

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

MARLETE PEREIRA DE SOUSA

RETOMADA DO PROCESSO EM QUE FOI CONCEDIDA A REMISSÃO

**SÃO LUIS-MA
2015**

MARLETE PEREIRA DE SOUSA

RETOMADA DO PROCESSO EM QUE FOI CONCEDIDA A REMISSÃO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza

SÃO LUIS
2015

Sousa, Marlete Pereira de.

Retomada do processo em que foi concedida a remissão / Marlete Pereira de Sousa. — São Luís, 2015.

58 f.

Orientador: Prof^a. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Retomada do processo. 2. Remissão extintiva. 3. Proteção integral – Infantes e adolescentes. 4. Direitos da infância e juventude. I. Título.

MARLETE PEREIRA DE SOUSA

RETOMADA DO PROCESSO EM QUE FOI CONCEDIDA A REMISSÃO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza

ORIENTADORA

EXAMINADOR 01

EXAMINADOR 02

Dedico primeiramente a Deus e à minha família, que são a minha base e meu alicerce, e especialmente a minha amada “irmã” Marina, que me ensinou a amar incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus por ter me dado saúde, força e coragem para superar as dificuldades e os percalços encontrados pelo caminho.

Ao Herbert, companheiro e amigo, por todo o incentivo moral e material para a realização deste sonho.

Agradeço também à Profa. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza pelas valiosas orientações, ensinamentos, dedicação e paciência.

Ao Dr. Murilo Guazzelli por me mostrar um lado novo do Direito que sempre repudiei.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida, contribuindo grandemente para esta fase da minha vida.

Aos amigos e colegas de turma, com os quais pude desfrutar momentos de descontração, aprendizado, motivação e amizade.

Meus sinceros agradecimentos!

Se tiveres a impressão de que es pequeno demais para poder mudar alguma coisa neste mundo, tentas dormir com um mosquito e verás quem impede o outro de dormir. (Dalai Lama).

RESUMO

O direito ao fim do processo e o respeito à coisa julgada são princípios constitucionais e garantias que devem ser respeitadas por todos, principalmente pelos aplicadores do Direito, com vistas a garantir a constitucionalidade do processo, bem como o respeito à proteção integral conferida aos infantes e adolescentes. A retomada do processo em que foi concedida a remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto, no âmbito da Infância e Juventude, constitui-se em prática usual, não importando se tal concessão se deu como forma de extinção ou suspensão processual. Observa-se que a referidos institutos são atribuídos a mesma natureza jurídica, desprezando-se as diferenças existentes entre eles. Desta feita, o adolescente em conflito com a lei tem suportado toda a carga de danos resultantes da retomada do processo. Nesse trabalho busca-se averiguar a retomada do processo em que haja sido concedida a Remissão, verificando-se a aplicabilidade e eficácia das normas voltadas para assegurar os direitos e garantias conferidos ao adolescente em conflito com a lei.

Palavras-chave: Adolescente em conflito com a lei. Remissão. Retomada do processo. Proteção integral. Inviabilidade.

ABSTRACT

The right to the end of the process and respect for res judicata are constitutional principles and guarantees that must be respected by all, especially by the enforcers of law, in order to ensure process constitutionality and respect for full protection given to infants and adolescents. The resumption of the process in which it was granted remission combined with socio-educational measures in freedom under the Children and Youth, is in common practice, whether such grant was given as a form of extinction or procedural suspension. It is observed that these institutes are assigned the same legal nature, disregarding differences between them. This time, the adolescents in conflict with the law has supported all cargo damage resulting from the resumption of the process. In this work we seek to ascertain the resumption of the process in which has been granted the remission, verifying the applicability and effectiveness of the rules aimed at ensuring the rights and guarantees granted to adolescents in conflict with the law.

Keywords: Adolescents in conflict with the law. Remission. Resumption of the process. Full protection. Infeasibility.

LISTAS DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

ECA – Estatuto Da Criança E Do Adolescente

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

FEBEM – Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

MA – Maranhão

MP – Ministério Público

MSE – Medida Socioeducativa

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organizações Não Governamental

ONU - Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/DF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJ/MA – Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

TJ/PR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJ/SC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	16
2.1	Da Indiferença à Proteção Integral	17
2.1.1	O sistema de proteção internacional	17
2.2	Situação irregular	19
2.3	Proteção integral	20
3	PRINCIPIOS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E JUVENTUDE	22
3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	22
3.2	Princípio da Prioridade Absoluta.....	23
3.3	Princípio do superior interesse	24
3.4	Princípio da cooperação	24
4	O PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	26
4.1	Remissão: Conceito, natureza jurídica, requisitos e efeitos	28
4.1.1	Remissão ministerial	30
4.1.2	Possibilidade de Cumulação com MSE.....	30
4.1.3	Remissão judicial.....	33
4.1.4	Remissão cumulada com medida socioeducativa: suspensiva e extintiva	34
5	RETOMADA DO PROCESSO POR DESCUMPRIMENTO DE MSE CUMULADA COM REMISSÃO PROCESSUAL	36
5.1	Retomada do processo em que foi concedida a remissão como forma de extinção processual	36
5.2	Retomada do processo em que foi aplicada a remissão como forma de suspensão 37	
5.2.1	Retomada do processo de ofício	39
5.3	Obrigatoriedade de observância ao Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa	43
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A retomada do processo em que foi concedida a remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto, no âmbito da Infância e Juventude, constitui-se em prática usual, não importando se tal concessão se deu como forma de extinção ou suspensão processual.

Observa-se que a estes institutos costuma se atribuir a mesma natureza jurídica, desprezando-se as diferenças existentes entre eles.

É que a remissão, a exemplo do processo penal, pode ser aplicada cumulativamente com uma medida socioeducativa, que se torna uma espécie de condição a ser cumprida. Pode-se afirmar que corresponde a uma espécie de perdão e decorre da transação penal entre o poder judiciário e o adolescente com a participação do Ministério Público.

Quando a remissão concedida é como forma de suspensão fica subtendido que o processo fica estante, pendente de cumprimento ou não da medida socioeducativa. Assim, se o beneficiado cumpre a medida imposta o processo se extingue por cumprimento. No entanto se por motivo injustificado o adolescente não cumpre a medida o processo é retomado.

Já a remissão como forma de extinção extingue o processo desde o momento da concessão do benefício, ainda que seja aplicada cumulativamente uma medida socioeducativa em meio aberto. Assim, claro e evidente a impossibilidade de retomada do processo extinto.

Ressalte-se que mesmo que o adolescente não cumpra a medida cumulada com a remissão extintiva, este não poderá ser retomado, sob pena de violação de direitos fundamentais e processuais, tais como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

O grande problema é que há grande dificuldade em se diferenciar os dois institutos. Dai, tem-se como resultado que tanto a autoridade judiciária quanto o Ministério Público costumam dispensar o mesmo tratamento a ambos os institutos, atribuindo-lhes a mesma natureza jurídica. Desta feita, muitos processos estão sendo retomados sem a devida observância das garantias processuais, resultando em graves prejuízos, principalmente para o adolescente.

E não é só, nossos tribunais também vêm compactuando com esta prática repulsiva, ainda que de forma omissiva, sob o argumento de que o tema é questão ainda não pacificada.

Desta feita, enquanto o tema exposto continuar pendente de uma solução efetiva que impeça a retomada do processo extinto, o adolescente em conflito com a lei suportará toda a carga de danos resultantes da ilegalidade decorrente de sua retomada.

O direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa são princípios constitucionais e garantias que devem ser respeitadas por todos, principalmente pelos aplicadores do Direito, com vistas a garantir a constitucionalidade do processo, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse trabalho busca-se averiguar a retomada do processo em que haja sido concedida a Remissão processual, através da verificação da aplicabilidade e eficácia das normas voltadas para assegurar os direitos e garantias conferidos ao adolescente em conflito com a lei.

Convém mencionar, que este estudo será delimitado e dirigido para discutir e analisar apenas a situação já exposta acima, referente ao adolescente, não abrangendo, portanto, crianças.

Ante a proposta apresentada, verifica-se a necessidade de debates acerca do tema envolvendo a sociedade, doutrinadores e principalmente os aplicadores do direito, com vistas a dirimir definitivamente os embates jurídicos em torno da remissão processual.

Somente a conscientização da necessidade de combate a tais práticas, irá, efetivamente, resguardar e garantir a observância aos princípios processuais constitucionais conferidos ao adolescente em conflito com a lei.

Quanto aos objetivos específicos a serem alcançados são os seguintes:

- Discutir a evolução dos direitos da infância e da juventude, bem como o conteúdo do direito à segurança jurídica e a coisa julgada;
- Discutir os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente;
- Analisar a retomada do processo em que foi concedida a Remissão processual no âmbito da infância e juventude.

Quanto aos objetivos específicos a serem alcançados serão: discutir a evolução dos direitos da infância e da juventude, bem como o conteúdo do direito à segurança jurídica e a coisa julgada; discutir os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente; e, analisar a retomada do processo em que foi concedida a Remissão processual no âmbito da infância e juventude.

O método a ser utilizado será o indutivo, que na definição de Lakatos e Marconi (2003, p. 86) corresponde a:

[...] um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

As técnicas básicas de pesquisa serão a bibliográfica e a documental, desenvolvidas a partir de livros e artigos científicos, mas também de artigos de jornais e revistas dirigidos ao público em geral.

Menciona-se que a pesquisa documental é uma vertente específica da pesquisa bibliográfica e consistente no estudo de documentos pertinentes, como leis, repertório de jurisprudência, sentenças e acórdãos, contratos, anais legislativos, pareceres.

A estrutura será organizada em capítulos, somando-se no total de 4.

Iniciando a pesquisa, já no primeiro capítulo, serão expostas e analisadas as acepções históricas acerca do direito da infância e da juventude. Assim, será feita uma retrospectiva histórica considerando vários tratados e convenções internacionais, bem como algumas leis brasileiras. Ressalta-se que o estudo se dará sob a óptica da dignidade humana.

Ato contínuo, no segundo capítulo, far-se-á uma breve explanação acerca das teorias da doutrinas da indiferença e da proteção integral, abordando também os princípios de proteção à criança e ao adolescente, instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No terceiro capítulo será feita a análise do processo no âmbito da infância e juventude. Neste capítulo também será feita uma análise da remissão, evidenciando-se sua natureza jurídica e especificidades, tipos, requisitos para concessão e legitimados.

Finalmente, no quarto capítulo será feita uma análise da retomada do processo em que foi concedida, ao adolescente em conflito com a lei, remissão processual. Este é o capítulo que será dedicada mais atenção, haja vista ser o objeto principal desta monografia.

Neste capítulo, será discutida a possibilidade de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como da coisa julgada, celeridade e economia processual e a suposta Impossibilidade de tal retomada de processo em face de extinção processual.

Sintetizando, este trabalho tem como objetivo analisar a retomada do processo em que foi concedida a remissão ao adolescente em conflito com a lei, do ponto de vista da constitucionalidade. A título de conclusão, serão apresentadas, ao final, algumas considerações acerca dos temas expostos, espera-se que referido estudo contribua para o desenvolvimento da ciência do Direito.

2 EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Quando dispensamos um olhar mais demorado ao longo da evolução dos direitos humanos, é fácil perceber o tratamento dispensado a Criança e ao adolescente. Há relatos de variados tipos de violação dos seus direitos, evidenciando que sempre foram vítimas, tanto por parte dos Estados como da sociedade e até mesmo da própria família.

A propósito, Silveira (2011, p. 11), leciona que “a violência contra a infanto-adolescência remonta a séculos de silêncio sobre normas protetivas e há anos de regras repressivas”.

Criança e adolescente, durante muitos séculos viveram sem qualquer tipo de proteção e só recentemente foram reconhecidas como sujeitos de direitos e portanto merecedores de proteção.

Vale ressaltar, que referidos sujeitos eram objeto de direito, ou seja, eram considerados uma coisa, uma propriedade de seus pais.

Silva, ao escrever o texto “Adolescente em conflito com a lei no Brasil”, publicado na Revista Brasileira de História & Ciências Sociais, evidencia como infantes e adolescentes vêm sendo maltratados ao longo dos tempos e sendo vítimas de variados tipos de violência física, psicológica e social, senão vejamos:

[...] durante muitos anos milhares de crianças e adolescentes foram considerados objetos de tutela por parte dos órgãos governamentais, situações que permitiram a muitos deles sofrerem constantes violações dos direitos humanos. As conseqüências perversas das políticas públicas predominantemente repressivas engendraram descontinuidades nos processos de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dessas crianças e jovens socialmente excluídos e marginalizados. (SILVA, 2011, p. 10)

Corroborando com o exposto, Sousa (2014, p. 13), destaca que crianças e adolescentes “chegavam até sofrer equiparação com as mulheres e escravos, sendo submetidos a trabalhos forçados, à violência, humilhação, maus tratos e escravidão”, e continua, afirmando que “não possuíam direitos, muito menos eram consideradas pessoas em desenvolvimento, físico, mental, psíquico, emocional, moral, simplesmente não possuíam garantia alguma de dignidade”.

2.1 Da Indiferença à Proteção Integral

O tratamento dispensado à crianças e adolescentes no Brasil não era diferente, tanto que muitos estudiosos definiram a evolução de seus direitos em fases, quais sejam: da indiferença, da situação irregular e da proteção integral.

A propósito, vejamos a opinião de Guazzelli (2014, p. 30), *in verbis*:

Basicamente existem duas doutrinas acerca da proteção “menorista”. A Primeira conhecida como Doutrina da Situação Irregular; a segunda, Doutrina da Proteção Integral. Entretanto, costuma-se afirmar que a proteção especial teve uma fase prévia de indiferença, em que o tratamento era praticamente o mesmo dado aos adultos, inclusive no tocante ao descaso quanto à adequação dos estabelecimentos prisionais.

Por outro lado, Rossato (2013), ao ministrar o curso “direito da criança e do adolescente” menciona quatro fases a saber:

- a) Fase da absoluta indiferença; não era dispensada qualquer atenção para a criança, sendo tratadas da mesma forma que o adulto.
- b) Fase da mera imputação criminal; havia uma preocupação por parte do Estado em coibir a prática de ilícitos por menores e a pena aplicada era reduzida em comparação com o adulto.
- c) Fase tutelar; caracterizada pela edição do código de Melo Matos (1927) e o código de Menores (1979). Nesta fase houve a concessão, por parte de Estado, de poderes para o adulto promover a integração sociofamiliar.
- d) Fase da proteção integral.

Considerando as fases apresentadas, demonstrar-se-á como ocorreu a evolução dos direitos da criança e do adolescente no plano internacional.

2.1.1 O sistema de proteção internacional

O sistema de proteção internacional deve ser analisado sob ótica dos direitos humanos, pois muito embora alguns dispositivos de proteção sejam específicos para determinados grupos de pessoas, dada sua condição de vulnerável, a maioria é genérica, ou seja, dirigida a todas as pessoas, dada sua condição própria de ser humano.

Assim, far-se-á menção apenas a alguns tratados e convenções considerados relevantes para este trabalho monográfico.

Dentre os mais importantes documentos que contribuíram para a concretização dos direitos da criança e do adolescente pode-se citar os seguintes:

a) As duas Convenções internacionais da OIT (Organização Internacional do Trabalho), aprovadas no ano de 1919. Ambas as convenções são documentos de estimada relevância para o direito da criança e do adolescente, pois, muito embora não tenham discutido aspectos inerentes ao tratamento da criança como objeto de proteção e não sujeito de direitos, voltaram-se para a questão do trabalho infantil, dispendo sobre a idade mínima para o trabalho na indústria, bem como as proibições e condições do trabalho infantil em determinadas condições.

b) A Declaração de Genebra sobre direitos da criança, aprovada em 1924. Este documento é considerado o primeiro de caráter amplo e genérico voltado à infância.

Fortemente influenciado pelas consequências da Segunda Guerra Mundial, principalmente porque resultou em milhares de crianças órfãs, a Declaração de Genebra trouxe o reconhecimento de sua vulnerabilidade, embora a criança ainda era objeto e não sujeito de direitos.

c) A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada no ano de 1959. Este documento foi diretamente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948.

Rossato (2013), ao ministrar o curso “direito da criança e do adolescente”, assevera que a Declaração dos Direitos da Criança consiste numa complementação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e que aquele documento alterou o velho paradigma da criança como objeto, que com a declaração, passa a ser sujeito de direitos.

Ressalta ainda o autor que, ambos os documentos por serem meramente declaratórios apresentaram um sério problema, qual seja a falta de caráter cogente, ou seja não produzia qualquer eficácia, uma vez que não era norma.

d) A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, aprovada no ano de 1989. Este documento, segundo Rego (2014, p. 44/45), resultou no “reconhecimento internacional de que crianças e adolescentes são titulares de direito”.

No mesmo sentido, é a manifestação de Scolari e Oliveira (2014, p. 01), para quem:

As crianças e adolescentes passaram a ser consideradas como sujeitos de direito apenas com a Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos das Crianças que ocorreu no ano de 1989, refletindo no advento da Doutrina da Proteção Integral e no Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil no ano de 1990.

Tal convenção previu vários direitos, bem como acolheu a concepção de desenvolvimento integral da criança e fez menção ao princípio do superior interesse da criança como de observância obrigatória.

Mister mencionar, ainda, que este importante documento trouxe uma definição para criança (toda pessoa com idade entre 0 e 18 anos), embora não tenha feito menção a adolescente.

Guazzelli (2014, p. 32), menciona outros tratados e convenções que também contribuíram para a efetivação da Doutrina da Proteção Integral, especialmente o tratado de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (regras de Beijing) e o tratado de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (diretrizes de Riad).

Como se vê, tais documentos contribuíram grandemente para a evolução dos direitos da criança e do adolescente, não apenas no Brasil, mas em todas as nações do mundo, que finalmente reconheceram sua condição de vulnerabilidade, de sujeitos que precisam de proteção.

2.2 Situação irregular

O direito da criança e do adolescente foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou a doutrina da proteção integral, consolidada com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vigia antes o direito do menor ou menorista, consubstanciado primeiramente no Código de Melo Matos de 1927 e posteriormente Código de Menores de 1979. Segundo Rossato (2013), o direito do menor baseava-se na doutrina da situação irregular, em que o menor era um objeto de proteção. Assim, o Estado e a família podiam fazer com ele o que entendessem ser o mais adequado para sua proteção.

O problema é que o Estado, em nome dessa “proteção”, usando de arbitrariedade cerceava a liberdade de crianças e adolescentes, simplesmente por se encontrar em situação irregular. E mais, tendo em vista a condição de objeto de proteção, crianças e adolescentes tinha seus direitos violados, não havia respeito a suas pessoas, não lhe eram resguardadas quaisquer garantias processuais.

Ressalta-se, que eram várias as condições que caracterizavam a situação irregular. No entanto, as principais eram abandono, orfandade e infratores. Assim, bastava a criança ser órfã ou está em situação de rua, que já configurava a situação irregular, apta a ensejar a ação estatal no sentido de recolhê-la e abriga-la, para sua própria proteção, em instituições como a extinta FEBEM.

Como se vê, criança e adolescente:

[...] era apenas considerado um mero infrator, isto é, um menor em situação de risco, sem qualquer tipo de capacidade e objeto de proteção para seu próprio bem. Sequer se falava em defesa técnica, ampla defesa, etc, muito embora sua ausência de capacidade não o eximisse de sofrer as sanções impostas.” (GUAZZELLI, 2014, p. 31)

Na verdade, o Código de Menores contribuiu para a violação de direitos, uma vez que possibilitou a repressão e abuso de poder por parte dos magistrados em face da criança e do adolescente. Pois aqueles, corriqueiramente e de forma discricionária, excediam-se na aplicação de medidas com vistas a coibir condutas praticadas por menores. Dessa discricionariiedade resultava a violação dos direitos da criança e do adolescente que, não raramente eram punidos com medidas demasiadamente severas, muitas vezes até mesmo sem cometer qualquer conduta tipificada como delituosa.

2.3 Proteção integral

Com a Doutrina da proteção integral consagrada pela CRFB e consolidada pelo ECA, crianças e adolescentes deixam a condição de mero objeto de proteção, passando a sujeito de direitos, com os mesmos direitos dos adultos.

E mais, fica também consolidada a ideia de que, criança e adolescente, além de sujeitos de direitos, são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, ou seja, em condições de vulnerabilidade, e por isso, merecedoras de proteção.

Tal vulnerabilidade decorre da própria condição de ser criança. Na opinião do mestre Rossato (2013), não se pode considerar que criança e adolescente se encontrem em igualdade de condições com o adulto, pois não possui sua personalidade desenvolvida em completude. Assim, é preciso o reconhecimento dessa desigualdade a fim de se evitar desrespeito de seus direitos.

Aliás, o reconhecimento dessa diferença possibilitou igualar os desiguais. Assim, visando promover o respeito à proteção integral, o ECA instituiu técnicas e medidas com

vistas a garantir e assegurar o respeito aos direitos da criança e do adolescente, atribuindo a responsabilidade de observância de sua efetivação ao Estado, à sociedade e à família.

À propósito, lecionam Lopes e Ferreira (2010, p. 73), que:

O Estado Brasileiro ratificou a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e em 1988 promulgou a Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, que introduziu no ordenamento jurídico o compromisso firmado neste tratado, instituindo os princípios da prevalência absoluta dos interesses dos menores, da proteção integral, da cooperação, da brevidade, da excepcionalidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Posteriormente, em 1990, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança e inseriu no ordenamento jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que veio **promover a efetividade de tais princípios para a plena garantia do desenvolvimento dos menores.** (grifo nosso),

No mesmo sentido, é o entendimento de Saraiva (2002, p. 15), para quem:

O atendimento diferenciado, respeitada esta condição especial, é conceito universal, estampado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em toda a normativa internacional que trata da matéria. O conjunto desta normativa resulta na chamada Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança, contemplando, além da Convenção, As Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil. Este corpo de legislação internacional tem força de lei interna para os países signatários, entre os quais o Brasil.

Sousa (2014 p. 19) ao escrever o texto a Ineficácia das medidas socioeducativas e o princípio da coculpabilidade, ressalta que:

O nosso País ao deixar a doutrina da situação irregular e passando a instituir a Doutrina da Proteção Integral, trouxe consigo expectativas e reconhecimento ao então “menor”, que agora deverá ser amparado de forma integral e absoluta, levando em consideração o respeito sua peculiar condição especial de pessoa em desenvolvimento, elevando-se a categoria jurídica de sujeito de direitos.

Vale ressaltar, que com a implementação da Doutrina da Proteção Integral foram instituídos no ordenamento jurídico pátrio inúmeros princípios visando resguardar os direitos da infância e juventude, a seguir expostos.

3 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E JUVENTUDE

A promulgação da CFRB foi o marco inicial para o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, pois seu texto trouxe inovações de proteção e garantia de efetividade de direitos, que foram ressaltadas com a edição e publicação do Estatuto Menorista. Tais princípios e garantias não são taxativos, mas meramente exemplificativos.

Isto posto, serão apresentados alguns princípios, considerados de impar relevância para este trabalho.

Barroso (2011, p. 23), conceitua princípios como “a verdade básica e imutável de uma ciência, funcionando como pilares fundamentais da construção de todo o estudo doutrinário”.

Por outro lado, Sousa (2014, p. 19), inspirada em FULEM, DEZEM e MARTINS, destaca que:

Com o advento da Constituição de 1988 e posteriormente do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou-se um novo modelo jurídico de jovens em conflito com a lei, onde tais princípios permitem também uma melhor aplicação da matéria especialmente quando se levam em conta as regras para interpretação da matéria envolvendo criança e adolescente dispostas no art. 6º do ECA.

E continua a autora, afirmando que:

Os princípios têm a finalidade de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente com normas protetivas diferenciadoras das aplicadas aos adultos, do qual são embasadas na Constituição e consignados pelo ECA, conferindo-lhes uma proteção integral e prioridade absoluta. (SOUSA; 2014, p. 19)

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

“O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se insculpido no art. 1º, III da Constituição federal como forma de constituir o Estado democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”. (LIMA; 2014, p. 4)

Desta forma, a dignidade humana trata da garantia dos direitos básicos do mínimo existencial que são inerentes à pessoa humana e, portanto constitui o basilar dos princípios fundados no então Estado democrático de Direito.

3.2 Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio da Prioridade Absoluta foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela atual Constituição Federal. A propósito, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem **com absoluta prioridade**, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por outro lado, não se dando por satisfeito e tencionando não gerar dúvidas quanto ao alcance da prioridade absoluta, o legislador também inseriu no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio da prioridade absoluta.

Senão, vejamos:

ECA, art. 4º.é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Silveira, (2014, p. 01), em referência à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, lembra que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Segundo Rossato (2013), crianças e adolescentes possuem todos os direitos conferidos ao adulto, além de outros. O que por certo pode ser constatado com a leitura do artigo 3º da lei menorista, *in litteris*:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ao discorrer acerca da prioridade absoluta, Fonseca (2012, p.19), arremata dizendo que:

A prioridade absoluta vincula a família, os administradores, os governantes em geral, os legisladores em suas esferas de competência, os magistrados da Infância e da Juventude, os membros do Ministério Público, os Conselheiros tutelares, bem como as demais organizações.

Desta forma, o Estado em ação conjunta com a sociedade e a família, são os responsáveis pela garantia da observância do princípio da prioridade absoluta.

3.3 Princípio do superior interesse

Por superior interesse da criança, subtede-se ser sempre e em primeiro lugar, o melhor interesse da criança e do adolescente.

A respeito desse tema, o mestre Rossato (2013), leciona que o melhor interesse é aquele que, considerando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a proteção integral, respeita todos os direitos e garantias da criança e do adolescente, visando sempre o seu bem estar maior.

Tal princípio decorre da proteção integral e é consequência do princípio da prioridade absoluta. Neste diapasão, acertada é a opinião de Barros (2010, p. 14), ao afirmar que:

Guarda ligação com a doutrina da proteção integral o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito - leia-se advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz - deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, que de maior concretude aos direitos fundamentais do jovem.

Os mestres Diácomo e Diácomo (2013, p. 173), asseveram que “o princípio do *“superior interesse da criança”* é consagrado pela normativa internacional e há muito vem sendo invocado quando da aplicação de medidas de proteção a crianças e adolescentes”.

3.4 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação é complementar do princípio da prioridade absoluta e consubstancia-se no dever de cooperação entre Estado, família e sociedade, visando resguardar e proteger os direitos da infância.

Não se deve olvidar que, muito embora, a responsabilidade de observância das garantias dos direitos da criança e do adolescente seja compartilhada entre o Estado, a

sociedade e a família, é o Estado que detém os recursos, os meios e o poder para fazer concretizá-los.

Barros (2010, p. 17), leciona, a título de exemplo, como deve ser aplicado o princípio na prática, indicando a parcela de responsabilidade de cada seguimento do Estado. Senão vejamos:

Em relação ao atendimento pelo Poder Público dessas prioridades - mormente quanto a formulação e execução de políticas públicas ("c") e destinação de recursos públicos {"d") - comumente se diz que a fiscalização deve ser exercida pelo Ministério Público (art. 129, li). No entanto, parece-nos que essa função compete também a Defensoria Pública, pois as políticas públicas são dirigidas principalmente ao atendimento da população de baixa renda. Atualmente a Defensoria Pública tem plena legitimidade para propositura de Ação Civil Pública para buscar a tutela coletiva dos necessitados (art. 52, Lei 7.347/85), poderoso instrumento de correção de desvios na atuação do Poder Público. Além disso, o Poder Legislativo também exerce importante função fiscalizadora, na medida em que é responsável pela aprovação de orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias. Por fim, a sociedade civil - ONG's, entidades filantrópicas, associações, imprensa etc. - não deve deixar de cobrar dos governantes uma atuação efetiva na proteção da criança e do adolescente.

Assim, a parcela de responsabilidade maior é do Estado que deverá desenvolver e implementar políticas públicas, no sentido de fazer valer os direitos da infância e juventude.

4 O PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

O processo no âmbito da justiça juvenil denomina-se ação socioeducativa e inicia-se com a representação ofertada pelo representante do Ministério Público, sendo seu objetivo a apuração do ato infracional, que poderá resultar na aplicação de medida de socioeducativa.

Convém mencionar que há divergência doutrinária quanto a natureza jurídica da medida socioeducativa. Alguns doutrinadores entendem que tal medida não tem caráter retributivo, como ocorre no direito penal, mas meramente educativo, uma vez que se busca conscientizar o adolescente acerca do mal decorrente da prática do ato infracional a fim de que não volte a praticá-lo.

Para os defensores dessa teoria, o adolescente não pratica crime, mas ato infracional, sujeitando-se a aplicação de medida socioeducativa, ou seja, visando unicamente sua educação.

Acerca do tema, Riezo (2000, p. 10), citando o artigo 103, do ECA, assevera que “o adolescente, por inimputável, não comete crime ou contravenção penal, mas ato infracional, definido pelo legislador como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, além disso, para o ilustre autor “a conduta é a mesma. O que muda, apenas, é o posicionamento da sociedade frente à essa conduta, posto que considera o adolescente imaturo para compreender toda a dimensão do ato praticado e, por isso, o repreende com menor rigor”

Pertinente trazer à baila a opinião de Digiácomo e Digiácomo (2010, p. 14), para quem:

[...] as medidas socioeducativas têm um caráter preponderantemente *pedagógico*, com preocupação única de *educar* o adolescente acusado da prática de ato infracional, evitando sua reincidência. Como o ato infracional não é crime e a medida socioeducativa não é pena, incabível fazer qualquer correlação entre a quantidade ou qualidade (se reclusão ou detenção) de pena *in abstracto* prevista para o imputável que pratica o crime e a medida socioeducativa destinada ao adolescente que pratica a mesma conduta, até porque *inexiste qualquer prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida a ser aplicada*, nada impedindo - e sendo mesmo preferível, na forma da Lei e da Constituição Federal - que um ato infracional de natureza grave receba medidas socioeducativas em meio aberto.

E arremata Rufato (2011, p. 1), afirmando que:

Tais medidas, cujo caráter é essencialmente educativo, pedagógico e ressocializador, estão previstas no artigo 112 da Lei n.º 8.069/90, indo, desde a branda advertência, destinada a infrações de pequena gravidade, até a drástica e excepcional internação, medida privativa de liberdade que deve ser aplicada somente em casos graves, de violência ou grave ameaça à pessoa (homicídio e roubo, por exemplo), ou quando

houver reiteração no cometimento de outras infrações (uma série de furtos, por exemplo, colocando em risco a ordem social numa pacata cidade do interior).

Em contrapartida, a posição mais aceita atualmente pelos doutrinadores, é no sentido de que a medida socioeducativa possui caráter de sanção.

Os mestres Rossato, Lépoire e Sanches (2014, p. 354), defendem um posicionamento no sentido de que a medida socioeducativa, embora apresentem caráter pedagógico, é revestida “também de caráter sancionador”.

No mesmo sentido é a lição de Saraiva (2009, p. 95-96), entendendo que o ECA ao instituir o direito pena Juvenil:

Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributiva em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.

Inclusive, há quem adote posição mais radical, no sentido de equiparar a medida socioeducativa ao mesmo patamar de igualdade que a pena do Direito Penal, em nada diferindo dela.

Barbosa (2009, p. 15), ensina que:

A medida socioeducativa em nada difere da pena criminal, uma vez que ambas correspondem à resposta unilateral e obrigatória do Estado diante da configuração de um ato típico, ilícito e inaceitável no meio social. Já no tocante à esfera instrumental da medida, não se nega que a pena decorrente da prática de crime também possui o seu caráter ressocializante. Inobstante isso, em razão da situação do adolescente de pessoa que se encontra em fase precípua de desenvolvimento, o caráter pedagógico da intervenção estatal deverá ser para ele mais evidente, à vista das maiores possibilidades de reformulação dos seus valores e virtudes.

Cumprе ressaltar, que a jurisprudência superior é farta sobre este tema, vejamos alguns julgados emanados pelo Superior Tribunal de Justiça, todos sem grifos originais, *ad littera*:

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. 1. As medidas sócio-educativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores.

(STJ - REsp: 171080 MS 1998/0025740-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 21/02/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.04.2002 p. 266. (grifo nosso)

Em contribuição Liberati (2010, p. 122), diz que “a natureza jurídica é impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógico-educativa”.

Segundo Ishida:

O direito de aplicação da medida socioeducativa é essencialmente infracional e não penal juvenil. [...] Não se pode aqui mesclar norma legal com prática para se construir uma verdadeira corrente doutrinária de pensamento. A utilização de princípios processuais penais se revela necessária não pelo caráter punitivo da medida, mas essencialmente pela semelhança do procedimento menorista (2011, p. 220)

Salienta-se que, antes da aplicação de qualquer das medidas socioeducativas previstas no II ao VI do art.112 do ECA deverá haver a apuração da prática de ato infracional, respeitando o devido processo legal, uma vez que se pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e materialidade da infração (art.114, Caput, do ECA).

Isto posto, passa-se agora a tratar da remissão.

4.1 Remissão: Conceito, natureza jurídica, requisitos e efeitos

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu em seus artigos 126 e seguintes o instituto da remissão, que poderá ser aplicada pelo Ministério Público e pela autoridade judiciária, desde que avaliadas as condições especificadas na legislação menorista.

Acerca da natureza jurídica da remissão, há divergência doutrinária. Alguns doutrinadores entendem tratar-se de perdão, outros entendem tratar-se de procedimento diferenciado, que em nada se assemelha com a natureza de perdão.

À propósito, vejamos a opinião de BARROS (2010, p. 188), para quem a remissão corresponde a:

Um perdão dado ao adolescente. Se concedido antes de propositura da demanda, e feito pelo Ministério Público e acarreta a exclusão do processo (art. 126). Se o processo de apuração de ato infracional já tiver sido iniciado, a remissão é feita pela autoridade judiciária e implica em suspensão ou extinção do processo.

No mesmo sentido é o entendimento de Riezo (2000, p. 14), para quem “a remissão “consiste no perdão ao adolescente, quando verificado que ele, por si mesmo, emendou-se, dando mostras que não mais irá cometer infrações”.

De outra parte, Rossato (2013), leciona que a remissão, desde sua implementação pelo Estatuto Menorista, sempre foi mal interpretada, uma vez que há uma tendência em se comparar com o perdão judicial.

Segundo o autor, a origem etimológica do instituto vem da expressão "*remissio*", "*remittere*", que significa remeter o caso para fora do sistema judiciário. Assim, não se trata de remissão perdão, significando adoção de procedimento diferenciado ou diverso.

Fora isso, convém mencionar que o ECA previu que a remissão pudesse ser concedida por duas autoridades distintas em ocasiões diversas.

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo

Ademais, os requisitos para a concessão da remissão estão dispostos no caput do artigo 126 do ECA, *in verbis*:

[...] atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Com relação aos efeitos decorrentes da concessão da remissão, ressalta-se que sua aplicação não implica no reconhecimento da responsabilização do adolescente e tampouco gera reincidência.

Não implica a responsabilização do adolescente, porque sequer houve a apuração do ato infracional. E muito embora seja comum a concessão de remissão após a oitiva do adolescente, ainda que este confesse a prática do ato ilícito, a interrupção do curso do processo impossibilita a responsabilização, sob pena de violação do devido processo legal, ampla defesa e contraditória.

Por outro lado, leciona Riezo (2000, p. 14), afirmando que:

[...] apesar da lei dizer que a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, não há como negar que quando ela se faz acompanhar da aplicação de medida sócio-educativa o Promotor de Justiça e o Juiz da Infância e Juventude extraíram do conjunto probatório até

então recolhido que o adolescente merece uma reprimenda, isto é, alguma culpa tem. Caso contrário, não receberia qualquer medida.

Pelas mesmas razões não poderá gerar reincidência.

4.1.1 Remissão ministerial

Ishida (2011, p. 256-257), define a remissão ministerial como:

O perdão feito pelo Promotor de Justiça ao adolescente infrator de natureza administrativa. Trata referida norma de verdadeira manifestação da soberania do Ministério Público, pois pode o *Parquet* decidir pela aplicação da medida. Assemelha-se *in casu* a *opinio delicti* desenvolvida nos inquéritos policiais na hipótese de transação do art. 76 da Lei nº 9.099/95. É forma de exclusão do processo, e exige homologação pelo juiz menorista.

A remissão ministerial é também conhecida como pré- processual ou extrajudicial e sempre importará na exclusão processual. Assim, uma vez concedido o benefício, o Ministério Público ficará impedido de oferecer a representação do adolescente.

O Estatuto menorista preconiza em seu artigo 126 que o Ministério Público é legitimado para, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, conceder a remissão, que deverá ser homologada pelo magistrado.

Assim, após a oitiva informal do adolescente, o promotor poderá, de acordo com o seu entender, requerer o arquivamento do procedimento administrativo, conceder a remissão como forma de exclusão processual ou, ainda, oferecer a representação. Em todo caso, a prática de qualquer dos atos citados está sujeita ao controle judicial, sendo de responsabilidade da autoridade judiciária proceder sua homologação.

Como se vê, a natureza jurídica da remissão ministerial é de ato meramente administrativo.

De outra parte, caso o juiz entenda não ser o caso de arquivamento ou remissão, deverá, nos termos do artigo 181, parágrafo 2, remeter os autos para o Procurador Geral da República, para as devidas providências.

4.1.2 Possibilidade de Cumulação com MSE

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação de medida socioeducativa em sede de remissão ministerial.

Parte, minoritária, da doutrina entende não ser possível a aplicação de medida socioeducativa – MSE pelo membro do Parquet. Esta corrente entende que o benefício concedido não admite a cumulação com medida socioeducativa, uma vez que a lei não autorizou ao órgão ministerial esta possibilidade, sendo a natureza da remissão ministerial meramente de ato administrativo, necessitando de posterior homologação judicial, conforme disposto no ECA, *litteratim*:

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º. Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º. Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

Os adeptos desta corrente entendem, que, em face da ausência do devido processo legal, inviabilizando a apuração de autoria e materialidade do ato delitivo, que resultaria na responsabilização do adolescente, impossibilita a aplicação de qualquer medida.

Assim, ainda que o adolescente confesse a autoria do ato infracional, é inviável a aplicação de medida socioeducativa, uma vez que o ECA prevê a necessidade de verificação da prática do ato infracional, como fundamento para sua aplicação.

Senão, vejamos:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (grifo nosso)

Neste diapasão, permitir que o membro do Ministério Público aplique MSE, seria aceitar que este usurpasse de prerrogativa exclusiva do magistrado, o que incute, por certo, em inconstitucionalidade.

Hernalsteens (2013, p. 1), leciona que a remissão ministerial implicará o:

Não oferecimento de representação pelo *Parquet*, portanto, figura-se no mínimo irrazoável a imposição de uma medida socioeducativa sem o devido processo legal, ainda que haja homologação judicial, pois, mesmo que se alegue o seu caráter educativo, a imposição de medida dessa natureza, evidentemente, restringe direitos do adolescente.

E continua a Autora (op. cit, p. 1), afirmando que:

[...] se a qualquer pessoa a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso LIV, o direito fundamental a um processo justo, não se pode restringir referida garantia de um adolescente, que, inclusive, poderia ser inocentado na hipótese de iniciado o procedimento legal para a apuração da prática de ato infracional. Portanto, a exclusão do processo deve ser mais benéfica ao adolescente, devendo a remissão, nessa fase, ser pura e simples, isto é, sem cumulação com qualquer outra medida socioeducativa.

Em contrapartida, há doutrinadores, Rossato, por exemplo, que admitem a possibilidade de aplicação de MSE pelo Ministério Público em sede de remissão pré-processual ou ministerial.

Os adeptos desta corrente entendem que, por ser a natureza da remissão ministerial de ato administrativo, ainda que o membro do Ministério Público aplique uma medida socioeducativa, não estaria inculcando em inconstitucionalidade, uma vez que é a autoridade judiciária que homologará tal aplicação.

Com isso, não estaria o Ministério Público usurpando de prerrogativa exclusiva do magistrado.

Vale ressaltar, que a divergência não é apenas doutrinária, estendendo-se também aos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões com manifestação pela constitucionalidade da aplicação de medida socioeducativa pelo MP (RE 248018/SP; Relator Min. Joaquim Barbosa; 2ª T.; DJ 20 de maio de 2008).

Assim, a Suprema Corte reconhece a legitimidade do Ministério Público para aplicar medida socioeducativa em sede de remissão pré-processual.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, não coaduna com este entendimento, pelo contrário, entende ser inconstitucional a aplicação de medida socioeducativa por parte do MP, só admitindo tal possibilidade pela autoridade judiciária.

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 108, em que a E. Corte manifestou-se no sentido de que “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

Face às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tem-se como resultado a aplicação de medida socioeducativa tanto na fase pré-processual como também na fase judicial.

Ademais, como não há entendimento uniforme acerca da constitucionalidade de aplicação de MSE em sede de remissão ministerial, o adolescente acaba sofrendo uma imposição mais severa.

Por outro lado, se o procedimento de apuração do ato infracional justifica-se pela necessidade de aplicação de medida socioeducativa e a remissão ministerial se justifica pela desnecessidade de iniciar tal procedimento, uma vez que a remissão ministerial sempre resultará na exclusão do processo, resta consubstanciado que a aplicação de MSE pelo MP seria de fato inconstitucional.

4.1.3 Remissão judicial

Ishida (2011, p. 257), conceitua a remissão judicial como “o perdão feito “pelo juiz da infância e da juventude e pressupõe o início do procedimento” para apuração do ato infracional.

Riezo (2000, p. 216), ao tratar do assunto entende que:

Convencendo-se o Magistrado, pelas peças informativas que acompanham a representação, ao recebê-la, merecer o jovem a remissão, poderá, desde logo, sem a necessidade de inquirir o suposto infrator, seus pais ou seus representantes, e sem ouvir previamente o Ministério Público que, ao representar, já demonstrou sua discordância com a remissão, conceder tal benefício, extinguindo ou suspendendo o processo. Se, porém, tal convencimento surgir apenas após a oitiva do adolescente, de seus pais ou representantes, aí então incidirá a regra do § 1º do artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a autoridade judiciária ouvir o Ministério Público antes de conceder a remissão.

A aplicação da remissão pelo Juiz importará na extinção ou na suspensão do processo. Além disso, a benesse poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, desde que, antes da sentença (artigo 188 do ECA) e ouvido o MP.

Não é demais lembrar, que, a exemplo da remissão ministerial, a remissão judicial somente pode ser aplicada quando não se tratar de atos infracionais graves, ou seja, praticados com violência ou ameaça à pessoa e passíveis de aplicação de medida socioeducativa privativa de liberdade.

Ademais, como a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, não poderá ser aplicada cumulativamente medida restritiva de liberdade, quais sejam a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

A impossibilidade advém do fato de que as medidas restritivas de liberdade estão sujeitas aos princípios da brevidade excepcionalidade e condição peculiar de sujeito em desenvolvimento, devendo tais medidas serem aplicadas somente em casos de cometimento de ato infracional de natureza grave (homicídio, por exemplo).

Aliás, nem mesmo o descumprimento reiterado e injustificado, autoriza a aplicação de medida restritiva de liberdade ao adolescente. Até porque, para que se justifique a aplicação de medidas dessa natureza há que se observar obrigatoriamente todas as garantias processuais, sob pena de nulidade processual.

Para Rossato (2013), na remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção, não é possível a internação-sanção pelo descumprimento da medida. Somente será possível sua aplicação se proveniente de sentença, ou seja, após todo o procedimento regular, com a apuração de autoria e materialidade do ato infracional.

Somente assim, haveria fundamentação apta e idônea para ensejar a aplicação de medidas restritiva de liberdade.

4.1.4 Remissão cumulada com medida socioeducativa: suspensiva e extintiva

De início, convém fazer a diferenciação entre exclusão, suspensão e extinção processual.

Exclusão consubstancia-se o resultado decorrente da aplicação de remissão ministerial. Ressalta-se, que o processo excluído não poderá ser retomado por descumprimento de MSE. Assim, se constatado o descumprimento reiterado e injustificado da medida socioeducativa concedida na fase pré-processual, o processo não poderá ser retomado, cabendo ao *Partquet* a apresentação de representação.

Por extinção consubstancia-se o fim da ação socioeducativa, que terá como consequência lógica o arquivamento dos autos e a impossibilidade de eventual continuidade da ação socioeducativa.

Já por suspensão subentende-se que o processo fica estante, parado. A consequência é que, dependente de evento futuro, poderá ser retomada a ação socioeducativa. Para Rossato (2013) a suspensão do processo decorre da necessidade de acompanhamento do adolescente.

Esse acompanhamento se viabiliza com a execução da medida socioeducativa, o que acaba por justificar sua aplicação.

Está consubstanciado no ECA, que o juiz, ao aplicar a remissão processual ao adolescente, indicará a forma que se dará, se como forma de suspensão ou como forma de extinção processual.

Assim, ao aplicar a remissão, se a autoridade judiciária entender que o adolescente precisa de acompanhamento, poderá suspender o processo e aplicar-lhe qualquer medida socioeducativa não privativa de liberdade.

Mister salientar a obrigatoriedade de se ouvir o MP, sob pena de nulidade.

Pertinente, ainda, lembrar que, caso o magistrado verifique que o adolescente já entendeu o caráter socioeducativo da medida que seria imposta, deverá conceder a remissão pura, uma vez que aplicação de MSE já não se justifica.

Feitas estas observações, passa-se a discorrer acerca da retomada do processo por descumprimento da MSE imposta em sede de remissão.

5 RETOMADA DO PROCESSO POR DESCUMPRIMENTO DE MSE CUMULADA COM REMISSÃO PROCESSUAL

O descumprimento da medida socioeducativa cumulada com remissão poderá ensejar como consequência a retomada do processo ou o oferecimento da representação, no caso de remissão ministerial.

Evidente que, tal medida só se mostra viável se a remissão se deu como forma de suspensão processual, sendo inadmissível a retomada do procedimento para apuração do ato infracional se o benefício foi concedido como forma de extinção processual, conforme se demonstrará com os argumentos a seguir expostos.

5.1 Retomada do processo em que foi concedida a remissão como forma de extinção processual

No caso de se conceder a remissão como forma de extinção processual, o adolescente é favorecido com uma espécie de “perdão judicial”, cuja natureza da decisão é de sentença declaratória, à semelhança do que ocorre no processo penal.

Nesse sentido, são os magistrados de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, (2009, p. 197).

Assim, impossível restabelecer algo findo, mormente em se tratando de Direito Fundamental, sob pena de violação de direitos e garantias constitucionais vinculados ao Princípio da Presunção de não Culpabilidade, da Legalidade em Matéria Penal, do Substantivo Devido Processo Legal, dentre outros.

E continuam os autores supra qualificados afirmando que nem o magistrado, nem o ministério público poderão forçar o adolescente a cumprir medida socioeducativa aplicada em sede de remissão como forma de extinção processual, uma vez que desprovida de eficácia, *verbis*:

A medida imposta por força de *remissão judicial como extinção do processo* é desprovida de eficácia, transforma-se em verdadeira obrigação natural, **sem que o Ministério Público ou mesmo o magistrado** possam forçar seu cumprimento **sob ameaça** de imposição mais severa.

O infrator somente cumprirá a medida se assim o desejar. (DEL-CAMPO e OLIVEIRA, 2009, p. 198), (grifo nosso)

Desta feita, eventual retomada da ação socioeducativa, além de se mostrar incompatível com os preceitos constitucionais, resultará na violação dos direitos fundamentais e garantias processuais do adolescente.

Ademais, aceitar a retomada do processo extinto por força da remissão como se suspenso estivesse, é dar tratamento igualitário a situações diversas, ou seja, é dar o mesmo tratamento a institutos de naturezas díspares, quais sejam a remissão suspensiva e a extintiva.

Aliás, o próprio legislador estabeleceu uma diferenciação entre os dois institutos. Ao que parece, ressalvado opinião em contrário, pretendia-se evitar este tipo de procedimento.

Portanto, a autoridade judiciária, na retomada do processo, deverá obrigatoriamente verificar se o processo que se pretende retomar está suspenso ou extinto, sob pena de desconsiderar-se a qualidade e a natureza da remissão extintiva, igualando-a a suspensiva. Ademais, o resultado da inobservância da condição acima poderá resultar em tratamento igual aos que não estão em situações iguais.

Desta feita, só é possível a retomada do processo que se encontre suspenso.

RECURSO ESPECIAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL - FURTO TENTADO - REMISSÃO IMPRÓPRIA, cumulada com medida socioeducativa de prestação de serviços comunitários e com a advertência de se abster de praticar novos atos infracionais - REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS DA MESMA NATUREZA - **POSSIBILIDADE DA REVOGAÇÃO DA REMISSÃO COM A CONSEQUENTE RETOMADA DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA E IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA** - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Excetuadas as medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, cabe ao Juiz da Infância e da Juventude, ao conceder a remissão, impor as medidas de caráter sociopedagógico que entender necessárias para fins de orientação e reeducação do adolescente, inclusive a advertência de se abster de praticar novos atos infracionais. 2. A prática de atos infracionais da mesma natureza autoriza a revogação da remissão imprópria e a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação. 3. Recurso não provido.

(STJ, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/11/2013, T5 - QUINTA TURMA)

5.2 Retomada do processo em que foi aplicada a remissão como forma de suspensão

Insta lembrar que, a medida socioeducativa aplicada em sede de remissão é uma verdadeira condição, uma vez que resulta de acordo entre o MP e o adolescente, que concorda em cumpri-la.

Segundo Rufato (2011, p. 1), a remissão judicial cumulada com medida socioeducativa se constitui:

Num acordo entre o Ministério Público e o adolescente infrator, tendo laços de estreiteza com a transação penal dos Juizados Especiais Criminais. Para a concessão da remissão, não é necessária a comprovação da responsabilidade do autor da infração, ou seja, não é necessária a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade do ato infracional. É dizer, sua concessão não depende de instrução probatória e não requer o devido processo legal.

Ocorre que, muitas vezes a medida se mostra inviável, por diversos circunstâncias (local de moradia, âmbito familiar, questões econômicas, dentre outras), impossibilitando, assim seu cumprimento pelo adolescente.

Somente poderá ser retomado o feito se comprovado o descumprimento reiterado e injustificado. Portanto, é sempre preferível realizar a oitiva do adolescente a fim de se apurar o motivo do não cumprimento da MSE aplicada, até mesmo para resguardar o princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Barros (2010, p. 188), leciona que:

O conceito de reiteração de que trata o inciso II do artigo 122 do Estatuto significa a prática de, pelo menos, três atos infracionais graves. Já descumprimento injustificado se verifica quando o adolescente não se apresenta para dar cumprimento à medida imposta e não comunica ao juízo o motivo.

Mais uma vez, transcreve-se a lição de Barros (2010, p. 189), que ao tratar do tema ressalta a necessidade de ser dada uma segunda oportunidade para o adolescente cumprir a medida, *in verbis*:

O descumprimento deve ser "**reiterado**" e "**injustificável**". Por isso, uma vez intimado para dar início ao cumprimento da medida, se o adolescente não se apresenta para a atividade (ex: prestação de serviços a comunidade), a regressão não pode ser determinada de forma imediata. E preciso que o descumprimento seja reiterado e injustificado. Portanto, o adolescente deve ser **intimado para justificar por que não cumpriu a medida**. Deve-se-lhe conceder **nova oportunidade** para cumprimento. Somente então, ante **novo descumprimento**, poderá o juízo aplicar a **regressão** da medida socio-educativa com base no inciso III do art. 122.

Constatada a inviabilidade de cumprimento, caberá a autoridade judiciária, mediante a participação do Parquet, substituir a MSE, por outra que seja viável. Aliás, o próprio adolescente que se encontre em condições que inviabilize ou dificulte o cumprimento de medida socioeducativa a ele imposta, poderá requerer a substituição por outra mais viável, no termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, se verificado o desinteresse ou recusa do adolescente em cumprir a medida a ele imposta, outra alternativa não há, se não a retomada do feito, que poderá, inclusive, resultar na aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade.

Insta ressaltar, que, muito embora o ECA admita a retomada do processo, não é possível a aplicação de internação-sanção pelo descumprimento de medida socioeducativa aplicada em sede de remissão, só se admitindo sua aplicação pelo descumprimento da medida imposta por sentença de mérito.

Rufato (2011), assevera que tal preceito encontra fundamento no artigo 5º, inciso da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

E continua, afirmando que:

[...] não é possível aplicar medida de internação em caso de descumprimento de medida socioeducativa aplicada cumulativamente com a remissão, sem antes retomar o andamento do processo, possibilitando ao adolescente comprovar, inclusive, sua inocência, observado os princípios do contraditório e da ampla defesa. A internação "por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta" somente tem lugar se a medida socioeducativa não cumprida tiver sido imposta por ocasião da sentença de mérito, após o devido processo legal. (RUFATO, 2011, p. 1).

No mesmo sentido é a disposição do artigo 110 da Lei n.º 8.069/90, de acordo com o qual “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

Assim, há que se buscar sempre o melhor interesse do adolescente, resguardando-lhe todos os seu direitos e garantias processuais, o que resultará no fim pretendido pelo ECA, a socioeducação.

5.2.1 Retomada do processo de ofício

A despeito do tema, a jurisprudência é farta no sentido da inadmissibilidade da retomada do processo, de ofício pelo magistrado, uma vez que predomina o entendimento que, ao adolescente deve ser oportunizada a justificação do descumprimento da medida socioeducativa imposta.

À propósito, o julgado in verbis:

HABEAS CORPUS. ECA. IMPUTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL SUBSUMIDO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REMISSÃO CONCEDIDA. NÃO-CUMPRIMENTO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA. DETERMINAÇÃO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA, SEM POSSIBILITAR A JUSTIFICATIVA DO NÃO-CUMPRIMENTO PELA ADOLESCENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRIVAÇÃO DA LIBERDADE QUE SE CONFIGURA EM MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE RETOMADA DO PROCEDIMENTO JUDICIAL, REVESTIDO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. CONCESSÃO DA ORDEM, CONFIRMANDO-SE, ASSIM, A LIMINAR ANTERIORMENTE

CONCEDIDA. 1.Há violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando não se possibilita ao adolescente, em audiência, a oportunidade de justificar o não-cumprimento da medida sócio-educativa que lhe foi imposta, em decorrência da remissão. 2.A aplicação das medidas coercitivas da liberdade do adolescente são excepcionais, conforme bem salientado no § 2º do artigo 122 do ECA, pois sabidos os efeitos negativos que dela advém, principalmente no caso da pessoa humana em peculiar condição de desenvolvimento, como é o caso da adolescente. 3.Em casos de descumprimento de medida sócio-educativa imposta por ocasião da remissão, a retomada do procedimento judicial, com estrita observação ao artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, para ser facultado à adolescente que, devidamente assistida por seu defensor e representante legal, possa apresentar justificativa ao não-cumprimento da prestação de serviços que lhe foi aplicada, é medida que se impõe.

(TJ-PR - HC: 5388501 PR 0538850-1, Relator: José Mauricio Pinto de Almeida, Data de Julgamento: 11/12/2008, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 55)

Vale apenas mencionar, um fato ocorrido no âmbito da 2ª Vara da Infância e Juventude nesta capital, no segundo semestre de 2014, em que vários processos foram retomados em face do descumprimento da medida socioeducativa aplicada em sede de remissão (FEITO Nº 1117-13.2013.8.10.0003, FEITO Nº 231-77.2014.8.10.0003, FEITO Nº 283-10.2013.8.10.0003, FEITO Nº 69-82.2014.8.10.0003, PROCESSO Nº 811-10.2014.8.10.0003).

O impasse resultou não das retomadas em si, mas dos atos que as determinaram. É que todos se deram de ofício pelo magistrado, sem que fosse oportunizado o direito de defesa aos adolescentes. Como se não bastasse, todos os demais atos processuais subsequentes ocorreram sem a participação dos adolescentes envolvidos, ocasionando inconformismo do representante da Defensoria Pública.

Em que pese a impossibilidade de aplicação de internação sanção pelo descumprimento reiterado e não justificado ao adolescente em sede de remissão, a retomada dos processos resultou ao final, salvo, poucas exceções, na aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade ou de internação, ou seja, medida restritiva de liberdade.

Assim, a Defensoria Pública apelou para o Tribunal de Justiça, que se manifestou pela improcedência das alegações, mantendo as decisões de primeiro grau, conforme se verifica de um dos julgados, *litteratim*:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. REMISSÃO IMPRÓPRIA. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A remissão processual cumulada com medidas socioeducativas possui natureza de transação - e não de perdão - e é por isso mesmo denominada de remissão imprópria, pressupondo-se, neste caso, a aceitação do beneficiado com a exclusão do processo, mediante o dever de cumprir integralmente a medida que tem como finalidade última a efetiva recuperação do menor. 2. Frustrada injustificadamente o cumprimento da medida socioeducativa de liberdade

assistida imposta ao adolescente, hipótese configurada nos autos, não há como se sustentar a impossibilidade de revogação do benefício conferido, uma vez que cabe ao Juiz da Infância e da Juventude impor as medidas de caráter sociopedagógico que entender necessárias para fins de orientação e reeducação do infante. 3. Assim sendo, descumprida a medida socioeducativa cumulada com a remissão, admite-se a revogação do ato judicial homologatório, permitindo ao Parquet a apresentação de eventual representação para início da ação socioeducativa. 4. Apelo desprovido, conforme parecer ministerial

(TJ-MA, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 19/05/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Nos autos da apelação em análise a E. Corte entendeu que, por se tratar de “transação penal”, o adolescente já havia sido advertido das consequências decorrentes de eventual descumprimento, de modo que a ausência de audiência de justificação não poderia acarretar a nulidade do ato que determinou a retoma da ação socioeducativa.

Ademais, muito embora não tenha sido oportunizado ao adolescente apresentar uma justificativa por meio de audiência prévia, antes de determinada a retomada da ação socioeducativa, o ato não resultaria em prejuízo ao adolescente, uma vez que este poderia exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa durante a instrução processual regular. À propósito, *in verbis*:

O presente caso não cuida de regressão de medida. Houve o descumprimento injustificado da medida socioeducativa de Liberdade Assistida, decretada em audiência de apresentação, após a devida oitiva do menor. Mister se faz a revogação da suspensão processual e a retomada do processo de conhecimento.

Importante apontar que as condições da Remissão, como de praxe, foram explicitadas e aceitas pelo adolescente em audiência, inclusive quanto às consequências do inadimplemento aos termos da suspensão do feito. O juiz da execução, agindo com cautela, não impôs a regressão da medida ao revogar a remissão, estando garantidos ao jovem os direitos ao contraditório e à ampla defesa durante a instrução a priori de relativa regressão. (grifo nosso)

Face ao exposto, levanta-se os seguintes questionamentos: a) Qual é a justificativa para se aplicar uma medida restritiva de liberdade ao adolescente, que de início se entendeu desnecessário o prosseguimento da ação socioeducativa; b) A aplicação de medida restritiva de direito não irá configurar uma espécie de “sanção disfarçada”?

Em resposta ao primeiro questionamento há que se tecer as seguintes considerações.

Em primeiro lugar, para que seja concedida a benesse da remissão processual há que se observar todos as condições determinadas pelo ECA, que assim dispõe:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério: Público poderá conceder a. remissão, como forma de

exclusão do processo, **atendendo as circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.**

No momento da concessão da remissão, foi feita, por certo, uma análise de todos os critérios determinados pelo código menorista. E face a essa análise foi verificado que era o caso de se conceder a remissão (que é uma espécie de perdão), para suspender ou extinguir a ação socioeducativa, uma vez que as circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua participação no ato infracional apontaram ser desnecessária a persecução processual.

Ora, se inicialmente entendeu-se desnecessária a continuidade do processo, aplicando ao adolescente a remissão processual, como justificar, na retomada do processo, a imposição de medida socioeducativa privativa de liberdade, que só é aplicada em caráter de excepcionalidade e para atos infracionais de natureza grave?

Em segundo lugar, considerando que a medida aplicada em sede de remissão é sempre em meio aberto, não se admitindo aplicar as medidas restritivas de liberdade (inserção em regime de semiliberdade e internação), há que se ter em conta, que a medida adequada para garantir a socioeducação do adolescente deverá ser a liberdade assistida ou a prestação de serviços à comunidade, ou seja, medidas não restritivas de direito.

Além disso, como o descumprimento da medida aplicada em sede de remissão não autoriza a aplicação de medida em meio fechado nem a internação-sanção, eventual aplicação de internação ou inserção em regime de semiliberdade, na retomada do processo, acabaria por se constituir uma espécie de “sanção” pelo descumprimento.

Face aos argumentos alhures expostos, forçoso reconhecer que, quando o processo é retomado em face descumprimento de medida cumulada com remissão, o adolescente acaba sendo desfavorecido em face de aplicação de medida mais grave, quase sempre, restritiva de liberdade, que a aplicada em sede de remissão.

Cumprе ressaltar que é compreensível a posição do magistrado ao imputar uma medida mais severa, já que foi oportunizado ao adolescente cumprir outra mais branda, por ele recusada. Ademais há que ver também a necessidade de se demonstrar a seriedade com que se deve portar diante da Justiça.

Há que se considerar, observadas as garantias processuais, que a legislação (ECA) permite a imposição de medida em meio fechado, *in verbis*:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;**
- VI - internação em estabelecimento educacional;**
- VII - qualquer uma das previstas no art 101,1 a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Entretanto, forçoso reconhecer, ressalvada a opinião em contrário, que a imposição de MSE restritiva de liberdade não encontra justificativa apta e idônea a ensejar um decreto sancionatório, não passando de verdadeira sanção-internação disfarçada pela regular persecução socioeducativa.

5.3 Obrigatoriedade de observância ao Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa

Acerca do devido processo legal, devemos deixar consignada a necessidade de observância de um devido processo legal substancial e não apenas de um devido processo apenas formal.

O devido processo legal, em sentido formal (*procedural due process*), tem como principal destinatário o aplicador da norma, enquanto representante do Estado, competindo-lhe o dever de obediência aos ritos, assim como aos demais aspectos que envolvem o processo, sempre com escopo de evitar qualquer nulidade ou de suprimir qualquer garantia das partes.

É, assim, a regularidade formal em todo o procedimento previamente estabelecido em lei, em todos os seus mandamentos, evitando-se, por certo, inovações que possam comprometer o direito da parte.

Por sua vez, o devido processo legal substantivo (*substantive due process*) é mais que uma simples decisão formal promovida pelo aplicador da norma, na subsunção do caso concreto à lei abstratamente prevista.

O *substantive due process os law* (*law* no sentido de Direito e não de lei) é o processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça¹, nele agregado, os princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal².

Pelo contraditório, tem-se a oportunidade da parte em manifestar-se, sempre, sobre a argumentação da parte contrária; sobre a prova produzida e, bem assim, sobre qualquer ato processual (*audiatur et altera pars*), isto é, a possibilidade de reação diante da informação³; o contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los⁴.

Capez (2014, p-62/63), discorrendo acerca do contraditório, leciona que tal princípio “decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz”.

E continua o ilustre professor, afirmando que “as partes têm o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional”. Compreendendo, ainda, o “direito de serem científicas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional”.

Já a ampla defesa, é a exteriorização do contraditório, respeitando-se todos os demais direitos e garantias fundamentais de forma ampla, por meio de todos os instrumentos disponíveis à parte, seja por meio de defesa técnica ou pela autodefesa.

Defesa técnica, nada mais é do que aquela levada a efeito por meio de profissional devidamente habilitado (advogado ou Defensor Público), na busca do tratamento isonômico entre a acusação técnica e a defesa igualmente técnica e capacitada, não bastando, por certo,

¹ José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003).

² Joaquim Canuto Mendes de Almeida (*Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973), *apud* Julio Fabbrini Mirabete (*Processo penal*, São Paulo: Atlas, 2004).

³ Renato Marcão (*Curso de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2014) e Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*, São Paulo: Revista do Tribunais, 2007).

⁴ Julio Fabbrini Mirabete (*Processo penal*, São Paulo: Atlas, 2004).

que a mesma se dê, apenas, formalmente. Pelo contrário, que seja efetiva, cabendo ao magistrado, inclusive, o dever de proclamar o réu indefeso.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em parte reproduzido:

(...) a existência de defesa técnica formal, sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas

(STF, HC 70.600/SP, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19-4-1994, DJe 157, de 21-8-2009 e HC 68.926/MG, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10-12-1991, DJ de 28-8-1992, p. 13.453, RTJ 142/582).

Autodefesa, por sua vez, é a intervenção direta e pessoal do acusado no processo, realizando atos direcionados a preservar sua liberdade⁵, seja por meio do direito de audiência, direito de presença ou de postulação pessoal⁶.

Ressalte-se, ainda, que o desrespeito ao devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, é desrespeito à dignidade humana e, por certo, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Visando a garantir os direitos e garantias processuais, antes de determinada a retomado da ação socioeducativa, por descumprimento, há que se conceder primeiro a oportunidade de ser ouvido, de apresentar os esclarecimentos e de contrapor a eventual prova de descumprimento.

Na justiça juvenil, a oportunidade por vias de “audiência de justificação”. Ressalte-se, que a lei é omissa quanto à denominação, tratando-se de expressão adotada, genericamente, para todos os casos em que a oitiva prévia do acusado/executado é exigida, em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

A expressão é utilizada, por exemplo, para casos de oitiva prévia em revogação de livramento condicional, regressão de regime por cometimento de falta grave, reconversão da pena restritiva de direitos por privativa de liberdade em face de descumprimento e, ainda, para fins de regressão de medida socioeducativa, nos termos do verbete sumular nº 265, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”. (STJ, 265)

A propósito, quanto à necessidade de oitiva prévia do adolescente em sede de execução de medida socioeducativa, existe, atualmente, expressa previsão legal, conforme se verifica no artigo 43, § 4º, da Lei nº 12.594/2012, *litteratim*:

⁵ Victor Moreno Catena e Valentín Cortés Domínguez (*Derecho processal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).

⁶ Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*, São Paulo: Revista do Tribunais, 2007).

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

(...)

§ 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, **após o devido processo legal**, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser:

I - fundamentada em parecer técnico;

II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei. (grifo nosso)

Art. 42. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável.

§ 1º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária.

É preciso compreender a existência da súmula 265, do Superior Tribunal de Justiça, surgida em maio de 2002, justamente diante do desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, enfim do devido processo legal, nos casos das chamadas internações sanções, previstas no artigo 122, do ECA, em que se decretava a internação do adolescente sem prévia oitiva do mesmo.

Portanto, a existência da Súmula 265 do STJ, com a expressão “audiência de justificação”, nada mais retrata do que a necessidade de oitiva prévia do adolescente, em respeito ao contraditório e à ampla defesa (devido processo legal substancial), assim como se faz para o adulto, embora a lei não se utilize desta expressão.

Como se vê, por exemplo, na regressão de regime prevista no artigo 118, da Lei de Execução Penal, *verbis*:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a **transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos**, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, **deverá ser ouvido previamente o condenado**. (grifo nosso)

Nítido, pois, que a supramencionada expressão “audiência de justificação”, é construção doutrinária e jurisprudencial, utilizada sempre diante da necessidade de oitiva prévia do acusado/condenado, em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Deve, portanto ser utilizada toda vez que, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, se fizer necessária à oitiva prévia de alguém, diante de fato que possa resultar em agravamento de sua situação, seja fática ou jurídica.

Aliás, não faria sentido algum afirmar, que a audiência de justificação fosse, exigida apenas para caso de eventual regressão.

E considerando que a retomada do processo irá agravar a situação do adolescente, é imprescindível oportunizar ao mesmo o direito de contra atacar “prova”⁷ produzida em seu desfavor.

Se até mesmo para que haja substituição da medida imposta, por meio de sua reavaliação, faz-se necessária a oitiva do adolescente, com maior razão deve, também, ocorrer quando o eventual descumprimento pode ensejar a retomada do processo de conhecimento, com a possibilidade de prejuízos ao “executado”.

Corroborando o até agora aduzido, são os julgados emanados pelo Superior Tribunal de Justiça, em parte reproduzidos, todos sem grifos originais, *ad littera*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENAS COM BASE NOS DECRETOS PRESIDENCIAIS N.ºs. 7.648/2011 E 7.873/2012. PRÁTICA DE FALTAS GRAVES DENTRO DO LAPSO TEMPORAL PREVISTO NO DECRETO, PORÉM NÃO HOMOLOGADAS. IMPOSSIBILIDADE. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. FALTA GRAVE CONSISTENTE NO COMETIMENTO DE NOVO DELITO. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO, PARA FINS DE CONFIGURAÇÃO DA FALTA GRAVE. NECESSIDADE, PORÉM, DE OITIVA PRÉVIA DO APENADO (ART. 118, I, E § 2º, DA LEP), RESPEITADA A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de comutação de penas consiste, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, em invasão à competência exclusiva do Presidente da República, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal para a concessão da comutação, o benefício deve ser concedido por meio de sentença, a qual possui natureza meramente declaratória, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

3. Tendo em vista que o benefício foi cassado pela Corte a quo em virtude da existência de faltas disciplinares de natureza grave, cometidas dentro do prazo

⁷ Tal prova corresponde ao Relatório de Acompanhamento produzido pela equipe técnica do CREAS que acompanha o adolescente no cumprimento de sua medida socioeducativa, dando conta do descumprimento.

previsto pelas normas legais, porém ainda não homologadas, fica evidenciado o constrangimento ilegal. Inteligência do art. 4º, § 1º dos Decretos Presidenciais n.ºs. 7.648/2011 e 7.873/2012. Precedentes.

4. Muito embora a falta grave, pelo cometimento de novo delito, possa ser aplicada, independentemente, de condenação ou de seu trânsito em julgado, mister se faz a devida homologação, respeitadas as prescrições do art. 118, I e § 2º da Lei de Execução penal, a ampla defesa e o contraditório. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício, para, cassando o acórdão impugnando, restabelecer as decisões do juízo das execuções, que concederam ao paciente o benefício da comutação das penas, nos termos dos Decretos Presidenciais 7.648/2011 e 7.873/2012.

(Habeas Corpus 2014/0005460-4, Relator Ministro Nefi Cordeiro (1159), Órgão Julgador, T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 18/09/2014, Data da Publicação/Fonte: DJe 03/10/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. O PACIENTE DEIXOU DE CUMPRIR AS PENAS ALTERNATIVAS E FOI INTIMADO PESSOALMENTE PARA COMPARECER EM JUÍZO, MAS NÃO ATENDEU O CHAMAMENTO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, preliminarmente à conversão de medidas restritivas de direito em pena privativa de liberdade, é imprescindível a intimação do Reeducando para que esclareça as razões do descumprimento. Isso porque cabe ao Apenado, essencialmente, justificar o não cumprimento da reprimenda.

2. O Paciente compareceu a audiência admonitória, sendo cientificado das obrigações estabelecidas para o cumprimento das penas restritivas de direitos. Todavia, posteriormente, o Reeducando interrompeu o cumprimento da reprimenda, sendo intimado pessoalmente para comparecer em Juízo, mas não atendeu o chamamento judicial.

3. A conversão da sanção alternativa em privativa de liberdade decorreu da falta de interesse do Reeducando, sendo certo que a Defensoria Pública participou ativamente de todos os demais atos processuais, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Anular o decisum e determinar a realização de nova justificação acabaria por beneficiar a própria torpeza do Paciente, operação sabidamente vedada pelo ordenamento pátrio.

4. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental no Habeas Corpus 2013/0333619-0, Relator(a) Ministra Laurita Vaz (1120), Órgão Julgador, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 26/08/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 02/09/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. REGIMENTO DISCIPLINAR PENITENCIÁRIO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISCIPLINAR PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL. 2. NULIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO PRELIMINAR E DISPENSÁVEL. FASE JUDICIAL QUE ASSEGURA DIREITO DE DEFESA POR MEIO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E ASSISTÊNCIA POR DEFESA TÉCNICA. 3. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. TRANSGRESSÃO QUE IMPLICA NA INTERRUPTÃO DO LAPSO PARA CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO JULGAMENTO DO ERESP Nº 1.176.486. 4. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO

NO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL (SÚMULA 441/STJ), INDULTO E COMUTAÇÃO. 5. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI Nº 12.433/2011. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 66 DA LEP E SÚMULA 611/STF. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA APLICAR RETROATIVAMENTE A LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Hipótese em que a Defensoria Pública alega prescrição da falta grave pela extrapolção do prazo previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário Estadual, nulidade no procedimento administrativo disciplinar - PAD - em razão da ausência de defesa técnica, com ofensa aos princípios da ampla defesa e ao contraditório -, bem como que a falta grave não gera interrupção no prazo para obtenção de futuros benefícios da execução.

2. O entendimento pacificado em ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior é no sentido de que diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ou 2 anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.

3. Improcedente a alegação de prescrição com base no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009), uma vez que não cabe ao RDP Estadual disciplinar prescrição em matéria penal.

4. Se a realização do procedimento administrativo disciplinar pode ser dispensada, não há que falar em nulidade por ausência de defesa técnica nesta fase preliminar de apuração.

5. Inexiste constrangimento ilegal se não sobreveio qualquer prejuízo ao paciente, visto que, antes da homologação judicial da falta grave, foi garantido ao apenado o direito de ser ouvido em audiência de justificação com a devida assistência de defesa técnica, assegurado, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

6. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas, considerando que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional.

7. Todavia, a ocorrência de falta grave não deve interferir no lapso necessário para o livramento condicional ou para concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no próprio Decreto Presidencial.

8. Para evitar a indesejável supressão de instância, bem como conciliar os direitos constitucionais do apenado ao duplo grau de jurisdição e a aplicação retroativa da nova lei penal mais benéfica, deve ser concedido habeas corpus de ofício para determinar a remessa dos autos ao Juiz das Execuções que, aplicando a novatio legis in mellius, manifeste-se sobre a fração de perda dos dias remidos a ser aplicada.

9. Habeas corpus concedido em parte para que a interrupção do prazo, em razão do cometimento de falta grave, ocorra apenas para fins de progressão de regime e, de ofício, determinar que o Juiz das execuções, aplicando retroativamente a Lei nº 12.403/2011, fixe o novo patamar de perda dos dias remidos. (Habeas Corpus 2010/0146334-4, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (1150), Órgão Julgador, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 14/08/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 31/08/2012)

EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOBSERVÂNCIA DE PRAZO REGULAMENTAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. MERA IRREGULARIDADE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. LEP, ART. 118, INCISO I. EFEITOS DA FALTA. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL AQUISITIVO DO DIREITO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LIMITAÇÃO. LEI N.º 12.433/2011.

1. A apuração de falta disciplinar, consoante disposto pelo art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), demanda a instauração de procedimento específico no qual há de ser assegurado ao apenado direito de defesa.
2. Ainda que tida como indispensável pela Jurisprudência desta Corte, a instauração de processo administrativo disciplinar na apuração de suposta prática de falta disciplinar de natureza grave, a eventual existência de irregularidade procedimental nesta fase preliminar de apuração não importa, via de regra, nulidade, podendo ser sanada, desde que assegurado ao apenado, na fase judicial obrigatória (LEP, art. 118, I), seu direito ao contraditório e à ampla defesa.
3. Consoante entendimento uniformizador sufragado pela eg. Terceira Seção desta Corte Superior, que se coaduna com a orientação sedimentada no Pretório Excelso, o cometimento de falta grave pelo apenado, à luz do que dispõe a Lei n.º 7.210/84 em seus arts. 112 e 118, inciso I, tem como efeito possível o reinício da contagem do lapso temporal exigido para a concessão de futura progressão de regime.
4. A falta disciplinar de natureza grave, porém, não tem o condão de interromper o prazo estipulado, como critério objetivo, para apreciação dos pedidos de livramento condicional, indulto ou de comutação da pena, sob pena de configurar constrangimento do sentenciado ao cumprimento de requisito temporal não previsto em lei.
5. A partir da edição da Lei n.º 12.433/2011, que modificou a redação dada ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda dos dias remidos, que antes poderia ocorrer em sua totalidade, ficou limitada ao patamar de 1/3 (um terço).
6. Ordem parcialmente concedida para afastar dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução, em razão do cometimento de falta grave pelo paciente, apenas a interrupção da contagem do prazo para eventual concessão de livramento condicional ou indulto (seja ele integral ou parcial), concedendo, ainda, ex officio, ordem de habeas corpus para limitar a revogação por falta disciplinar a 1/3 dos dias remidos pelo apenado, nos termos da nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei 12.433/2011. (Habeas Corpus 2010/0201371-6, Relatora Ministra Alderita Ramos De Oliveira -Desembargadora Convocada Do TJ/PE- (8215), Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 19/06/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012, RSTJ vol. 227 p. 893)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REVOGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA OITIVA PRÉVIA DO APENADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não há como acolher a tese da Defesa de que o paciente deixou de comparecer em juízo porque precisou mudar-se de cidade para trabalhar. Cabia ao apenado obedecer as condições acatadas no termo de livramento condicional.
2. A revogação do livramento condicional, sem a prévia oitiva do reeducando, constitui ofensa às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, devendo ser concedida a ordem de ofício.
3. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para cassar a decisão que revogou o livramento condicional, devendo o magistrado da execução proceder à intimação do sentenciado para justificar o descumprimento das condições do aludido benefício, recolhendo o mandado de prisão expedido, ou adotar outras providências que entender pertinentes.

(Habeas Corpus 2008/0051400-3, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura (1131), Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 31/05/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 15/06/2011)

No mesmo sentido, posiciona-se a Corte de Justiça do Estado do Maranhão, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - PENAL - ARTIGO 213, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - DECISÃO QUE REGREDIU CAUTELARMENTE SEU

REGIME PRISIONAL, BEM COMO EXCLUIU DO TRABALHO EXTERNO E DO PROGRAMA "LIBERDADE E DIGNIDADE", POR INFRINGÊNCIA À NORMA CONTIDA NO ARTIGO 118, § 2º, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - OCORRÊNCIA - ORDEM CONCEDIDA.

No que concerne ao fato em tela, A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NESSE SENTIDO É MUITO FARTA, QUANDO REVELA, QUE A FALTA DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE OU SEMELHANTE, CONTRARIA EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL, TORNANDO INVÁLIDO O PROCEDIMENTO. - ORDEM CONCEDIDA.

(Habeas Corpus - Número Único: 0005123-09.2012.8.10.0000, Sessão do dia: 04.10.2012, Relator: Des. Raimundo Nonato De Souza. Acórdão nº. 120.708/2012. Segunda Câmara Criminal).

Imprescindível, assim, que o adolescente seja previamente ouvido por meio da “audiência de justificação”, nada mais retratando do que a necessidade de prévia oitiva.

Forçoso reconhecer que carece de vício a retomada de processo sem a oitiva prévia do adolescente, vez que o magistrado está obrigado a observar todas as garantias legais e constitucionais, sob pena de violação aos Princípios do Devido Processo Legal Substancial, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Assim, a retomada do processo sem a observância obrigatória das garantias processuais constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa poderá ensejar em graves consequências para o adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente monografia, demonstrou-se, por meio das acepções tecidas que, as crianças e adolescentes ao longo da história sempre ocuparam uma posição de vulnerabilidade, tendo permanecido em situação de abandono, não recebendo qualquer atenção seja por parte do Estado, da sociedade e até mesmo de sua família.

Ficou patente que, tais sujeitos passaram a receber um tratamento mais humano somente a partir da publicação de tratados e convenções internacionais, principalmente os que tratavam do reconhecimento dos direitos humanos.

Tais documentos contribuíram grandemente para a evolução dos direitos da criança e do adolescente, influenciando todas as nações do mundo, que finalmente reconheceram sua condição de vulnerabilidade, ou seja, de sujeitos que precisam de proteção.

Por outro lado, no Brasil, crianças e adolescentes só tiveram seus direitos reconhecidos com a implementação da Constituição 1988, que aderiu a doutrina da proteção integral, mais tarde consagrada pela Lei nº 8069/90.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu técnicas e medidas com vistas a garantir e assegurar o respeito aos direitos da criança e do adolescente, atribuindo a responsabilidade de observância de sua efetivação ao Estado, à sociedade e à família.

A Doutrina da Proteção Integral institui no ordenamento jurídico pátrio inúmeros princípios visando resguardar os direitos da infância e juventude.

Restou evidenciado que, a parcela de responsabilidade maior é do Estado, que deverá desenvolver e implementar políticas públicas, no sentido de fazer valer os direitos da infância e juventude.

Ressalta-se que, o Estado deve ter interesse de solucionar os problemas envolvendo crianças e adolescentes, por meio de soluções concretas e definitivas, cujo benefício deverá acompanhar o destinatário e sua família por toda sua vida.

Foi demonstrado, ainda, a necessidade de observância obrigatória das garantias processuais constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, entre outros, como forma de efetivação da proteção integral.

Principalmente, foi observada a necessidade dos aplicadores do direito adotarem medidas de efetivação dos direitos do adolescente, uma vez que descambam para a apuração do ato infracional não garantista, ou seja, em total desrespeito aos direitos e garantias processuais constitucionais.

Ademais, mesmo com a implementação da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda há um caminho longo a percorrer para se alcançar a efetividade da proteção integral, uma vez que o Estado não oferece os meios necessários para garantir essa efetivação.

Verificou-se, ainda, que em nome da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o adolescente em conflito com a lei pode ser beneficiado com a remissão processual. Essa remissão pode ser concedida pelo Ministério Público ou pela autoridade judiciária. De outro modo, pode ser cumulada com a aplicação de uma medida socioeducativa, caso o juiz entenda a necessidade de acompanhamento do adolescente.

Entretanto, mesmo com a concessão da remissão, o adolescente ainda poderá ser processado, se descumprir a medida.

Assim, ficou evidente que a retomada do processo, de ofício, sem que seja ofertada ao adolescente a oportunidade de se justificar viola todas as garantias processuais constitucionais.

Neste diapasão, forçoso reconhecer que carece de vício a retomada de processo sem a oitiva prévia do adolescente, vez que o magistrado está obrigado a observar todas as garantias legais e constitucionais, sob pena de violação aos Princípios do Devido Processo Legal Substancial, do Contraditório e da Ampla Defesa.

A retomada do processo sem a observância obrigatória das garantias processuais constitucionais poderá ensejar em graves consequências para o adolescente.

Muito embora tenham sido implementadas garantias de proteção as crianças e adolescentes, restou demonstrado que tais garantias não alcançam efetividade real. Pois o sistema é falho e não há comprometimento sério nem por parte do Estado, nem da sociedade, que buscam soluções paliativas para resolver os conflitos envolvendo crianças e adolescentes.

Com e devida licença, é cabível o dito popular “longe dos olhos longe da mente”. Pois, não políticas sérias com vistas a proteger referidos sujeitos, que são mais vítimas que protegidos.

Sendo assim, é de extrema importância à ordem jurídica, além de ser uma das principais funções do magistrado, estabelecer harmonia entre as normas jurídicas em vigor no Estado, organizando, dessa forma, as relações de uma sociedade de acordo com os princípios e valores sociais, visando sempre o bem maior do adolescente.

No entanto, o Poder Público permanece inerte e não oferece meios necessários e com vistas a coibir violações de direitos, ressaltando a ineficácia das normas de proteção à criança e ao adolescente.

Há que se investir, principalmente em políticas públicas de prevenção, construindo uma base sólida e firme que garanta e assegure os direitos mínimos dessas crianças e adolescentes, preconizados como direito absoluto e integral.

Entretanto, o Estado investe de forma leviana, visando apenas remediar, e não prevenir as causas, que levam a maioria dos adolescentes a cometer o ato infracional.

Neste diapasão, enquanto o Estado se postar inerte, oferecendo medidas meramente paliativas, que resolvem o problema apenas momentaneamente, a violência só tende a aumentar.

Com isso, restou demonstrado que os aplicadores do direito, em face das leis mal redigidas, pelos dirigentes estatais, acabam por contribuir para essa vitimização da criança e do adolescente.

Por fim, somente a conscientização da necessidade de elaboração de políticas públicas sérias, irá, efetivamente, resguardar e garantir a proteção integral, preconizada na Carta Magna e no ECA.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, Júlio Alfredo de. **Regressão (substituição) por descumprimento de medida socioeducativa ajustada em sede de remissão**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id221.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

AMORIM, Divino Marcos de Melo. **Remissão concedida pelo MP: inclusão de medida sócio-educativa**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1658>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva: São Paulo, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Revista Dialogo Jurídico, Nº 07, ano 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4ª ed. Editora Jus Podivm: Salvador/BA, 2010.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Súmula nº 108**: Brasília/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE 248018/SP**; Relator Min. Joaquim Barbosa; 2ª T.; DJ 20 de maio de 2008.

BRASIL. Lei nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jul. 1984.

BRASIL. **Lei Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de jan. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Editora Almedina: Coimbra, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CATENA, Victor Moreno e DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho processal penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos, Vol. 28, 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

FERREIRA, André Tuma Delbim. **A possibilidade de aplicação de medida socioeducativa não restritiva de liberdade na remissão pré-processual**. X Congresso Estadual do Ministério Público Araxá, 23 A 26 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-55.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

GUAZZELLI, Murilo Carvalho Pereira. **O voto como instrumento da ressocialização no estado democrático**. Editado por Sérgio Antonio. Fabris Editora: Porto Alegre –RS, 2014.

HERNALSTEENS, Thinneke. **A remissão pré-processual pela prática de ato infracional e a divergência quanto à sua cumulatividade com medida socioeducativa**.

Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2890>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed., São Paulo : Atlas, 2003.

LIMA, Pricila. **Análise de princípios basilares de proteção à Criança e ao Adolescente, destacando assim alguns dos principais que visam resguardar os direitos fundamentais destes, com embasamento na CF/88 e posteriormente pelo ECA- Lei 8069/90.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40335/principios-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente#ixzz3eYK4VKo2>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

LOPES, Jacqueline Paulino e FERREIRA, Larissa Monforte. **Breve histórico dos direitos das crianças.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 2004.

REGO, Nelson M. de Moraes. Proteção constitucional da criança e do adolescente, vulnerabilidade e gênero no sistema de direito brasileiro. Algumas reflexões. **Revista Juris**, São Luís, ano 1, nº 1, mar/abr. 2014.

RIEZO, Barbosa. **Estatuto da criança e do Adolescente interpretado (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).** Editora Lawbook: São Paulo, 2000.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Shances. **Estatuto da criança e do Adolescente comentado artigo por artigo.** – 6. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSATO, Luciano Alves. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** Coleção Começando do Zero. Brasília: Produção Curso Renato Saraiva - CERES, 2013. Sistema de reprodução em DVD.

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil** - Brasília: 2002.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. **Descumprimento de medida socioeducativa aplicada com a remissão: impossibilidade da internação do adolescente.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2967, 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19780>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

SCOLARI, Tainá Angela e OLIVEIRA, Elaine Nesello Borges de. **Direito Penal Juvenil: Penalização Das Medidas Socioeducativas.** Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/eventos/conape/anais/iii_conape/Arquivos/Artigos/Resumos/DIREITO/5.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.

SILVA, Dantom G P. **CAOP da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_doutrina_outros_14_7.php>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral**. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**. Vol. 3 Nº 5, Julho de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Editora Malheiros: São Paulo, 2013)

SILVA, Jose Afonso da. **Os Princípios Constitucionais Fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/principios_constitucionais_fundamentais.pdf. Consulta em: 12/01/2015.

SILVEIRA, Mayra. **Prioridade absoluta do direito da criança e do adolescente e discricionariedade da Administração**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28284>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

SILVEIRA, Rita de Cassia Caldas da. **Adolescência e ato infracional**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rita-de-cassia-caldas-da-silveira.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2015.

SOUSA, Orlanda Pricila Lima: **A Ineficácia Das Medidas Socioeducativas e o Princípio da Culpabilidade**. in monografia apresentada à Universidade CEUMA; São Luis, 2014.

Supremo Tribunal Federal - STF – **HABEAS CORPUS - HC 70.600/SP**, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19-4-1994, DJe 157, de 21-8-2009.

_____. STF – **HABEAS CORPUS - HC 68.926/MG**, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10-12-1991, DJ de 28-8-1992, p. 13.453, RTJ 142/582).

_____. STF- Habeas Corpus - **HC 70.600/SP**. 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19-4-1994, DJe 157, de 21-8-2009 e HC 68.926/MG, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10-12-1991, DJ de 28-8-1992, p. 13.453, RTJ 142/582).

Superior Tribunal de Justiça STJ - Habeas Corpus – **HC. 2010/0146334-4**, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (1150), Órgão Julgador, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 14/08/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 31/08/2012).

_____. STJ – **Habeas Corpus** - (STJ, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/11/2013, T5 - QUINTA TURMA)

_____. STJ - (**Habeas Corpus 2014/0005460-4**, Relator Ministro Nefi Cordeiro (1159), Órgão Julgador, T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 18/09/2014, Data da Publicação/Fonte: DJe 03/10/2014)

_____. STJ - (**Agravo Regimental no Habeas Corpus 2013/0333619-0**, Relator(a) Ministra Laurita Vaz (1120), Órgão Julgador, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 26/08/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 02/09/2014)

_____. STJ - **Habeas Corpus 2010/0146334-4**, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (1150), Órgão Julgador, T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 14/08/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 31/08/2012)

_____. STJ - (**Habeas Corpus 2010/0201371-6**, Relatora Ministra Alderita Ramos De Oliveira -Desembargadora Convocada Do TJ/PE- (8215), Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 19/06/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012, RSTJ vol. 227 p. 893)

_____. STJ - **Habeas Corpus 2008/0051400-3**, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura (1131), Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, Data do Julgamento: 31/05/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 15/06/2011)

TAVARES, João Ricardo Santos. **A Súmula 108 DO STJ e a Lei 9099/95**. Disponível em:< http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_7_2_4.php>. Acesso em: 21 mai. 2015.

Tribunal de Justiça do Maranhão - TJ-MA **Apelação cível n 58.307/2014** - São Luís (Ma). Processo n 0000069-82.2014.8.10.0003, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 19/05/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

_____. TJ-MA - **Habeas Corpus - Número Único: 0005123-09.2012.8.10.0000**, Sessão do dia: 04.10.2012, Relator: Des. Raimundo Nonato De Souza. Acórdão nº. 120.708/2012. Segunda Câmara Criminal.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJ-PR - **HC: 5388501 PR 0538850-1**, Relator: José Mauricio Pinto de Almeida. Data de Julgamento: 11/12/2008, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 55.

Disponível em: <<http://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6169545/habeas-corpus-eca-hc-5388501-pr-0538850-1>>. Acesso em: 21 jun. 2015.