

DA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE

WILSON DONIZETI LIBERATI

Promotor de Justiça da Infância e Juventude Porto Velho-RO

1. Introdução — 2. Procedimento na fase policial (arts. 171-178)
— 3. Procedimento no Ministério Público (arts. 179-182) — 4.
Procedimento na fase judicial (arts. 183-190).

1. Introdução

A Constituição de 1988 insculpiu no art. 227 a proteção especial à criança e ao adolescente, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A garantia ao direito especial, na área criminal, vem gravada no § 3.º, IV, do citado artigo, dispondo que a criança e o adolescente terão “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”.¹

Fica, pois, assegurada a *ampla defesa*, em procedimento *contraditório* de adolescente autor de ato infracional, constituído pelo *conhecimento da atribuição infracional*, pela *igualdade na relação processual* e pela *defesa técnica* (art. 111).

Na vigência do Código de Menores, hoje revogado, várias definições davam-se ao “menor infrator”. Para Grünspun, “infrator é o menor que comete delito previsto na lei penal”,² Queiroz entendia que “o infrator é o marginal, indivíduo cuja personalidade deformada por fatores genéticos ou psicossociais, merece, de qualquer forma, ser isolado e afastado do convívio social”³. Na linguagem popular, era conhecido por “trombadinha”, “delinqüente”, “pivete”.

Marques, contudo, sintetiza a situação definidora da marginalidade infanto-juvenil: “No Brasil, regra geral, esse menor pertence a uma família em vias de marginalização nas grandes cidades, por baixos níveis de renda, habitação subumana, subalimentação, analfabetismo e baixo nível

1. CF, art. 5.º, LV.

2. Haim Grünspun, *Os Direitos dos Menores*, Almed, 1985, p. 85.

3. J. J. Queiroz *et al.*, *O Mundo do menor infrator*, Cortez Editora, São Paulo, 1984.

de escolaridade, baixos níveis sanitários e de higiene, falta de qualificação profissional, insegurança social".⁴

Considerando o mesmo quadro social descrito acima por Marques, onde vive o adolescente com os mesmos problemas, a lei estatutária define o ato infracional como a conduta descrita como crime em contravenção penal (art. 103). Adjetivando o comportamento do adolescente à prática de crime ou contravenção penal, tem-se que *infrator* é o adolescente autor de ato infracional.

Em três momentos distintos, o adolescente infrator verá o processamento de seu ato: o primeiro, realizado pela Polícia Judiciária quando apreende-o e ao produto e os instrumentos da infração e determina diligências investigatórias (arts. 171-178); o segundo, ao ser apresentado ao Ministério Público, para a audiência informal, com os seus responsáveis, testemunhas e vítima (arts. 179-182); o terceiro momento ocorre na fase judicial, quando o adolescente será ouvido pelo juiz, na presença de seus pais ou responsável e de seu advogado (arts. 183-190).

2. Procedimento na fase policial (arts. 171 - 178)

Como já ficou esclarecido, nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106).

Portanto, conclui-se que o adolescente só poderá ser apreendido, pela prática de ato infracional, em duas hipóteses: em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada do juiz da Infância e da Juventude.

O art. 171 trata da apreensão do adolescente por determinação judicial (art. 106): "O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária".

Embora seja determinada pelo juiz, a apreensão de adolescente deverá, também, ser comunicada à sua família ou à pessoa por ele indicada (art. 107).

Neste sentido, os ns. 10.1 e 10.2 das Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça de Menores (Beijing Rules) determinam: "10.1 Com a apreensão do menor, seus pais ou responsável devem ser imediatamente notificados de sua apreensão, e, onde isso não seja possível, os pais ou responsável devem em seguida ser notificados no prazo mais curto possível. 10.2 O Juiz ou outro órgão ou funcionário competente deve, sem demora, examinar a questão de soltura".

À evidência, a autoridade judiciária só expedirá o decreto segregatório se houver embasamento fático da medida, eis que deverá ser fundamentado com os elementos disponíveis no procedimento.

Nesta hipótese, presume-se que, ao analisar o procedimento de prática de ato infracional atribuída a adolescente, o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, determinará a sua apreensão.

4. J. B. A. Marques, *Marginalização: menor e criminalidade*, McGraw-Hill, São Paulo, 1976.

Corolário da norma estatutária, vem gravado no art.311 do CPP: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

O artigo seguinte dispõe dos motivos que autorizam a prisão preventiva: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”.

O art. 313 da norma adjetiva penal identifica quais os crimes dolosos que admitem a segregação preventiva: “I — punidos com reclusão; II — punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III — se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inc. I do art. 64 do CP”.

E, como os procedimentos regulados pelo Estatuto seguirão, subsidiariamente, os previstos na legislação processual, civil ou penal, nos termos do art. 152, as normas referentes à segregação preventiva, definidas nos arts. 311-313 do CPP, deverão ser observadas pelo juiz da Infância e da Juventude, nos casos em que couber sua aplicação.

O art. 172 dispõe sobre a outra forma de apreensão de adolescente autor de ato infracional: pelo flagrante. Neste caso, deverá, o infrator, ser encaminhado, incontinenti, à autoridade policial competente.

Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e, conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria (parágrafo único).

Dispõe o art. 302 do CPP as situações de flagrante: “Considera-se em flagrante delito quem: I — está cometendo a infração penal; II — acaba de cometê-la; III — é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV — é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”.

Para o processualista Magalhães Noronha, “flagrante vem do latim *flagrans, flagrantis*, isto é, ardente, brilhante e resplandecente”. Flagrante delito vem a ser, pois, a ardência do crime. É a prova plena do delito; é a certeza de sua existência e da autoria... O flagrante é uma qualidade do delito: está ele em flagrância, ou seja, sendo cometido, praticado naquele momento, e, por isso mesmo, é patente e irrecusável... Capturado em flagrante é o que é detido “perpetrando” o crime (*in ipsa perpetratione facinoris*), assim se entendendo, geralmente, não apenas o que está “praticando” a ação, mas também o que “acaba de praticá-la” (E. Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 17.ª ed., 1986, p. 162).

No mesmo sentido, João Mendes define o flagrante: “Nas palavras — “encontrado cometendo algum delito” — compreende-se tanto o “crime”,

enquanto está “sendo cometido”, como o crime “logo que acaba de ser cometido”.⁵ Para Pimenta Bueno, “flagrante delito se chama aquele mesmo ato em que o réu acaba de cometer o crime”.⁶ Conclui, Galdino Siqueira, “assim o flagrante delito compreende principalmente o caso típico, aquele que propriamente o constitui, isto é, o caso *in faciendo*, em que o indivíduo é “encontrado cometendo o delito ou logo que acaba de cometê-lo”.⁷ O n. 2.2, “a”, das Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça (*Beijing Rules*) define o menor infrator como “a criança ou adolescente, a quem se atribui a prática de uma infração ou é encontrado ao cometê-la”.

Definida a situação de flagrância, deve anotar-se que o agente policial ou policial militar que efetuou a apreensão deverá encaminhar, imediatamente, o adolescente infrator à presença da autoridade policial competente, observando o que preceitua o art. 178, que veda o transporte do adolescente em compartimento fechado de veículo policial (camburão).

No caso de haver co-autoria de crime praticado por adolescente e por maior de 18 anos, os infratores *deverão* ser encaminhados para a Delegacia de Polícia Especializada da Criança e do Adolescente, se houver. Lá, o delegado processará as diligências determinadas no art. 173. Quando terminar o procedimento referente ao adolescente, entregando-o aos seus responsáveis, remeterá o maior para a Delegacia de Polícia Distrital, com as informações e documentos já obtidos nas primeiras diligências realizadas. No caso de flagrante, lavrar-se-á apenas um ato, de prisão em flagrante e de apreensão.

Inexistindo a repartição especializada, os infratores serão encaminhados à autoridade policial que deverá, com prioridade, observar o procedimento contido na Seção V do Livro II do Estatuto.

Convém lembrar que na hipótese de ser apreendido um adolescente sem estar em flagrante de ato infracional, ou por determinação escrita do juiz, a autoridade policial deverá, incontinenti, entregá-lo aos seus responsáveis, sob pena de incorrer nas penas do art. 230 do Estatuto. Da mesma forma, se a autoridade policial deixar de comunicar, à autoridade judiciária, a apreensão de criança ou adolescente estará sujeita às penalidades do art. 231 da lei estatutária.

A criança, que é apreendida em flagrante de ato infracional, deverá ser encaminhada, imediatamente, ao Conselho Tutelar (arts. 105 e 136, I). A ocorrência do fato deverá ser efetuada na Delegacia de Polícia Especializada, sem a presença da criança.

Dispõe o art. 173 que “em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único e 107, deverá: I — lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente; II — apreender o produto e os instrumentos da infração; III — requisitar os

5. João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro. Processo Criminal*, 3.ª ed., p. 335.

6. J. A. Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 1922, p. 87.

7. Galdino Siqueira, *Curso de Processo Criminal*, 2.ª ed., p. 126.

exames ou perícias necessárias à comprovação da materialidade e autoria da infração". O parágrafo único continua: "Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciado".

Nota-se, pelo *caput* do citado artigo, que a autoridade policial somente lavrará o auto de apreensão de adolescente apreendido em flagrante quando o ato infracional for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Se o ato infracional, praticado pelo adolescente não estiver revestido com as características da violência e da grave ameaça à pessoa, mesmo tendo sido apreendido em flagrante, o parágrafo único do art. 173 autorizará o Delegado de Polícia especializado a substituir o auto pelo Boletim de Ocorrência circunstanciado. Essa substituição não dispensará as providências constantes dos incs. II e III, visto que a aplicação das medidas sócio-educativas, previstas no art. 112, II-VI, exigem provas suficientes da autoria e da materialidade.

Contudo, se o adolescente for surpreendido nas hipóteses do art. 302 da lei adjetiva penal, será encaminhado à presença da autoridade policial que tomará as seguintes providências: 1) lavrará o auto de apreensão, ouvindo as testemunhas, vítima e o adolescente; 2) apreenderá a *res furtiva* e os instrumentos utilizados na infração; 3) requisitará os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração (art. 158-184 do CPP); 4) fará a identificação dos responsáveis pela apreensão; 5) informará o adolescente acerca de seus direitos estabelecidos na Constituição e no Estatuto; 6) comunicará à autoridade judiciária e à família do adolescente sua apreensão.

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

Após cumprir as providências previstas no art. 173, a autoridade policial, como regra, deverá liberar o adolescente infrator desde que compareça, na repartição policial, qualquer dos pais ou responsável. No ato, será firmado um termo de compromisso e responsabilidade para que o adolescente seja apresentado ao Promotor de Justiça, no mesmo dia, ou o mais rápido possível.

Se o ato infracional tiver sido praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, tenha provocado repercussão na comunidade, necessite o adolescente de proteção e segurança pessoal ou deva se manter a ordem pública, o adolescente não será liberado para os pais, mas encaminhado para entidade de atendimento que mantenha programa de internação, sendo entregue ao seu dirigente.

Também não se fará a liberação do adolescente quando os pais ou responsáveis não existirem, não residirem na cidade ou, simplesmente, não comparecerem à Delegacia de Polícia, ocasião em que a autoridade policial encaminhará o adolescente para a entidade de atendimento. O

que não se pode admitir é que a autoridade policial colha o compromisso, do próprio adolescente, para que se apresente ao Ministério Público. Não teria sentido tal providência.

Se os pais ou responsável do adolescente forem intimados a comparecerem à repartição policial, mas não manifestarem qualquer interesse pela conduta ou destino do seu filho, a medida de internação provisória é o caminho mais correto para a solução do impasse.

Ocorrido tal procedimento, o dirigente da entidade deverá, no prazo de 24 horas, apresentar o adolescente ao Promotor de Justiça (art. 175, § 1.º) e comunicar à autoridade judiciária (art. 107).

O *caput* do art. 175 determina que “em caso de não-liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência”.

Se não for possível a apresentação ao Promotor de Justiça, ou não puder ocorrer no mesmo dia, o Delegado de Polícia deverá intimar todos os envolvidos na ocorrência, tais como vítimas, testemunhas, pais ou responsável, para comparecerem, em dia subsequente, perante o Ministério Público, ou no dia da apresentação do adolescente.

Na hipótese do § 2.º do citado artigo, quando não houver entidade de atendimento que desenvolva programa de internação no Município, a apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça far-se-á pela própria autoridade policial, no mesmo prazo assinado no § 1.º.

Neste caso, a lei estatutária orienta que o adolescente infrator aguardará sua apresentação na Delegacia de Polícia, em dependência separada da destinada a maiores, isso à falta de repartição policial especializada. Também aqui, o prazo de permanência do adolescente, sob custódia, será de 24 horas.⁸

Na hipótese de liberação do adolescente, a autoridade policial deverá encaminhar imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 176).

Havendo a apreensão do produto da infração, será restituído ao seu proprietário, desde que faça prova nos autos.

O art. 177 traz a hipótese do adolescente autor de ato infracional, mas não apreendido em flagrante: “Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos”.

A situação apresentada no citado artigo deverá ser aquela que tomará maior tempo da autoridade policial, vez que, recebida a *notitia criminis*, deverá providenciar a investigação para detectar a autoria e comprovar a materialidade do ato infracional. Não existe inquérito policial para apurar ato infracional atribuído a adolescente.

Após realizado o trabalho, e colhidas as provas necessárias, a autoridade policial remeterá o relatório, exames periciais e demais documentos ao Ministério Público.

8. ECA, arts. 185, §§ 1.º e 2.º e 235.

O Estatuto não fixa *prazo* para a autoridade policial remeter os documentos ao Promotor de Justiça. Embora o Código de Processo Penal, norma adjetiva de aplicação subsidiária do Estatuto, contemple, no art. 10, os prazos para o delegado terminar o inquérito, percebe-se que essa não foi a vontade do legislador estatutário, nem da inteligência da lei; os assuntos relacionados com a proteção integral da criança e do adolescente têm *garantia de prioridade*, que será exercida pela primazia na coleta das provas e no atendimento nos serviços públicos.

Desta forma, tão logo ultimadas as investigações, a remessa do relatório, exames periciais e demais documentos deverá ser efetuada o mais rápido possível, pois o prazo de 30 dias para terminar as investigações é incompatível com a urgência que deve orientar a matéria relacionada a criança e adolescente.

Nota-se, pela simples leitura do art. 177, que a autoridade policial não entregará o adolescente aos pais ou responsável, em virtude de não ter sido apreendido em flagrante.

Nesta hipótese, o delegado limita-se a encaminhar as investigações realizadas, deixando para o Ministério Público a incumbência de trazer à sua presença o adolescente infrator, seus pais ou responsável, vítima e testemunha.

Assim, o Promotor de Justiça, ao receber os documentos investigatórios, deverá expedir as notificações convocando os envolvidos no ato infracional, para a audiência informal que será realizada em dia, hora e sob sua presidência, previamente assinaladas na notificação.

Em caso de não comparecimento do adolescente e demais pessoas notificadas, o Promotor de Justiça deverá requisitar o concurso da Polícia Civil ou Militar, a fim de viabilizar o exercício de suas funções, conduzindo-os, coercitivamente, à sua presença (art. 179, parágrafo único).

A norma estatutária traz em seu bojo o mesmo elenco de direitos fundamentais consagrados à criança e ao adolescente, pelas Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos da Criança.

E, como condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, “o adolescente, a quem se atribua a autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade” (art. 178).

Sobre o assunto, clara é a posição dos menoristas Cury, Garrido & Marçura: “A proibição atinge o transporte de adolescente nos chamados “tintureiros” ou “camburões”, utilizados na remoção de presos; não veda, contudo, a condução do adolescente no banco traseiro de viatura policial, ainda que o acesso ao banco dianteiro esteja impedido por dispositivo de segurança” (*ECA Anotado*, Ed. RT, 1991, p. 93).

Quanto ao uso de “algemas”, que em qualquer caso é constrangedor, deve ser evitado. Será admitido, no entanto, em extrema necessidade, nas hipóteses em que se configure como meio necessário de contenção e segurança.

3. Procedimento no Ministério Público (arts. 179 - 182)

Após realizadas as diligências investigatórias, necessárias a firmar a autoria e a materialidade da infração, "o adolescente será *apresentado* ao representante do Ministério Público, *no mesmo dia* e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e procederá imediata e *informalmente* à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas" (art. 179).

Os documentos, relatórios e exames periciais que acompanharem o auto de apreensão ou o boletim de ocorrência deverão, primeiro, ser autuados pelo cartório judicial; em seguida serão remetidos ao Promotor de Justiça com as informações sobre os antecedentes do adolescente. Não é necessário abrir "vistas" ao Ministério Público, vez que o conjunto de documentos remetidos pela autoridade policial não se constitui, ainda, em "processo".

O Promotor de Justiça colherá as informações verbalmente, não havendo a necessidade de reduzir a termo as declarações, pois se trata de oitiva informal. Se entender necessário, o representante do Ministério Público poderá reduzir a um único termo o resumo de todas as declarações.

O Promotor de Justiça tomará as seguintes providências ao receber os documentos já autuados: a) verificará a *legalidade* da apreensão, se houver flagrante; b) verificará a existência dos requisitos da prisão em flagrante (CPP, art. 302); c) notará se a autoridade judiciária e a família do adolescente foram comunicadas da apreensão; d) ouvirá o adolescente e demais envolvidos no ato infracional; e) lavrará o auto de apresentação do adolescente; f) promoverá o arquivamento dos documentos; g) concederá a remissão; h) representará o adolescente, iniciando a ação sócio-educativa pública.

Nas hipóteses previstas nas letras "f" e "g" o Promotor de Justiça fará a liberação do adolescente aos seus pais ou responsável, mediante termo de compromisso e responsabilidade.

A situação posta na letra "h" é diversa, pois se o adolescente estiver apreendido em virtude de flagrante de ato infracional, o Promotor de Justiça deverá oferecer a representação e requerer à autoridade judiciária acerca da possibilidade da liberação imediata do adolescente (art. 107, parágrafo único, c/c o art. 184). Enquanto o juiz não apreciar a representação, o adolescente permanecerá internado provisoriamente, em entidade especializada, pois não compete ao Promotor de Justiça, em regra, mandar liberar.

No entanto, existirão ocasiões que o adolescente não estará acompanhado pelos pais ou responsável, pela simples razão de inexistirem. Af, o representante do Ministério Público poderá apreciar o caso com a autoridade judiciária. Na falta desta, caberá ao Promotor de Justiça providenciar o encaminhamento do adolescente a entidade mantenedora de programa de abrigo ou semi-internação ou entregá-lo a equipe de orientação de liberdade assistida ou a responsáveis provisórios.

O parágrafo único do art. 179 prevê a hipótese de o adolescente não ser apresentado ao Ministério Público. Neste caso, o Promotor de Justiça expedirá as notificações ao adolescente e aos seus pais ou responsável, convocando-os para a audiência de apresentação. Se, mesmo notificados, o adolescente ou seus pais não comparecerem, o Promotor poderá requisitar o concurso da Polícia Civil ou Militar para trazê-los à sua presença.

Após a realização da audiência de apresentação, prevista no art. 179, o Promotor de Justiça poderá: I — promover o arquivamento dos autos; II — conceder a remissão; e III — representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (art. 180).

O representante do Ministério Público promoverá o *arquivamento* dos autos quando inexistir o fato, não constituir ele ato infracional ou não for o adolescente seu autor.

Daí, decorre que a Polícia Judiciária, como é sabido, não poderá emitir juízo de valor nos documentos e investigações apuratórias nem determinar seu arquivamento porque, como titular da ação penal, é o Ministério Público que deverá formar a *opinio delicti* e decidirá se inicia a ação, promove o arquivamento dos documentos ou concede a remissão.

O arquivamento deverá ser *homologado* pela autoridade judiciária. Discordando da medida, o juiz fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este tomará as seguintes providências: a) oferecerá representação; b) designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la; ou c) ratificará o arquivamento (art. 181, § 2.º).

No caso de o Procurador Geral de Justiça ratificar o arquivamento, a autoridade judiciária estará obrigada a homologá-la.

Convém lembrar que o Promotor de Justiça não “requer” o arquivamento e a remissão à autoridade judiciária; ele “promove” e “concede”, o arquivamento e a remissão, respectivamente, ações essas de caráter definitivo e decisório.

O ato Ministerial de promover o arquivamento ou de conceder a remissão são plenos e resolvem-se, em si mesmos, não podendo o juiz, nem o Procurador-Geral alterarem o seu conteúdo.

Poderá, também, o Promotor de Justiça conceder a *remissão*, que será, sempre, na forma de exclusão do processo (art. 126).

Na forma de perdão puro e simples, a remissão não importará em necessária comprovação ou reconhecimento da responsabilidade do infrator, ou seja, de que existem provas suficientes da autoria e a materialidade (arts. 114 e 127).

Poderá, também, o Promotor de Justiça conceder a *remissão*, que será, sário que ela deve ser acompanhada de alguma medida protetiva (art. 101) ou socioeducativa, com exceção dos incs. V e VI do art. 112.

Toda vez que o Promotor conceder a remissão *com a aplicação de qualquer medida*, deverá verificar que: a) as medidas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente (art. 99); b) na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, principalmente aquelas que fortalecem os vínculos familiares ou comunitários (art. 100); c) as medidas de proteção ou sócio-educativas deverão ser acompanhadas da regularização do registro civil (art. 102); d) reclamam a imposição da medida

as circunstâncias e conseqüências do fato, o contexto social e a personalidade do adolescente, sua maior ou menor participação no ato infracional (art. 126).

Do mesmo modo que o arquivamento, a remissão deverá ser *homologada* pela autoridade judiciária, que, discordando, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça, na forma do § 2.º do art. 181.

Deve-se observar que o arquivamento não será promovido com aplicação das medidas anunciadas.

Contudo, se a autoridade judiciária homologar a remissão, deverá, se houver, determinar o cumprimento das medidas aplicadas (art. 181, § 1.º).

Se houver a concessão da remissão, com aplicação de medida protetiva ou socioeducativa, com as exceções já mencionadas, estas não prevalecerão para efeito de antecedentes; se, porventura, o adolescente voltar a praticar atos infracionais, não será considerado reincidente (art. 127).

A promoção do arquivamento e a concessão da remissão serão proferidas mediante termo fundamentado que conterà o resumo dos fatos (art. 181).

Por outro lado, se o representante do Ministério Público não promover o arquivamento nem conceder a remissão, oferecerá *representação* à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação de medida socio-educativa que se afigurar mais adequada ao caso (art. 182).

A definição de *representação* foi dada pelo Promotor de Justiça Paulo Afonso Garrido de Paula, em palestra realizada no I Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores, em agosto/89, na cidade de São Paulo, que aproveitou a ocasião para diferenciá-la da *denúncia*: "Mais uma vez, arditosamente, pretendem alguns relacionar a representação à denúncia do processo criminal, realçando o sentido leigo e desprezando o sentido técnico desta última locução. Utilizam-se da expressão "denúncia" como se fosse um instrumento de violência do Estado, alegação secreta de um procedimento inquisitorial, olvidando que juridicamente representa, exclusivamente, a peça vestibular da ação penal, tendo por objetivos deduzir a pretensão da Justiça Pública e propiciar o conhecimento dos fatos imputados, constituindo-se em instrumento possibilitador de defesa. A *representação* como peça inaugural da ação socio-educativa pública tem as mesmas finalidades, maneira de efetivação do princípio constitucional do pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional e instrumento de controle do respeito aos princípios da tipicidade e da anterioridade... A representação é garantia; não é acusação".

Ao estabelecer a propositura da ação socioeducativa pública, através de representação, o Estatuto determinou que o prazo fosse "imediatamente", no mesmo dia, valendo a assertiva para a promoção do arquivamento e para a concessão da remissão.

O Promotor de Justiça, ao efetuar a representação, não terá a obrigação de indicar a medida socioeducativa a ser aplicada, tendo em vista que, no decorrer do procedimento e sob a análise das orientações técnicas da equipe interprofissional, concluir-se-á qual será a medida mais adequada para o adolescente.

A representação será oferecida por *petição*, que conterá: a) a qualificação completa do adolescente; b) breve resumo dos fatos; c) a classificação do ato infracional; d) o rol de testemunhas (art. 182, § 1.º).⁹

Poderá, também, a representação ser deduzida *oralmente*, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária (art. 182, § 1.º).

Disposição semelhante, sobre a denúncia, vem inscrita no art. 41 do CPP: "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Da mesma forma que na ação penal pública, iniciada a ação socioeducativa pública, o representante do Ministério Público dela não poderá desistir (CP, art. 42).

Para oferecer a representação, o Promotor de Justiça não precisará de documentos, relatórios policiais ou exames, pois, a propositura da ação socioeducativa pública é independente de prova pré-constituída da autoria e materialidade (art. 182, § 2.º), pois a apuração do fato será feita em juízo.

O Estatuto não disciplinou o *não-recebimento* da representação, fato que, perfeitamente, poderá ocorrer. Deve se, pois, aplicar, subsidiariamente, a norma adjetiva penal prevista no art. 43, pois se o juiz pode discordar do arquivamento e da remissão, com igual razão poderá rejeitar a representação Ministerial.

Cury, Garrido & Marçura, elencam as possibilidades de rejeição da representação quando: "a) desatender os requisitos formais do art. 182, § 1.º; b) for oferecida em relação a ato infracional praticado por criança (art. 105, c/c os arts. 171-190); c) o autor do ato infracional tiver 21 anos de idade completos (art. 2.º, parágrafo único, c/c o art. 121, § 5.º; d) a ação ou omissão manifestadamente não constituir ato infracional" (*ECA Anotado*, Ed. RT, 1991, p. 96).

Evidentemente, se insatisfeito com a decisão da autoridade judiciária de rejeitar a representação, o Promotor de Justiça deverá utilizar os recursos cabíveis (CPP, art. 581, I).

4. Procedimento na fase judicial (arts. 183 - 190)

A presença da autoridade judiciária no processo tutelar significa a garantia e proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Tendo o direito a finalidade social, deve o juiz interpretar as leis sem se apegar ao texto, às palavras, mas verificando as necessidades sociais que elas visam a disciplinar, assim como as exigências da justiça e da equidade de seu fim.

Referem-se os ns. 14.1 e 14.2 da Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça de Menores sobre as autoridades competentes para julgar o menor: "14.1 Onde o caso do menor infrator não for desjudicializado, será o menor julgado pela autoridade competente de acordo com os princípios de um julgamento imparcial e justo. 14.2 — O pro-

9. Quanto ao número de testemunhas, aplicam-se os arts. 398, 533 e 539 do CPP.

cesso deve ser adequado aos melhores interesses do menor e dirigido numa atmosfera de entendimento, permitindo ao menor dele participar livremente”.

Desse modo, após oferecida a representação, pelo representante do Ministério Público, a autoridade judiciária designará *audiência de apresentação* do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observando que a internação antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 dias, devendo a decisão ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (art. 184, c/c o art. 108 e parágrafo único).

Verificada a hipótese de o adolescente permanecer internado provisoriamente, o prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento será de 45 dias (art. 183).

O adolescente será citado (art. 111, I) ou cientificado (art. 184, § 1.º) do teor da representação, bem como seus pais ou responsável serão cientificados e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

A evidência, a citação do adolescente deverá ser pessoal, tendo em vista que ele deverá tomar conhecimento, formalmente, dos motivos pelos quais pretende o Estado aplicar-lhe uma medida socioeducativa, quiçá de privação de liberdade. O adolescente tem o direito de saber porque está sendo processado e quais os motivos que levaram o Estado a essa intervenção.

Se os pais ou responsável não forem localizados ou, se notificados, não comparecerem à audiência, a autoridade judiciária nomeará *curador especial* para o adolescente (art. 184, § 2.º). A audiência não deixará de ser realizada em virtude da ausência dos pais ou responsável.

A nomeação de curador especial deverá incidir em pessoa da família do adolescente. Não sendo possível, o juiz poderá nomear, curador, o próprio advogado que lhe defende no processo.

Situação diversa ocorre quando o adolescente, citado, não comparece à audiência: “Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de *busca e apreensão*, determinando o *sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação*” (art. 184, § 3.º).

Se o adolescente estiver internado em entidade de atendimento, será requisitada sua apresentação, para que compareça na audiência de apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável (art. 184, § 4.º).

Deve-se acentuar, novamente, que a medida socioeducativa de internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional, a saber, aqueles estabelecimentos destinados a conter adultos criminosos (art. 185). Apesar do citado artigo referir-se à hipótese de internação aplicada pelo juiz, através de sentença, não poderá ser cumprida em penitenciária, cadeia pública ou qualquer outro estabelecimento prisional para adultos (art. 123).

Contudo, o Estatuto estabelece exceção: na hipótese de inexistir na comarca entidade que mantém programa de atendimento de internação

exclusivo para adolescente, este será imediatamente transferido para a localidade mais próxima onde houver tal entidade (art. 185, § 1.º).

Verificada a localização de entidade em outra comarca, e sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias (art. 185, § 2.º). Cumprido o referido prazo, sem a remoção do adolescente, este deverá ser, imediatamente, colocado em liberdade. Caso contrário, a autoridade policial, detentora do adolescente, estará sujeita às penas do art. 235 do Estatuto.

A apresentação do adolescente à autoridade judiciária será feita em audiência, onde deverão comparecer, além dele, seus pais, seu advogado e o Promotor de Justiça. O juiz iniciará o ato instrutório ouvindo o adolescente e seus pais ou responsável, podendo solicitar opinião de profissional qualificado (art. 186).

A audiência de apresentação é de fundamental importância para que o juiz possa aferir as características da personalidade do adolescente, sua situação familiar e social, a extensão e gravidade do ato infracional praticado.

Após o prévio diálogo com o adolescente, o juiz terá condições de formar sua convicção a respeito da medida a ser aplicada. Se entender adequada, poderá aplicar a remissão, como forma de *suspensão* ou *extinção* do processo, após colher o parecer do representante do Ministério Público (art. 186, § 1.º).¹⁰

Como forma de suspensão do processo, ao conceder a remissão, o juiz deverá aplicar, necessariamente, uma das medidas socioeducativas previstas no art. 112, com exceção dos incs. V e VI. O processo ficará suspenso até que o adolescente cumpra a medida aplicada.

Neste caso, deve, o juiz, determinar o acompanhamento social, através da equipe interprofissional, que fiscalizará o cumprimento da medida, emitindo laudo circunstanciado.

Como extinção do processo, a remissão põe termo às atividades judiciais, não ficando, o adolescente, obrigado ao cumprimento de qualquer medida.

Se, ao contrário, o juiz não conceder a remissão em virtude da gravidade do fato poderá, inclusive, impor medida de internação ou em regime de semiliberdade. O juiz, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso (art. 186, § 2.º).

Em face do preceito Constitucional (art. 227, § 3.º, IV) e Estatutário (art. 111, III), o adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional terá garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição da infração, igualdade na relação processual e defesa técnica por advogado, “mesmo que o ato praticado não seja grave”. Isso quer dizer que, não concedida a remissão, o juiz deverá verificar se o adolescente está representado por

10. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença — ECA, art. 187.

advogado; em caso negativo, nomeará defensor, nem que seja só para aquele ato processual, independente da gravidade do ato praticado.

Após ouvir o adolescente, o juiz poderá determinar a realização de diligências ou estudo do caso. Essas diligências têm caráter investigatório e servirão para conhecer a situação familiar e social do adolescente, seus hábitos e costumes, as circunstâncias do ato infracional praticado, bem como sua personalidade.

No prazo de três dias, contado da audiência de apresentação, o advogado constituído ou o defensor nomeado oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas (art. 186, § 3.º).

Tourinho Filho distingue a defesa em *sentido amplo* e em *sentido estrito*; a primeira “é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual; em sentido estrito, a defesa é aquela atividade das partes acusadas, de oposição a atuação da pretensão punitiva. Daí se segue que defensor é o sujeito que realiza os atos que consistem a defesa” (*Processo Penal*, v. 2, Jalovi, 5.ª ed., Bauru, p. 375).

Instaurado, pois, o procedimento contraditório, a instrução do processo deverá trilhar o princípio *audiatur et altera pars*, onde o advogado, apresentando a defesa prévia, resistirá à pretensão do Estado.

Como diz Tornaghi, “o Estado procura fazer justiça e ele não poderá estar certo de tê-la feito e, portanto, não tranquilizará o homem de bem, se não der ao acusado a mais ampla defesa”.

Ao abrir o prazo para o advogado apresentar a defesa prévia, não existirão provas suficientes nos autos; diante do princípio Constitucional da ampla defesa, o defensor deverá guardar silêncio, manifestando-se somente após a produção das provas. Não é, pois, obrigatória a dedução dos motivos de defesa, por ocasião do tríduo. Mas, se o defensor apresentar a defesa prévia, deverá ser sucinto, breve e cauteloso.

As partes poderão apresentar até oito testemunhas cada uma (CFF, art. 398). Não se compreendem nesse número as testemunhas referidas e as que não prestaram compromisso (CPP, art. 208).

Na audiência em continuação, que será designada para ouvir as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, depois de cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de 20 minutos para cada um, prorrogável por mais 10, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão (art. 186, § 4.º).

Se o adolescente, devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente, à audiência de apresentação, a autoridade judiciária designará nova data, determinando sua condução coercitiva (art. 187).

O procedimento para apurar a autoria de ato infracional será o mesmo do § 2.º do art. 162 e observará os princípios da oralidade e da brevidade, devendo os eventuais incidentes, ser resolvidos, se possível, na própria audiência.

Antes de proferir a sentença o juiz verificará a possibilidade de conceder ou não a remissão, nos termos do art. 126 parágrafo único c/c o art. 188.

A decisão da autoridade judiciária deverá conter os requisitos do art. 381 do CPP, não podendo aplicar qualquer medida socioeducativa, desde que reconheça: I — estar provada a inexistência do fato; II — não haver prova da existência do fato; III — não constituir o fato ato infracional; IV — não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional (art. 189).¹¹

Com razão, Nogueira reclama da ausência de previsão estatutária da hipótese do inc. V do art. 386 do CPP: “Não contemplou o Estatuto, a hipótese de existirem circunstâncias que excluam o ato infracional, como legítima defesa, estado de necessidade, obediência hierárquica, que podem muito bem ocorrer e podem também ser comprovadas “antes” ou “depois” de oferecida a representação, mas que devem ser levadas em conta caso venham a ocorrer” (*ECA Comentado*, Saraiva, 1991, p. 248).

Contudo, estando presentes quaisquer das situações previstas no art. 98, o juiz poderá aplicar as medidas de proteção (arts. 101 e 102, VII).

Verificada qualquer das hipóteses do art. 189, e, estando o adolescente internado, a autoridade judiciária determinará que seja colocado em liberdade imediatamente (art. 189, parágrafo único).

Se, ao contrário, o juiz determinar, na sentença, a aplicação de internação ou de colocação em regime de semiliberdade, sua intimação deverá ser efetuada na pessoa do adolescente e de seu defensor. No caso de não ser encontrado o adolescente, a intimação da sentença será feita a seus pais ou responsável e, também, ao seu defensor (art. 190, I e II).

Se a medida aplicada for a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida ou qualquer medida de proteção, a intimação da sentença far-se-á unicamente, na pessoa do defensor (art. 190, § 1.º).

Recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença. Em caso positivo, será aberta vista ao defensor para o oferecimento das razões (art. 190, § 2.º).

11. CPP, art. 386.