsito em julgado da condenação.

6. **"A vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal, razão pela qual, no processo por crime, não podem atos infracionais servirem de fundamento à prisão preventiva"** (RHC-55.058/CE, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/5/2015) ¹⁶⁵. (grifos não constantes no original).

Em análise da decisão utilizada como paradigma, o Ministro relator, Nefi Cordeiro, afirma uma forte posição de defesa aos direitos da criança e do adolescente, como visto com mais detalhes:

Já quanto ao paciente GUSTAVO a segregação cautelar teve por único fundamento a necessidade de preservar a ordem pública tendo em vista que quando menor, esteve envolvido em ato infracional de tráfico de drogas. Neste caso, conforme divergência aberta pela Min. Maria Thereza de Assis Moura no RHC n. 43.350/MS (DJe 17/9/2014), por mim acompanhada, **a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal. Se não é possível usar como maus antecedentes e, é claro, jamais como reincidência, 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, por conseguinte não servem de lastro a uma pretensa personalidade voltada à prática de crimes.**¹⁶⁶. (grifos não constantes no original).

Destarte o Ministro Nefi Cordeiro esteja tratando especificamente dos fundamentos para decretação de medida cautelar de prisão preventiva, este afirma que a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal e, de forma mais específica, afirma a impossibilidade de atos infracionais sustentarem uma tese para traçar uma suposta personalidade “voltada a prática de crimes”.

A afirmação do Ministro de que “a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal” tem grande força e se coaduna com a Doutrina da Proteção Integral garantida na Constituição Federal através do artigo 227. Para tanto, o Ministro inclusive fundamenta sua afirmação

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 334148 / SP** – Proc. **2015/0209975-9**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, DJ 13 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502099759&dt_publicacao=13/10/2015>. Acesso em 10 mai. 2016.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 338939 / SP** – Proc. **2015/0260804-5**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. NEFI CORDEIRO. Brasília, DJ 05 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+338936&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 mai. 2016.

com a seguinte frase: “Se não é possível usar como maus antecedentes e, é claro, jamais como reincidência, 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, por conseguinte não servem de lastro a uma pretensa personalidade voltada à prática de crimes”.

As referidas “medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem”, implicam diretamente nas garantias protetivas incorporadas ao Direito Penal da criança e do adolescente, e seu cumprimento visa garantir a manutenção de um Direito Penal do fato, harmônico com a teoria garantista de afastar a intervenção estatal excessiva que banaliza a condição humana e afirmar a primazia da pessoa e do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apreciação dos antecedentes infracionais na fixação da pena base vem se orientando por decisões judiciais advindas de cortes superiores, na realidade brasileira.

É notável que na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mais atual existe uma divergência quanto a orientação do sistema de levar em consideração a Peculiar Situação do Menor de idade ao apurar a vida pregressa do indivíduo.

De forma salutar, alguns Ministros vêm decidindo pela impossibilidade de se considerar a ficha infracional do indivíduo ao majorar a pena-base, afirmando que se trataria de um momento diferente no qual o sujeito em desenvolvimento, dotado de sistema de garantias protetivas próprias, não pode ter seus atos considerados da mesma forma que um adulto teria.

O que se afirma nesses julgados não se confunde com um indulto para a prática de atos infracionais sem as devidas sanções, mas uma apreciação diferenciada da conduta praticada por indivíduos que tem tratamento diferenciado pela lei.

A Constituição Federal afirma um tratamento especial para os menores de 18 anos, de forma que sejam tutelados integralmente estes indivíduos em desenvolvimento e para tanto, são garantidos as crianças e adolescentes direitos fundamentais próprios à sua peculiar condição.

Deve ser ressaltado que a jurisprudência não é pacífica no sentido de impedir a majoração da pena-base pela consideração de antecedentes infracionais. Da mesma forma que alguns Ministros afirmam se tratar de uma relação não passível de apreciação pelo “Direito Penal adulto”, outros afirmam que antecedentes infracionais indicam desvios de personalidade do indivíduo, que devem influir para agravar a pena de supostos portadores de “personalidade voltada para o crime”, e assim rotulam o futuro do sujeito utilizando como fundamento fato praticados enquanto o mesmo encontrava-se com desenvolvimento psíquico e social incompleto.

Tais interpretações proferidas por alguns Ministros terminam por revelar uma lesão ao sistema garantista, tendo em vista que, *data venia*, estariam atropelando direitos

assegurados a indivíduos peculiares, chancelando, assim, condenações mais duras. Este modelo executado, somado à crescente onda de conservadorismo na sociedade brasileira, tem criado verdadeiras aberrações ao sistema ideal de respeito às garantias, abrindo espaço para teorias legitimadoras da exclusão social.

Discussões como a redução da maioria penal no âmbito do Congresso Nacional e as ideologias apologéticas a torturas e extermínio de criminosos, propagadas com espetáculo pela mídia de massa, vêm assolando a sociedade que cada vez mais embrutecida, acredita na impossibilidade de ressocialização e prega a antagonização do sujeito localizado à margem da lei.

O combate às medidas marcadas pelo antigarantismo deve ser reforçado em prol da defesa dos direitos fundamentais, especialmente os direitos daqueles que mais precisam de proteção: os jovens infratores e em situação de rua. Para estes, o sistema precisa representar esperança de ascender socialmente, ao invés de agravar a situação de extrema carência em que já se encontram.

Na medida em que a doutrina penal chancela o modelo exclusivista através de teorias que afirmam a redução das garantias de uma parte da população como forma de alcançar o suposto “bem maior”, o próprio Estado de Direito estaria lesionado, uma vez que é o conjunto de garantias que serve de escudo contra os excessos da violência estatal e como forma de garantir a igualdade.

A política de marginalização das crianças e adolescentes em situação de rua e infratores dentro da estrutura de casas como a famigerada Febem, juntamente com a criação do estigma social do “de Menor” como sinônimo de “delinquente” marca a busca desesperada por um inimigo em uma sociedade embrutecida pela violência.

A doutrina e a jurisprudência não podem sustentar o ônus de nutrir o modelo de exclusão social, uma vez que têm responsabilidade direta em conter a onda de autoritarismo emanada da sociedade como forma de manter os direitos fundamentais e conseqüentemente o Estado de Direito. Afinal, conforme a inteligência do artigo 227 da Carta Magna, é de responsabilidade do Estado, da sociedade e da família, a proteção a criança e ao adolescente.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-19.

AQUINO, Maria Paula Meirelles de. O pensamento de Enrico Ferri e sua herança na aplicação do direito penal no Brasil contemporâneo. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM, nº18, jan./abr. 2015, p. 127-151.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Código de Menores**. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm.

_____. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm.

_____. **Lei 17.943-A**, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro, RJ, 12 out. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 289098 / S** – Proc. **2014/0039254-2**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 25 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2014%2F0039254-2+ou+201400392542&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 338939 / SP** – Proc. **2015/0260804-5**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 05 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+338936&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 249015 / S** – Proc. **2012/0150611-**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DJ 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2012%2F0150611-1&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 169.755/DF** – Proc. **2010/0071740-8**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**. Relator: Min. ADILSON VIEIRA MACABU (desembargador convocado do TJ/RJ). Brasília, DJ 21 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000717408&dt_publicacao=21/08/2012>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 190.569/DF** – Proc. **2010/0211176-5**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**. Relator: Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Brasília, DJ 28 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002111765&dt_publicacao=12/09/2012>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 198.223 / PE** – Proc. **2011/0037344-4**. Impetrante: **JOÃO VIEIRA NETO E OUTROS**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**. Relator: Min. JORGE MUSSI. Brasília, DJ 04 mar. 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 224037/ MS** – Proc. **2011/0264388-3**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL**. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DJ 27 abril. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102643883&dt_publicacao=27/04/2015>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 185452 / RJ** – Proc. **2010/0171913-2**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. Relator: Min. LAURITA VAZ. Brasília, DJ 28 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001719132&dt_publicacao=28/02/2013>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 334148 / SP** – Proc. **2015/0209975-9**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, DJ 13 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502099759&dt_publicacao=13/10/2015>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 346.888 / MT** – Proc. **2016/0006185-5**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**. Impetrado: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DJ 02 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=HC+346.888&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 60213 / MS** – Proc. **2015/0129525-9**. Recorrente: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**. Recorrido: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**. Relator: Min. GURGEL DE FARIA. Brasília, DJ 03 set. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501295259&dt_publicacao=03/09/2015>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC nº 2029955-86.2016.8.26.0000**. – Proc. **2016.0000295015**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Paciente: **DENNER APARECIDO GOMES**. Relator: Des. FRANÇA CARVALHO. São Paulo, 03 set. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9405267&cdForo=0&vICaptcha=kdxbt>>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **HC nº 0026534-93.2011.8.19.0000**. – AP. **0011543-11.2011.8.19.0066**. Impetrante: **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. Paciente: **VANDERSON MORAES BATISTA**. Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO. São Paulo, 12 ago. 2011. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201105904996>>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **HC nº 0017670-27.2015.8.19.0000**. – AP. **0011280-95.2014.8.19.0058**. Impetrante: **RUY ALVES BASTOS**. Paciente: **MATHEUS DOS SANTOS SILVA**. Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO. São Paulo, 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505904215>>.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 8ªed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ªed. Belo Horizonte: Letramento, 2011.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, César. Considerações Acerca do Processo Penal do Inimigo. *In*: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIREICHE, Gamil Föppel (Coor.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 127-149.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Rede LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 17ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

IHERING, Rodolph Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução João Vasconcelos. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência.** 16ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas.** Trad. e Org. André Luíz Callegari e Nereu Giacomolli. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, Nelson Jorge. O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.** V.1, 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/735/518>>.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A Prática de Ato Infracional. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos.** 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1027-1149.

MUZZI, Veridiane Santos. Teorias Antigarantistas – Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo. **Revista Jurídica LEX.** São Paulo: LEX, v.76, jul./ago. 2015, p. 364-373.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A Análise da Personalidade do réu na Aplicação da Pena.** Gen Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2014/12/22/a-analise-da-personalidade-do-reu-na-aplicacao-da-pena/>>.

_____. **Código Penal Comentado.** 13ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal.** 11ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEIXOTO, Geovane de Mori. Sistema Penal: Criminalidade e Exclusão Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS.** N. 101, Nov./2008. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/435>>.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10ªed. Salvador: JusPodivm, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I, 1ªed. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político/Teoria do Partisan**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2008

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**. 8ªed. Salvador: JusPodivm, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____; **O Direito Penal Juvenil**. 1ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado Democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. *In*: TUBENCHLAK, James (Coor.). **Doutrina**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, v. 5, p. 41-48.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ªed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. **Anuário de derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 305-323.

VP/AD. 2ª Turma: antecedentes não interferem na análise da conduta social de condenado. **Notícias STF**, Brasília, 10 maio 2016. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316296>>.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão.

3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. V.1. 4ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.