

Questões relevantes do processo de apuração do ato infracional e da aplicação de medidas socioeducativas

*Paulo César Gentile*¹

Juiz de Direito no estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Direitos individuais e garantias processuais. 2. Uso de algemas. 3. Oitiva informal do adolescente pelo Ministério Público. 4. Liberação do adolescente após a oitiva informal. 5. Presença do defensor na audiência informal. 6. Arquivamento. 7. Remissão como forma de exclusão do processo. 8. Oferecimento de representação. Natureza da ação. Internação provisória. Requisitos para sua decretação. Tempo de duração. 9. Audiência de apresentação. Presença dos pais. Consequência da ausência dos pais. Julgamento antecipado. Valor da confissão. Estudo social e psicológico. Defesa técnica. 10. Sentença. Critérios para aplicação de medida socioeducativa. Prazo máximo de cumprimento de medida. Recursos. Efeitos. 10.1. Sentença. 10.2. Critérios para aplicação de medida socioeducativa. 10.3. Sistema recursal. Conclusão.

Resumo: este texto, elaborado para curso de formação, aborda algumas questões relevantes do processo de conhecimento infracional, analisando-o sob uma perspectiva dos direitos individuais e garantias processuais, da apreensão e oitiva informal à sentença, problematizando essas questões à luz do debate principiológico.

Palavras-chave: processo infracional; medidas socioeducativas; direito da criança e do adolescente; justiça juvenil.

Introdução

Quando a Constituição Federal adotou como opção de intervenção com adolescentes autores de atos infracionais a não imposição de pena, elegendo o critério de aplicação de outras medidas que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) viria a definir como medidas socioeducativas, estabeleceu um novo paradigma que preconiza a utilização de mecanismos de ação social, psicológica, pedagógica e terapêutica para a socioeducação do jovem infrator.

Esse é o princípio inspirador do operador do direito, sobretudo do juiz, chamado a julgar um adolescente acusado da prática de ato infracional e, eventualmente a condená-lo a cumprir uma medida socioeducativa.

O juiz, habituado a utilizar instrumental jurídico-penal para analisar a conduta infracional de pessoas adultas, buscando, pela análise de provas a identificação de autoria e materialidade, de circunstâncias agravantes ou atenuantes da conduta do réu e da

¹ Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto. Bacharel em Direito pela USP e especialista em Psicoeducação pela Universidade do Québec (Canadá).

existência de causas de aumento e de diminuição de pena, para a fixação de reprimenda em caso de condenação, é instado, na seara do direito da infância e da juventude, a ampliar o foco de sua atuação.

A preocupação do magistrado, quando analisa a conduta infracional atribuída ao adolescente, já não se limita à equação que resolve a ação penal, enveredando por outras áreas de investigação da conduta humana, num universo em que a personalidade do jovem infrator e tudo o que se relaciona com ela ganha relevo.

Conhecer características psicológicas e informações de natureza social, de formação pedagógica, da família do adolescente e do meio social em que ele vive, se tornam essenciais para que o juiz de infância e juventude possa aplicar medida socioeducativa que efetivamente cumpra os objetivos previstos em lei para o adolescente autor de ato infracional.

O próprio processo de apuração do ato infracional ganha colorido próprio, cercado por garantias apropriadas à peculiar condição do investigado e o interesse do Estado na apuração do ato passa a estar atrelado ao interesse na intervenção socioeducativa.

Por força do artigo 192 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicam-se subsidiariamente ao processo de apuração de ato infracional as normas do Código de Processo Penal, exceto no sistema recursal, no qual haverá incidência do Código de Processo Civil, conforme disposição expressa do artigo 198 “caput”, do ECA.

1. Direitos individuais e garantias processuais

A responsabilização do adolescente autor de ato infracional interessa à sociedade pela expectativa de realização dos objetivos socioeducativos e interessa também como meio de enfrentamento da violência urbana.

Todavia, ainda que a segurança pública seja um dos objetivos perseguidos pela responsabilização legal de adolescentes autores de atos infracionais, o adolescente infrator continuará sendo titular e credor de direitos essenciais e peculiares à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

De tal forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente elencou direitos individuais e garantias processuais que deverão ser observados em favor do jovem autor de ato infracional.

Tais direitos, previstos nos artigos 106 a 111 do ECA, surgem como corolários dos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como ao devido processo legal.

Dentre esses direitos, ganha especial relevo a garantia de que nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Questão relevante que se apresenta, então, é a da **custódia do adolescente pela autoridade policial, para averiguação de seu envolvimento em ato infracional**.

Com efeito, a supressão da liberdade do adolescente, por iniciativa da autoridade policial, ainda que transitória, para averiguação de suposta participação em ato infracional, mesmo que fundada em razoável suspeita, ou em indícios veementes, contraria a disposição legal e tipifica ilícito penal previsto no artigo 230 do ECA.

Como juiz de infância e juventude, testemunhei situações dessa natureza e re-

cordo-me de que em certa ocasião a polícia apreendeu um adolescente dois dias após ele haver sido filmado praticando um roubo. O policial fundamentou a apreensão do adolescente na certeza de que o jovem havia sido o autor do ato infracional, mas sem a caracterização de flagrante.

Em outra ocasião, o delegado de polícia apreendeu adolescente que imaginava ser o autor de vários furtos a residências e o manteve privado de liberdade por várias horas enquanto eram realizados os atos de investigação.

Nas duas situações narradas, ainda que justificada a custódia dos adolescentes por questão de segurança pública, não foi observado o preceito legal insculpido no artigo 106 do ECA.

No mesmo diapasão, o artigo 107 do ECA prevê que a apreensão do adolescente e o local onde se encontra recolhido devem ser comunicados incontinenti à autoridade judiciária e à família do jovem apreendido, da mesma forma como determina que a autoridade policial deverá examinar desde logo a possibilidade de liberação imediata do apreendido.

Tal como ocorre com as audiências de custódia de presos adultos que devem ser apresentados à autoridade judiciária para que se examine a sua legalidade, regularidade formal e ocorrência de eventuais arbitrariedades, na seara da Justiça de Infância e Juventude, a apreensão do adolescente deve ser comunicada de imediato ao juiz, impondo-se também ao delegado de polícia a obrigação de examinar a possibilidade de entrega do apreendido ao responsável legal.

Ainda, em respeito à especial condição do adolescente de pessoa em desenvolvimento, titular do direito à proteção integral e, em sintonia com o disposto no artigo 111, inciso VI, do ECA, determina o dispositivo legal que seus familiares, ou pessoa que por ele se responsabilize, sejam avisados de sua apreensão, inclusive para que possam estar com ele durante o procedimento policial para assisti-lo se necessário e, de toda forma, para que tomem conhecimento da situação.

A inobservância desse dispositivo legal, sujeita o infrator às penas previstas nos artigos 231 e 234 do ECA.

Vale lembrar aqui, que, formalizados os procedimentos de natureza policial (lavratura do auto de apreensão em flagrante ou de termo circunstanciado; apreensão de objetos e armas relacionados ao ato infracional e requisição de perícias), o delegado deverá analisar a possibilidade de liberar o adolescente para os seus responsáveis legais, mediante compromisso de sua apresentação ao Ministério Público no mesmo dia ou no primeiro dia útil imediato, ou ainda, de mantê-lo custodiado se a gravidade do ato infracional e sua repercussão social assim o recomendar, para garantia da segurança pessoal do jovem ou para manutenção da ordem pública.

Pois bem, a análise em conjunto das disposições expressas nos artigos 107 e 174 do ECA não deixam dúvida de que, em regra, o delegado de polícia deve liberar o adolescente aos seus responsáveis legais, só deixando de fazê-lo nas seguintes hipóteses:

- a) se o ato infracional for grave;
- b) se o ato infracional causou repercussão social;
- c) se a gravidade do ato infracional e sua repercussão social comprometerem a segurança do jovem ou a ordem pública.

A análise da gravidade do ato infracional não encontra parâmetro objetivo, mas

a jurisprudência orienta que assim sejam considerados os atos infracionais equiparados aos crimes punidos com reclusão.

De toda sorte, não é possível afastar certa margem de subjetividade na análise de tais requisitos, uma vez que diversas circunstâncias podem influenciá-la.

Por exemplo, um ato infracional de furto, que não causa maior impacto social em cidades maiores, habituadas a tais ocorrências, pode provocar maior desassossego em comunidades menores. Um crime de roubo que, por sua natureza é considerado grave, se cometido por adolescente que estuda, não registra antecedentes e é direcionado a objeto de pequeno valor.

De qualquer forma, essa primeira análise quanto à necessidade da custódia preliminar do adolescente apreendido em flagrante é feita segundo o prudente arbítrio do delegado de polícia e balizada pelos comandos legais acima analisados.

No mais, vale o registro de que ao adolescente acusado da prática de ato infracional são asseguradas as garantias do devido processo legal (artigo 110, ECA), assim como o pleno e formal conhecimento da acusação que lhe é feita; da igualdade na relação processual; da defesa técnica feita por advogado; da assistência judiciária gratuita; de ser ouvido pela autoridade judiciária e de ser acompanhado por seus pais em todas as fases do procedimento.

Outras garantias são asseguradas ao adolescente, inclusive na fase de execução de medida socioeducativa aplicada e serão abordadas à frente.

2. Uso de algemas

Ainda dentro do princípio de que a responsabilização do adolescente pela prática de ato infracional deve ocorrer dentro do contexto da proteção integral, respeitados todos os seus direitos individuais, inclusive aquele insculpido no artigo 18 do ECA, segundo o qual é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os à salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, importa refletir sobre a possibilidade de submeter o adolescente ao uso de algemas.

A Súmula Vinculante 11 do STF dispõe que: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Evidente, portanto, que o uso de algemas, seja por adultos, ou por adolescentes, constitui recurso excepcional.

No caso de adolescentes a excepcionalidade é ainda mais acentuada pelo princípio da proteção integral e pela especial condição do jovem, de pessoa em desenvolvimento.

O uso de algemas por adolescentes em situações excepcionais deverá ser concretamente justificado, não bastando para tanto o uso de fórmulas repetitivas e vazias, em alusão à hipotética possibilidade de fuga e de risco à integridade física do adolescen-

te e de terceiros.

A inobservância desse preceito poderá ensejar a responsabilização criminal do agente e mesmo da autoridade nos termos do artigo 232 do ECA.

3. Oitiva informal do adolescente pelo Ministério Público

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que após o procedimento na polícia, o adolescente deverá ser apresentado ao representante do Ministério Público que procederá, imediata e informalmente à sua oitiva e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

A oitiva informal do adolescente e, se possível de testemunhas e vítima, pelo Ministério Público, atende ao propósito maior de levar ao Parquet elementos que o ajudem a formar sua convicção quanto ao fato ensejador do procedimento de apuração e quanto ao perfil do adolescente e circunstâncias que revelem a necessidade ou não da intervenção estatal.

Contudo, tal oitiva inicial do jovem pelo promotor também se destina ao exercício da autodefesa pelo adolescente que, afinal tem a garantia processual de se entrevistar com a autoridade.

Diante disso, duas correntes apresentam razões antagônicas para sustentar que a oitiva informal do adolescente pelo representante do Ministério Público é condição de procedibilidade para o eventual oferecimento de representação ou, pelo contrário, conquanto resulte de norma impositiva, pode ser dispensada em determinadas situações.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão foi assim analisada:

Penal. Recurso Especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Representação. Audiência preliminar. Oitiva informal do adolescente. Art. 179 do ECA. Prescindibilidade. Não se afigura indispensável a realização da oitiva informal do adolescente se o representante do Ministério Público entende estarem reunidos elementos de convicção suficientes para amparar a representação. Recurso provido. (STJ. 5ª T., Resp 662.400/SC, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 14.2.2005, p. 234.

4. Liberação do adolescente após a oitiva informal

Outra questão relevante que merece reflexão diz respeito à possibilidade de liberação do adolescente aos pais, após sua oitiva informal pelo representante do Ministério Público.

O promotor de Justiça pode fazê-lo, ou somente o juiz de Direito?

Após o oferecimento da representação pelo Ministério Público, com pedido de liberação ou de internação provisória do adolescente, caberá ao juiz de Direito decidir por uma ou outra providência.

Contudo, se outra for a opção legal do Ministério Público, dentre as hipóteses elencadas no artigo 180 do ECA, orienta-se a doutrina pela possibilidade de liberação do jovem custodiado pelo promotor de Justiça, sem necessidade de outorga judicial.

João Batista Costa Saraiva posiciona-se favoravelmente a tal possibilidade ao sustentar que:

*Na fase pré-processual, quando da apresentação do adolescente ao Ministério Público, estando este custodiado pela Polícia (artigo 175, caput) ou apresentado pela entidade para onde foi encaminhado pela autoridade policial (artigo 175, parágrafo 1º) por conta de flagrante, poderá o Promotor de Justiça, ouvido o jovem a quem se atribua a prática infracional, sem que para tanto haja necessidade de outorga judicial. A ordem judicial se faz imperiosa, em face dos princípios que norteiam o sistema, para a privação de liberdade, a qual, uma vez decretada, somente poderá ser revista por nova ordem judicial. Enquanto a questão estiver na órbita pré-processual e não houver decisão judicial, é de competência do Ministério Público a possibilidade de liberação do jovem mantido sob custódia policial até a apresentação ao órgão do parquet, salvo se, neste interregno, houver decisão judicial pelo internamento provisório” (SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil - adolescente e ato infracional*. 3. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.*

No mesmo sentido a orientação de Márcio Mothé Fernandes:

Outra questão que merece ser debatida diz respeito à possibilidade de liberação após a sua oitiva informal. Caso não o faça, incidirá nas penas do crime previsto no artigo 234 do ECA? Preliminarmente, vale a pena lembrar dois princípios norteadores da Lei Menorista, quais sejam, celeridade e excepcionalidade das medidas privativas de liberdade. O legislador tanto se preocupou com a legalidade das apreensões dos serem em formação que, entre outras providências, previu a necessidade da criação de plantões permanentes (artigo 145 do ECA), quando os adolescentes devem ser apresentados desde logo ao Promotor de Justiça, em regime de plantão (art. 175 do ECA), para adoção das providências pertinentes (art. 179 do ECA). Ora, diante de tanta celeridade e cautela, nos parece mais que evidente que o órgão do Ministério Público, acima de tudo como custos legis, possa e deva determinar a liberação do adolescente apreendido indevidamente. Seria um enorme contrassenso, v.g., a apreensão e imediata oitiva do adolescente ao Promotor de Justiça que, convencido da inexistência do ato e consequente necessidade de arquivamento dos autos, tivesse que aguardar o despacho do Juiz, o qual poderia levar até cinco dias para despachar, ordenando a liberação do jovem indevidamente apreendido. É relevante destacar que, concluído o procedimento policial, o representante do Ministério Público é a primeira autoridade a proceder à oitiva do infrator. Cabe-lhe, portanto, a primeira decisão na forma do artigo 180 do ECA, visto que inexistente, até então, repetimos, processo judicial propriamente dito. Como se não bastasse, o próprio ECA admite a possibilidade de liberação do adolescente pela autoridade policial (art. 174), o que reforça ainda mais ser facultado ao Promotor de Justiça liberar o jovem em

formação, sob pena, inclusive, de infração penal. FERNANDES, Márcio Mothé. Ação Sócio-educativa Pública. Lumen Juris, p. 39-40.

5. Presença do defensor na audiência informal

A Lei não estabelece a obrigatoriedade da presença do defensor do adolescente na audiência informal com o representante do Ministério Público, o que, em princípio pode parecer uma omissão do legislador diante da garantia de ampla defesa e do direito à defesa técnica que são conferidos ao jovem.

Argumenta-se, todavia, que nessa fase do procedimento ainda não existe o processo judicial propriamente dito, de forma que não seria o momento adequado para o exercício do direito de defesa.

Argumenta-se também que a audiência informal serve ao único propósito de formação da convicção pelo promotor de Justiça, de forma que somente a ele interessa o ato procedimental.

Tais assertivas, entretanto, devem ser recebidas com reservas na medida em que nessa fase do procedimento o Ministério Público poderá propor a concessão de remissão cumulativamente com a aplicação de medida socioeducativa e, para sua aceitação ou recusa, deverá o adolescente estar assistido por advogado.

De qualquer forma, a ausência do defensor à audiência informal não invalida o ato.

Inegável também que, se a lei não prevê a obrigatoriedade da presença do defensor na audiência informal, também não a impede, de forma que o advogado poderá participar do ato procedimental se assim entender conveniente.

6. Arquivamento

Realizada a audiência informal do adolescente, o promotor de Justiça poderá requerer o arquivamento, conceder remissão ou oferecer representação.

O arquivamento do procedimento será o caminho natural diante da hipótese de atipicidade da conduta atribuída ao adolescente, ou ainda porque se convença o Promotor de Justiça que o ato não ocorreu, ou, finalmente, quando conclua que não existem indícios de materialidade e de participação do adolescente na execução do ato ilícito.

O representante do Ministério Público poderá ainda optar pelo arquivamento quando se deparar com excludente de culpabilidade ou de ilicitude.

Questão relevante a ser considerada diz respeito à hipótese de ato infracional de bagatela, diante do que, pela insignificância do bem jurídico tutelado e consequente atipicidade do fato, o promotor de Justiça poderá requerer o arquivamento.

Hipótese que enseja reflexão também é a da maioria penal do autor do ato infracional, porque, se não há impedimento legal para o ajuizamento da ação e para a aplicação da medida socioeducativa, qual seria o seu efeito prático?

O mesmo raciocínio é válido para a hipótese de jovem adulto já inserido no sistema prisional, que tenha praticado ato infracional quando ainda adolescente. Embora

não exista óbice legal ao oferecimento da representação, nenhum alcance prático teria.

Tais entendimentos não são pacíficos na doutrina e na jurisprudência, mas tem sido admitido o arquivamento do procedimento quando não se percebe utilidade no prosseguimento da ação socioeducativa.

Observe-se, contudo, que o artigo 46, III, da Lei que instituiu o Sinase, prevê que será declarada extinta a medida socioeducativa pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva.

De qualquer forma, se o arquivamento não se mostrar a opção mais adequada do ponto de vista jurídico formal, a falta de interesse de agir em face das circunstâncias fáticas apresentadas pode ser resolvida por meio da remissão, como analisaremos a seguir.

7. Remissão como forma de exclusão do processo

A remissão como forma de exclusão do processo, concedida pelo promotor de Justiça e homologada pelo juiz, é medida adequada sempre que o perfil psicológico, social e familiar do adolescente, ou ainda outras situações concretamente verificadas, recomendarem a desnecessidade de judicialização do procedimento de apuração do ato infracional e da adoção de medidas socioeducativas.

De tal forma, a remissão poderá ser concedida quando o adolescente houver praticado ato infracional de menor repercussão social, sem emprego de violência ou grave ameaça; quando o jovem não ostentar reiteração na prática de atos infracionais; quando estiver inserido em contexto social e familiar adequado; quando, enfim, não se justificar o prosseguimento do processo investigativo para a imposição de medida socioeducativa.

Além disso, havendo possibilidade de abreviar o tempo e os meios para a inserção do jovem em medida socioeducativa, que ele e seus pais aceitem e que atendam às suas necessidades de reeducação, melhor será a concessão da remissão cumulada com tais medidas, do que o desenrolar, nem sempre célere, do processo judicial.

Da mesma forma, quando não vislumbrar alcance prático e efetivo na aplicação de medida socioeducativa, seja pelo advento da maioridade do infrator, seja porque o jovem já está cumprindo medida socioeducativa adequada às suas necessidades, o promotor de Justiça poderá conceder a remissão.

Convém lembrar também que o emprego de práticas da Justiça Restaurativa, privilegiando-se a recomposição do bem jurídico lesado e a pacificação social por meio da conciliação entre vítima e agressor, podem justificar a remissão como forma de exclusão do processo.

Há mesmo quem sustente a aplicação da Lei 9.099/95 aos processos de verificação de ato infracional.

João Batista Costa Saraiva sustenta que

se a Lei 9099/95 estabelece certas condições de procedibilidade que implicam que certas condutas não serão punidas se praticadas por

adulto (a reconciliação, em uma construção restaurativa, ou a ausência de interesse em processar o agente causador do dano, v.g.) evidentemente que tais preceitos devem ser estendidos ao adolescente, sob pena de se o tratar de forma mais desfavorável que o adulto. (Obra citada, p. 231).

Vale lembrar também a possibilidade de incidência da Lei Maria da Penha em condutas delituosas imputadas a adolescentes, diante do que não deveriam ser desprezados seus procedimentos pela simples razão de tratar-se o agente agressor de um adolescente.

Importante destacar por outro lado que se a opção do representante do Ministério Público para exclusão do processo for a concessão de remissão cumulada com medida socioeducativa não privativa de liberdade, em sede de verdadeira transação, o eventual descumprimento da medida estabelecida não poderá conduzir à aplicação da chamada internação sanção, sob pena de afronta à garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, para reflexão, indaga-se se o adolescente poderia recusar a remissão pura e simples, não cumulativa com medida socioeducativa, na hipótese de considerá-la, por alguma razão, inconveniente ou vexatória.

Por um lado, cabe observar que a remissão é opção legal do representante do Ministério Público, titular da ação investigativa, a quem cabe decidir segundo o seu próprio convencimento.

Por outro, cabe ponderar que em determinadas circunstâncias, receber o favor legal da remissão como forma de “perdão”, pode ser danoso do ponto de vista moral para quem se considera inocente de determinada acusação.

8. Oferecimento de representação. Natureza da ação. Internação provisória. Requisitos para sua decretação. Tempo de duração

Convencendo-se da existência de indícios de autoria e materialidade do ilícito, bem como da necessidade de imposição de medida socioeducativa ao adolescente, o promotor de Justiça oferece representação propondo a instauração da ação de apuração do ato infracional.

A ação de apuração de ato infracional é de natureza pública incondicionada e não há condição de procedibilidade para a representação, da mesma forma como não se admite a ação de iniciativa privada, mesmo diante de atos infracionais equiparados aos crimes que ensejam a propositura de queixa-crime, dados os objetivos distintos da ação penal e da ação socioeducativa.

Oferecida a representação, o juiz decidirá pela aplicação ou não da internação provisória.

A internação provisória, fundada no artigo 108 do ECA, é medida excepcional que só se justifica quando estritamente necessária para garantia da ordem pública e quando necessária para possibilitar a instrução processual (os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva).

Contudo, somente será justificável a internação provisória quando o ato infracional atribuído ao adolescente for daqueles cuja natureza rende ensejo à decretação da internação definitiva (artigo 122, inciso I, do ECA), ou quando o adolescente ostentar reiteração na prática de atos infracionais graves (artigo 122, inciso II, do ECA).

De qualquer forma, decretada a internação provisória, o seu prazo improrrogável será de 45 dias e, conquanto existam julgados relativizando tal prazo, parece pacífico o entendimento de que a internação provisória não deve ser prorrogada sob qualquer pretexto.

9. Audiência de apresentação. Presença dos pais. Consequência da ausência dos pais. Julgamento antecipado. Valor da confissão. Estudo social e psicológico. Defesa técnica

Recebida a representação e decretada ou não a internação provisória, segue-se a cientificação do adolescente e de seus pais quanto ao seu teor e sua notificação para que compareçam à audiência de apresentação.

Na referida audiência, não apenas o adolescente será inquirido pelo juiz, como também seus pais, constituindo-se a oitiva dos genitores em colheita de elementos essenciais de informação quanto ao perfil do adolescente.

Tanto é relevante a oitiva dos genitores pelo magistrado, que a ausência de notificação para que compareçam à audiência conduz à nulidade do processo e, conquanto haja previsão legal para nomeação de curador que supra a ausência dos pais (artigo 184, parágrafo 2º, do ECA), melhor será a redesignação da audiência para condução coercitiva dos genitores, a fim de que se garanta ao jovem estrita observância ao que dispõe o artigo 111, inciso VI do ECA.

Inquirido o adolescente pelo juiz, inicia-se a fase de instrução do processo, abrindo-se prazo para oferecimento de defesa prévia e determinando-se a realização dos estudos social e psicológico.

A realização de tais estudos é de suma importância pois trarão ao magistrado informações essenciais para a definição de eventual medida socioeducativa a ser aplicada.

Com efeito, muito mais do que a natureza do ato infracional praticado pelo adolescente, o seu perfil psicossocial será determinante para a escolha, pelo magistrado, da medida socioeducativa.

Não obstante, predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a determinação de realização do estudo psicossocial é uma faculdade do juízo e não uma imposição legal.

Nesse sentido, STF:

A realização do estudo técnico interdisciplinar previsto no artigo 186, parágrafo 2º, da Lei 8.069/1990 constitui faculdade do juiz do processo por ato infracional e não medida obrigatória. Embora seja preferível a sua realização, dificuldades de ordem prática ou o entendimento do magistrado acerca da sua prescindibilidade podem autorizar sua dispensa (...). (HC 107.473, 1ª Turma, rel. Rosa Weber, DJ 11.12.2012.

Outra questão de relevo é aquela suscitada pelo parágrafo 2º, do artigo 186, do ECA, segundo o qual, “sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor (...).”

Leitura apressada da norma em questão poderá levar à impressão de que não sendo grave a conduta infracional atribuída ao adolescente, será dispensável a nomeação de defensor ao adolescente.

Em verdade, gozando o adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional da garantia de ampla defesa e de defesa formulada por advogado, conclui-se que em hipótese alguma deverá o jovem ficar indefeso.

Pelo contrário, é de boa técnica que se garanta ao adolescente entrevista com o defensor antes mesmo de sua oitiva pelo juízo.

Fato é que, realizada a apresentação do adolescente, será iniciada a fase de instrução processual, abrindo-se prazo para oferecimento de defesa prévia e designando-se audiência para oitiva de eventuais vítimas e testemunhas.

Porém, antes de iniciar a fase de instrução, convém que o juiz analise a possibilidade de julgamento antecipado do processo.

Se o adolescente, por exemplo, já estiver cumprindo medida de internação, pode não haver muito sentido em dar continuidade ao processo que resultará na aplicação de medida mais branda ou de outra internação.

Ora, como a medida de internação não comporta prazo determinado, ainda que duas ou mais sejam aplicadas em processos distintos, uma vez unificadas em processo de execução, não haverá acréscimo de tempo de sua duração.

Por outro lado, a medida de internação anteriormente aplicada poderá ser convertida em outra mais branda, tornando inócua a imposição de duas ou mais medidas em meio aberto.

É certo, porém, que a instrução processual e o conseqüente julgamento de cada processo decorrente de cada ato infracional atribuído ao adolescente poderá ter o efeito pedagógico de fazer com que o jovem sinta-se responsabilizado pelas suas condutas delituosas.

De toda forma, penso que não será equivocada a decisão que importar em extinção do processo sem julgamento do mérito por considerar inexistente interesse processual para julgamento do mérito, com a conseqüente extinção do processo.

Cabível também, nestas hipóteses, a concessão de remissão pelo juiz, ouvido o promotor de Justiça.

Finalmente, cabe analisar o valor da confissão feita pelo adolescente ao ser inquirido pelo juiz.

Indaga-se sobre a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, com dispensa de dilação probatória em face da confissão feita pelo adolescente.

Nunca é demais lembrar que com alguma frequência o adolescente assume a responsabilidade por atos infracionais que não cometeu, seja para favorecer agente imputável, seja porque considera pouco provável a sua responsabilização pelo ato infracional.

Por essa e por outras razões, dentre as quais podemos apontar o direito à ampla

defesa, não se deve dispensar a produção da prova oral para que seja proferido julgamento tão somente em razão da confissão.

Trata-se, aliás, de questão abordada pela Súmula 342 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte texto: “no procedimento para a aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.”

10. Sentença. Critérios para aplicação de medida socioeducativa. Prazo máximo de cumprimento de medida. Recursos. Efeitos

10.1. Sentença

Após a instrução do processo, seguem-se os debates e a prolação de sentença.

Julgando improcedente a ação, o juiz deixará de aplicar qualquer medida socioeducativa, nas hipóteses elencadas no artigo 189 do ECA.

Do contrário, verificada a prática do ato infracional por meio da análise de provas de autoria e de materialidade, o juiz poderá aplicar ao adolescente as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA.

Tais medidas poderão ser aplicadas cumulativamente e poderão também ser substituídas umas pelas outras em função da necessidade de individualização das intervenções socioeducativas.

As medidas socioeducativas têm natureza híbrida, cumprindo o propósito de responsabilizar o adolescente desaprovando sua conduta infracional e de promover sua integração social.

A forma de intimação da sentença de procedência da representação está disciplinada no artigo 190 do ECA.

Em caso de imposição das medidas de internação e semiliberdade, há necessidade de intimação pessoal do adolescente e seu defensor; na hipótese de o adolescente não ser localizado, aos pais ou responsável e defensor. Não há previsão de intimação por meio de edital.

O advogado dativo deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo.

Quando intimado da sentença, o adolescente poderá manifestar o desejo de recorrer da sentença (artigo 190, parágrafo 2º). Nesse caso, será aberta vista à defesa técnica para as razões de recurso.

Mesmo que o adolescente manifeste o desejo de não recorrer, o defensor não está impedido de fazê-lo. Havendo conflito, deve prevalecer sempre a oportunidade de apresentação do recurso, conforme é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 268.100/SP - 6ª Turma - relator ministro Rogério Schietti Cruz).

O Estatuto silencia, entretanto, quanto à forma de intimação da sentença de improcedência.

10.2. Critérios para a aplicação de medida socioeducativa

Diferentemente da relação necessária que há entre crime e pena na sistemática do Código Penal, o modelo que orienta o Direito da Infância e da Juventude estabelece critérios para a escolha pelo juiz da medida socioeducativa a ser aplicada.

Os artigos 112 e 113 do ECA dispõem sobre tais critérios estabelecendo que a medida aplicada deverá levar em conta as circunstâncias do fato e a gravidade do ato infracional, além da capacidade do adolescente de cumpri-la.

Assim, embora não haja necessária e direta correlação entre o ato infracional e a medida socioeducativa, ao contrário da relação crime/pena, as circunstâncias do fato, sua gravidade, consequências, motivação, condição psicossocial do infrator e reiteração na prática de ilícitos são fatores que deverão orientar a escolha da medida a ser aplicada.

Nesse aspecto é importante considerar que a medida socioeducativa a ser aplicada não deverá ser mais severa e restritiva do que a sanção aplicável a pessoa adulta em função de crime ou contravenção análogos.

Assim dispõe o artigo 35 do Sinase, que estabeleceu outros princípios que devem reger a aplicação de medidas socioeducativas, dentre os quais a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, enfatizando a conveniência de eleição de meios de autocomposição dos conflitos e de medidas restaurativas que atendam também às necessidades das vítimas. O fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a brevidade da medida e sua proporcionalidade em relação à ofensa cometida, são outros critérios para a aplicação da medida socioeducativa.

A capacidade do adolescente de cumprir a medida socioeducativa é outro critério a ser observado e diz respeito ao objetivo da reintegração social do jovem que prepondera sobre o aspecto de sua responsabilização, assim como ao respeito por sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Com efeito, será impróprio impor ao adolescente medida socioeducativa desproporcional à sua compleição física, idade ou condição de saúde.

Nesse sentido, o artigo 46 do Sinase dispõe que a medida socioeducativa será declarada extinta pela condição de doença grave que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao seu cumprimento.

Pela mesma razão, poderá ser suspensa a execução de medida socioeducativa aplicada a adolescente que apresente transtorno ou deficiência mental, para que ele seja inserido em programa de atenção à saúde.

As medidas restritivas de liberdade, internação e semiliberdade, não admitem prazo determinado dado à sua natureza e objetivos. Todavia, não podem durar mais do que três anos e, além disso, deve ser fixado prazo máximo para sua execução.

Com efeito, embora não haja expressa previsão legal para a fixação de prazo máximo para cumprimento das medidas de semiliberdade e internação, a necessidade de observação da regra de proporcionalidade para o estabelecimento da medida e a proibição de tratamento mais severo ao adolescente do que o reservado à pessoa adulta, impõem tal entendimento.

A liberação do jovem adulto internado ou submetido à medida de semiliberdade

será compulsória aos vinte e um anos de idade (parágrafo 5º, artigo 121, ECA).

Em seu parágrafo 6º, referido artigo menciona que em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Todavia, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 165/2012, entende que a liberação do adolescente, quando completados vinte e um anos de idade, independe de decisão judicial.

10.3. Sistema recursal

O sistema recursal previsto no Código de Processo Civil é o que rege os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, como define o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em todos os recursos, salvo os embargos de declaração, o prazo será de 10 dias e, nos termos do parágrafo 2º do artigo 152, acrescido pela Lei nº 13.509/2017, os prazos serão contados em dias úteis, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público.

Em regra, os recursos interpostos contra sentenças proferidas em ações socioeducativas serão recebidos em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo.

Excepcionalmente, os recursos serão recebidos somente no efeito devolutivo, quando verificadas as hipóteses previstas nos incisos do parágrafo 1º do artigo 1012 do Código de Processo Civil e nos artigos 199-A e 199-B, do ECA.

Dessa forma, se no curso da ação socioeducativa houver sido decretada a internação provisória do adolescente, depois confirmada por sentença, o eventual recurso de apelação interposto contra tal decisão, será recebido somente no efeito devolutivo, por força do disposto no artigo 1.012, parágrafo 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, já que a internação provisória tem a natureza de antecipação de tutela.

Por outro lado, se não houver sido decretada a internação provisória no curso do processo, eventual recurso interposto contra sentença que venha a aplicar medida socioeducativa será recebido em ambos os efeitos em decorrência da regra geral.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 346.380/SP, tendo como relator o ministro Rogério Schietti Cruz, por maioria de votos, entendeu que também é possível o cumprimento imediato da medida de internação, mesmo que o adolescente tenha respondido o processo em liberdade, desde que demonstrada na sentença a necessidade da medida.

Havendo interposição de recurso de apelação, antes da remessa dos autos para a superior instância, o magistrado, em despacho fundamentado, pode manter ou reformar a decisão, no prazo de cinco dias.

Conclusão

Essas são algumas dentre várias questões do processo de apuração de ato infracional, que apresentamos com o intuito de despertar o debate para a complexidade de situações que podem ser debatidas e que demandam, inclusive, maior detalhamento legal.