



## **O DIREITO DO MENOR AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL.**

## **O RIGHT OF MINORS TO THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: SOME NOTES ON THE PRACTICE OF THE INFRACTION.**

Ismael Francisco de Souza<sup>1</sup>

Leo Vitor Pirola Mendonça<sup>2</sup>

**RESUMO:** Neste escrito buscar-se-á aprofundar o estudo acerca dos atos infracionais. Para tanto, se revisitará a história, buscando elementos no “direito do menor”, que teve como alicerce o Código de Menores de 1927 e o Código de Menores de 1979, que formaram as primeiras legislações acerca do assunto Brasil. Isto posto, se analisará o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e sua ruptura total com o menorismo, mostrando a categoria de ato infracional contida no Estatuto, objetivando analisar a forma de apuração de atos infracionais, fazendo minuciosa investigação a alguns procedimentos do ECA, junto da análise jurisprudencial, afim de verificar se Estatuto está em acordo com os preceitos da Constituição Federal ou não. O método de procedimento foi o monográfico e o de abordagem, o histórico-sociológico, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**PALAVRAS CHAVE:** Ato Infracional; Direito da Criança e do Adolescente; Menorismo.

**ABSTRACT:** In this paper, we bring to the fore the study of the infractions. For that, the history will be revisited, seeking elements in the "right of the child", which was based on the Children's Code of 1927 and the Children's Code of 1979, which were the first legislation on the subject of Brazil. This will analyze the Statute of the Child and Adolescent (ECA) and its total rupture with the right of the minor, showing the category of infraction act contained in the Statute, aiming to analyze the form of

<sup>1</sup>Doutor em Direito (UNISC), Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (PGSS/UFSC), Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Professor do Mestrado em Direito e da graduação em Direito no Departamento de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Pesquisador do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC).

<sup>2</sup>Acadêmico da 5ª fase do curso de direito da UNESC- Universidade do Extremo Sul Catarinense. Membro do Grupo de Estudos em Direito da Criança e Adolescente. Estagiário no escritório Felipe Ferreira Advocacia. E-mail: leovitormendonca@gmail.com



investigation of infractions, doing a thorough investigation to some procedures of the ECA, together with case law analysis, in order to verify whether the Statute is in agreement with the precepts of the Federal Constitution or not. The method of procedure was the monographic and the approach, the historical-sociological, using, therefore, the bibliographical and jurisprudential research.

**KEYWORDS:** Infringement Act; Minority; Child and Adolescent Statute.

## INTRODUÇÃO

O direito da criança e do adolescente dentre aqueles direitos que devem ser tutelados pelo Estado, sem dúvida é o mais sensível deles. Pois trata-se da proteção de seres em desenvolvimento. Ainda mais sensível entre a tutela dos direitos de crianças e adolescentes, por parte do Estado, é no tocante aqueles que cometem algum tipo de ato infracional. Para tanto, o Estado Brasileiro se debruçou sobre esse tema variadas vezes: no Código de Menores de 1927, no Código de Menores de 1979, em plena ditadura militar e por fim, no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, pós constituição de 1988, garantindo verdadeira proteção integral.

Mas ainda que tenha garantido verdadeira proteção, o Estatuto de 1990, merece algumas ponderações quanto a apuração de atos infracionais, ou seja, apuração dos ilícitos por parte dos adolescentes.

Para tanto, se aprofundará no estudo histórico dos códigos de menores de 1927 e no de 1979, afim de chegar no Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando as diferenças entre as três legislações, com intuito de apontar mudanças necessárias no processo de apuração de ato infracional, para que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja uma verdadeira incorporação da proteção integral e se seus pressupostos abarcados na Convenção dos Direitos da Criança.

## 2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS ATOS INFRACIONAIS

No desenvolvimento histórico brasileiro nem sempre o direito da criança e do adolescente foi tutelado como deveria. Aliás, nem sempre foi considerado “direito da criança e adolescente”, garantindo-lhes verdadeira proteção jurídica, mas sim, era taxado como “direito do menor”.



O “direito do menor” foi a primeira tentativa do Estado Brasileiro tutelar direitos a crianças e a adolescentes. Assim, em 1927 surge no Brasil o primeiro “Código de Menores”, instituído pelo Decreto nº 17.943-A, consolidando um compilado de decretos e regulamentos, que retirou a questão do menor infrator da legislação penal.

Sobre este Código, Veronese (2015, pág. 23), entende que:

o Código de Menores de 1927 veio alterar e substituir concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder, passando a assumir a assistência ao menor de idade, sob a perspectiva educacional. Abandonou-se a postura anterior de reprimir e punir e passou-se a priorizar, como questão básica, o regenerar e educar.

Para elucidar o levantado pela autora insta salientar o artigo 1º do Código de Menores de 1927 “Art. 1º 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”.

Este diploma legal levantou as possibilidades daqueles que seriam tutelados pelo Código, sendo amparado somente os menores abandonados ou “delinquentes”, limitando-se assim a atuação estatal somente a aqueles que se encontravam nesta situação.

Afim de definir aqueles que estavam em situação de “abandono”, o Código por meio de seu artigo 26 foi taxativo ao elencar 8 situações possíveis. Dentre as situações se elencava desde crianças e adolescentes que não tinham aonde morar, desde a pais que contrariassem os “a moral e os bons costumes”.

Em relação aos menores “delinquentes” o código estabeleceu um sistema punitivo próprio aos infratores com idade inferior a 14 anos, conforme define o artigo 68<sup>3</sup>, definindo que estes não sofreriam nenhum tipo de processo penal e somente seriam recolhidas informações necessárias para identificar algum tipo de doença, situação social e outros fatores, para decidir que providências tomar, conforme os parágrafos<sup>4</sup> seguintes deste diploma legal.

<sup>3</sup>Art. 68. O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de, espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

<sup>4</sup>§ -1º Se o menor sofrer de qualquer forma de alienação ou deficiência mental. for epilético, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saúde precisar de cuidados especiais, a autoridade ordenará seja ele submetido no tratamento apropriado. §2º - Se o menor for abandonado, pervertido ou estiver em



Já em relação aqueles que possuíam entre 14 e 18 anos, urge salientar o artigo 86<sup>5</sup> do Código, que preceituava que nenhum adolescente poderia ser colocado em prisão comum.

Todavia, em contramão a esse entendimento, o Código entendia que para os adolescentes entre 16 e 18 anos se demonstrada sua “periculosidade” e seu estado de “perversão moral”, estaria o juiz autorizado por força do artigo 71, a aplicação do artigo 65 do Código Penal vigente na época, ou seja, aplicação de uma pena criminal de um adulto.

Não satisfeito o artigo 71<sup>6</sup> do Código de menores de 1927 ainda autorizava a aplicação de pena criminal, desde que diminuídos dois terços da reprimenda corporal, para que o adolescente cumprisse pena em um presídio separados dos adultos.

Percebe-se com isso que o Código de 1927 era antagônico consigo mesmo, entre o artigo 86 e o artigo 71, causando enorme insegurança jurídica e dando poderes imperiais ao juiz, pois ficava a cargo deste identificar os famigerados termos “periculosidade” e o “estado de perversão” dos adolescentes.

Destarte, percebe-se que o Código de Menores de 1927 trouxe muitos avanços para época, entretanto, possuía muitos anacronismos, alguns sendo corrigidos pela Código Penal que entrou em vigor em 1942, todavia, mantendo alguns anacronismos já existentes.

Dentre as evoluções do novo Código Penal estava a previsão de que aqueles menores de 18 anos não seriam mais imputáveis a lei penal, tendo essa previsão sido realizada no Decreto Lei 6.026 de novembro de 1943. Todavia, este Código Penal ainda insistia dividir os adolescentes observando-se seu grau de “periculosidade”.

---

perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua colocação em asilo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idônea por todo o tempo necessário à sua educação cotando que não ultrapasse a idade de 21 anos.

<sup>5</sup>Art. 86. Nenhum menor de 18 anos, preso por qualquer motivo ou apreendido, será recolhido a prisão comum.

<sup>6</sup>Art. 71. Si for imputado crime, considerado grave pelas circunstâncias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 anos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe aplicar o art. 65 do Código Penal, e o remeterá a um estabelecimento para condenados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão comum com separação dos condenados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu máximo legal.



Para tanto, os adolescentes considerados “perigosos”, Veronese (2015, pág. 32) seriam recolhidos em lugar adequado, até que fosse decretado, através de sentença judicial, o fim de sua periculosidade.

Nesta seara, depreende-se que o Legislador brasileiro no Código de Menores de 1927 e na reforma do Código Penal de 1940 ainda não atribuía a condição de sujeito de direitos a crianças e adolescentes.

Não diferente, o Legislador de 1979 instituiu um novo Código de Menores, através da Lei nº 6.697, agravando ainda mais a situação de crianças e adolescentes. Como explana Custódio (2009, pág. 22):

A Doutrina do Menor em Situação Irregular não representou real ruptura em relação ao modelo anterior. Ao contrário, foi configuração jurídica precisado que se almejava desde o golpe de 1964. (...) Enfim, a doutrina da situação irregular caracterizou-se pela imposição de um modelo que submetia a criança à condição de objeto, estigmatizando-a como em situação irregular, violando e restringindo seus direitos mais elementares, geralmente reduzindo-a à condição de incapaz, e onde vigorava uma prática não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas.

Neste ponto, do artigo 1<sup>7</sup> e seus incisos deste “novo” Código de Menores percebe-se os adolescentes nos quais a Lei vinha a tutelar, priorizando crianças e adolescentes em “situação irregular”.

Logo no artigo 2<sup>o</sup> continha a previsão do que seria “situação irregular”, prevendo a Lei uma série de fatores, dentre elas a ausência de condições essenciais a subsistência, omissão familiar, dentre outros.

Todavia, diferentemente do Código de 1927, no parágrafo único<sup>8</sup> do artigo primeiro, tinha expressa previsão de que as medidas deste novo Código, se aplicavam preventivamente a crianças e adolescentes mesmo que não estavam em situação irregular.

Percebe-se que este Código ainda possuía muito anacronismos que pioraram a situação de crianças e adolescentes que cometiam alguma infração. Assim como no Código de 1927 tinha o juiz poderes imperiais a tomar decisões na apuração de algum ilícito penal, como analisamos do artigo 8<sup>o</sup>:

<sup>7</sup>Art. 1<sup>o</sup> Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

<sup>8</sup>Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.



Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Ao analisar minuciosamente este diploma legal depreende-se o dizeres “prudente arbítrio”, ou seja, uma “prudência” por parte do juiz ao aplicar alguma sanção, todavia, o que queria se garantir era verdadeira punição, passando longe a assistência, proteção e vigilância da qual o artigo faz menção.

Ademais, outros instintos jurídicos eram utilizados de forma arbitrária, como uma espécie de “prisão cautelar” (prisão sem trânsito em julgado) e medidas de internação que não tinha prazo definido para finalizarem.

No que tange o primeiro instituto, este estava disciplinado no artigo 99<sup>9</sup> do Código de Menores de 1979, considerando que atribuído infração penal a alguma criança ou adolescente, este seria imediatamente encaminhando a autoridade judiciária, sem respeitar nenhuma formalidade ou critério jurídico.

Coadunando com este instituto, estava o artigo 41<sup>10</sup>, preceituando que a criança ou adolescente com desvio de conduta (conceito totalmente subjetivo ao julgador) poderiam ficar internados e privados de sua liberdade por tempo indeterminado, pelo simples fato de estar em “situação irregular”.

Ainda mais incongruente do que ficar internado sem prazo definido pela lei, estava o parágrafo segundo<sup>11</sup> do artigo 41, que autorizava a transferência de adolescentes internados a estabelecimentos prisionais com adultos, acaso não tivesse vagas disponíveis a ambientes aptos a sua recepção. Tratava-se assim de verdadeira arbitrariedade do Poder Público, violando muitos direitos fundamentais dos infantes.

Esta arbitrariedade toda buscava legitimar o direito penal para adolescentes, criando uma subespécie repressora, batizada de direito penal juvenil, querendo impor a estes o mesmo tratamento dado aos adultos.

<sup>9</sup>Art. 99. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

<sup>10</sup>Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

<sup>11</sup>§ 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incommunicabilidade.



De outro norte, Morais da Rosa (2007, pág. 13), esclarece que:

Não se precisa aproximar tanto o Direito Penal do Direito Infracional para que ele se torne garantista. Um processo infracional pode ser construído de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito Penal.

A fim de afastar essa o direito penal juvenil, chega-se na década de 1990, aonde o Brasil rompe completamente com esta ideologia e começa a tratar crianças e adolescentes com a devida tutela.

Com isto, o Código de menores é totalmente revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990. Nesta nova lei crianças e adolescentes começam a ser considerados sujeitos de direitos, garantindo a todos proteção integral, não tutelando a lei somente aqueles em “situação irregular” e “abandonados”, dentre outras idiossincrasias contidas nas legislações anteriores.

Ademais, foi garantido força constitucional<sup>12</sup> ao Direito da Criança e Adolescente, formando-se dever tripartite entre a família, sociedade e o Estado para zelar e garantir de seus direitos. Garantiu-se também que por força constitucional<sup>13</sup> a não responsabilização penal de crianças e adolescentes, sendo estes amparados somente em leis especiais.

Obedecendo a Constituição, o estatuto da criança e do adolescente diferentemente dos outros códigos de menores, preceitua que o processo penal não será de forma alguma aplicado ao processamento de apuração de ato infracional, visto que não se busca uma pena ao fim do processo e sim se busca responsabilização pedagógica e socioeducativas.

Para tanto, diferentemente das outras legislações que trataram do assunto, o Estatuto define regras claras para a apuração dos ilícitos penais cometidos por criança ou adolescente, definindo tal prática com “ato infracional<sup>14</sup>”, sendo este definido como uma conduta descrita como crime ou contravenção penal.

<sup>12</sup>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.

<sup>13</sup>Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

<sup>14</sup>Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.



Além do mais, o Estatuto tratou de definir por força do artigo segundo do Estatuto<sup>15</sup> quando a pessoa é considerada criança e quando é considerada adolescente, além de parágrafo único do artigo supra, autorizar a aplicação do Código excepcionalmente para jovens entre 18 e 21 anos, considerando estes com “menoridade relativa”, autorizando ainda no Código Penal (art. 65, inciso I), atenuante na pena em caso de condenação.

Se faz importante esta definição de criança e adolescente por parte do Estatuto para apuração dos atos infracionais, visto que criança e adolescente tem tratamento diferenciados.

Com a notícia de cometimento de ato infracional por parte de uma criança, a autoridade competente por força do artigo 105<sup>16</sup> do Estatuto deverá tomar as atitudes as medidas do artigo 101, que serão desde o encaminhamento aos pais e responsáveis, a matrícula no ensino fundamental, elencando 8 possibilidades, afim de evitar qualquer reincidência, proporcionando oportunidades para que a criança possa se desenvolver conforme prevê o Estatuto.

No que tange os atos infracionais praticados por adolescentes, estes passaram por uma apuração do ato, afim de que, restada comprovado a materialidade e a autoria, será aplicada algum tipo de medida socioeducativa, levando-se em consideração a gravidade do ato infracional, sua capacidade de realizar a medida socioeducativa ou ainda, a possibilidade de reparação do dano causado.

Para isso, o Estatuto elencou uma serie de garantias individuais a cada adolescente, diferenciando do tratamento dado aos adultos, a fim de buscar a melhor medida socioeducativa ao final da apuração do ato infracional.

Todavia, o Estatuto ainda possui algumas práticas que são contraditórias e anacrônicas em relação a Constituição Federal, que se resolvidas farão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ainda) mais democrático e com mais garantias aos adolescentes, o que se abordara no próximo capítulo.

<sup>15</sup>Art. 2º 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. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

<sup>16</sup>Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.



### **3 DAS MEDIDAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A SEREM APERFEIÇOADAS**

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha em seu horizonte natureza processual penal, ou seja, ao final do processo a busca de uma pena para aquele que cometeu um ilícito penal, não há como se negar a influência do processo penal no Estatuto, pois não se deixa de apurar a autoria e a materialidade de um delito, com aplicação de uma medida socioeducativa.

Neste ponto, há de primeiro contextualizar a natureza de nosso processo penal e a natureza das garantias processuais contidas na Constituição Federal. Em outras palavras, deve-se contextualizar se a influência do sistema acusatório e inquisitório na Constituição e no sistema penal e como isso age no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em linhas gerais, o sistema penal a vigorar em cada época da história foi influenciado pela ideologia punitiva ou libertária. Para tanto, insta reproduzir a definição de sistema inquisitório e acusatório.

No que tange o sistema inquisitório, Lopes Jr (2018, pág. 98) Assim o define:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesmo produziu.

Com este sistema as funções de acusar e julgar são indissociáveis, o que compromete toda imparcialidade do processo, violando muitos princípios, como do contraditório e ampla defesa, paridade de armas, dentre outros.

No que tange o sistema acusatório, Lopes Jr (2018, pág. 94), leciona:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (...) para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório. Cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício.



Com essas definições podemos analisar e constatar os sistemas que a Constituição e as Leis brasileiras que tratam do sistema penal adotam.

No que tange a Constituição Federal, temos que esta coaduna totalmente com o sistema acusatório, tendo amplos dispositivos como Direitos Fundamentais em espécie em favor do cidadão no sistema penal.

A título de exemplo, garanta-se na Constituição Federal o direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5, inciso LV), direito a não fazer prova contra si mesmo, ou direito ao silêncio (art. 5, inciso LXIII), bem como o direito a devido processo legal (art. 5, inciso LIV).

Todavia, nossas leis penais não estão todas de acordo com a Constituição, tendo até mesmo dispositivos antagônicos. A esse despeito temos o Código de Processo Penal que autoriza o juiz (art. 385) a condenar o acusado, mesmo que o Ministério Público tenha pedido a absolvição.

Trata-se de uma incongruência, visto que está violando a titularidade ação da ação penal que é do Ministério Público.

Já no que tange o estatuto da criança e do adolescente, este também apresenta alguns dispositivos que são de ordem inquisitorial, colocando adolescentes que supostamente cometeram algum ato infracional a mercê da arbitrariedade de órgãos estatais.

Assim sendo, ao haver a notícia de que houve algum ato infracional (art. 171, 172 ou 173 do ECA), o adolescente será imediatamente encaminhado a autoridade policial, para que se decida por duas alternativas: a liberação aos pais, ou a representação pela internação.

Obrigatoriamente, mesmo com a liberação ou internação do adolescente, este será encaminhado ao Ministério Público para sua “oitiva informal”, conforme dispõe artigo 179 do Estatuto:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o 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 com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Tal ato processual seria necessário para que o membro do Ministério Público forme sua “convicção” acerca dos fatos, para que decida acerca de três





**INOCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 179, CAPUT, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NATUREZA JURÍDICA DE MERA OITIVA INFORMAL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE NÃO CONTAMINA O PROCESSO. PRELIMINAR RECHAÇADA.** (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.066235-0, de Criciúma Relator: Des. Jorge Schaefer Martins. (Grifo nosso).

Com este julgamento, o desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina afastou a preliminar de nulidade somente pelo fato de a oitiva estar prevista no Estatuto. Todavia, este entendimento é equivocado, pois o que está escrito na lei não se isenta de ser irregular contrário a nossa Carta Magna.

Em outra oportunidade o mesmo tribunal assim se manifestou:

**ARGUIDA NULIDADE PROCESSUAL POR INCONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA INFORMAL E NÃO OBSERVÂNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO. NÃO CABIMENTO. AUDIÊNCIA DEVIDAMENTE PREVISTA NO ART. 179 DO ECA EM FAVOR DO MENOR INFRATOR. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. OITIVA DO REPRESENTADO EM AUDIÊNCIA INFORMAL QUE OCORREU SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR. LEI QUE NÃO DETERMINA A NECESSIDADE DE DEFENSOR, POR SE TRATAR DE ATO ANTERIOR À DEFLAGRAÇÃO DO PROCEDIMENTO (REPRESENTAÇÃO). DIREITO AO SILÊNCIO DO ADOLESCENTE DEVIDAMENTE OBSERVADO. PREJUÍZO, ADEMAIS, INEXISTENTE. PREFACIAL AFASTADA.** (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.053389-4, de Chapecó Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. (Grifo nosso).

Neste julgamento em específico foi levantado a questão da inconstitucionalidade e novamente a preliminar foi afastada somente com base na oitiva prevista em lei.

Por fim, um último julgamento contra majoritário:

**APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/90) - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP - PRELIMINARES - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 179 DO ECA - TESE NÃO ACOLHIDA - PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL BENÉFICO AO ADOLESCENTE - AVENTADA ILEGALIDADE DA CONFISSÃO PRESTADA NA OITIVA INFORMAL - OCORRÊNCIA - ADOLESCENTE NÃO ADVERTIDO DO DIREITO AO SILÊNCIO - AFRONTA AO ART. 5º, LXIII, DA CF - CONFISSÃO AFASTADA** (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.008329-9, de Chapecó Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva. (Grifo nosso).

Este entendimento proferido também pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina contraria a jurisprudência firmada pela corte, todavia, é um entendimento que vai ao encontro com a Constituição Federal e a tutela necessária ao Direito da Criança e do Adolescente.



Coadunando com a oitiva informal, outro procedimento do Estatuto que está em total desacordo com a Constituição é o procedimento de audiência de apresentação, previsto no artigo 184:

Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

Este famigerado artigo também viola o contraditório e ampla defesa, de forma a não realizar prova contra si mesmo, pois assim que oferecida a representação, o juiz ao proferir despacho recebendo a representação, desde logo marca audiência de apresentação, ou seja uma audiência para ser ouvido somente o adolescente, sem nenhuma testemunha ou produção de prova.

Este procedimento se faz necessário a presença de defensor, visto que será realizado em juízo. Todavia, mesmo com a presença de defensor, o interrogatório é realizado antes de realizada a instrução probatória, forçando ao adolescente falar sua versão dos fatos antes de ter provas produzidas contra si.

Este procedimento tem como base o Código de Processo Penal, entretanto, desde de 2008 o procedimento de interrogatório ao início da instrução foi revogado, garantido ao acusado adulto seu interrogatório após ouvidas as testemunhas.

Infelizmente o Legislador não optou por revogar a audiência preliminar do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo de forma indevida e contrária a Constituição.

Ressalta-se, que a qualidade da defesa é se defender, por isso é um direito (ou pelo menos deveria ser) falar depois da acusação, afim de promover a autodefesa perante o Juízo, sendo indevida a audiência de apresentação por parte do adolescente.

Além do mais, força o Juízo fazer no mínimo duas audiências, uma somente para ouvir o adolescente e outra audiência para ouvir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e a Defesa, violando a economia processual, celeridade, dentre outros, podendo ser realizada em uma única audiência, ouvindo-se o adolescente por último

Destarte, verifica-se que alguns pontos o Estatuto da Criança e do Adolescente viola garantias contidas na Constituição, dando tratamento mais duro a adolescentes do que a adultos, que Cezar Roberto Bittencourt (pág. 488) sintetiza:





Todavia, ainda que tenha criado a apuração de ato infracional, o Estatuto deixa a desejar em alguns de seus dispositivos, criando tratamento muitas vezes duros aos adolescentes.

Estes dispositivos contrariam a Constituição Federal e deixam o Estatuto com um caráter inquisitorial e infelizmente, nossos Tribunais em sua maioria legitimam estes atos processuais previstos no Estatuto.

Dentre estes atos processuais, estão a oitiva informal de Adolescente e a realização de audiência de apresentação. Estes atos violam o contrário e ampla defesa, devido processo legal e o direito a não fazer prova contra si mesmo, visto que colocam o adolescente fazer sua autodefesa antes da instrução probatória dando seus fatos sem ouvir as acusações contra si.

Desta forma, resta comprovado que a revogação destes institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente seria uma medida de garantir ainda o princípio da proteção integral a todos os adolescentes, visto que estes não podem estar a mercê do poder punitivo estatal, do contrário, devem estar amparados de políticas públicas que possibilitem seu desenvolvimento pleno.

## 5 REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Decreto nº 17.943-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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, São Paulo: 2017, 23ª edição.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018, 17ª edição.



ROSA, Alexandre Morais Da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, Primeira Câmara Criminal, Apelação do Estatuto da Criança e do Adolescente nº 2014,053389-4, julgado em 11/08/2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, Quarta Câmara Criminal, Apelação do Estatuto da Criança e do Adolescente nº 2013.066235-0, julgado em 20/03/2014.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, Segunda Câmara Criminal, Apelação do Estatuto da Criança e do Adolescente nº 2015.008329-9, julgado em 19/05/2015

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Silveira Mayra. Procedimento de apuração de ato infracional. In: VERONESE, Josiane Rosy Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.