

*As condições – genéricas e específica -
para legítimo exercício da ação socioeducativa*

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR ^(*)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Uma proposta de sistematização das condições para legítimo exercício da ação socioeducativa. Estudo em paralelo à ação penal pública incondicionada. As falsa condições para o legítimo exercício do direito de ação menorista infracional. Do acesso a direitos menoristas fundamentais.

SUMÁRIO: 1. *Intróito - Do objeto do estudo e da sinalização da proposta;* 2. *Da Condição Especial de Pessoa em Formação. Liberdade, Respeito e Dignidade: A Trilogia da Proteção Integral;* 3. *Conceito de Ação Socioeducativa;* 4. *E as Ações Penais de Iniciativa Pública Condicionada ou Privada?;* 5. *As Condições da Ação Socioeducativa;* 5.1 *O Legítimo Exercício do Direito de Ação Penal Incondicionada;* 5.2 *A Oitiva do Menor Infrator em Sede Pré-processual como Condição Especial de Procedibilidade?;* 6. *Conclusões.*

1. INTRÓITO - DO OBJETO DO ESTUDO E DA SINALIZAÇÃO DA PROPOSTA:

O presente estudo se propõe a traçar um breve, mas não perfunctório, paralelo entre a ação socioeducativa e a ação penal pública de iniciativa incondicionada, buscando a partir daí desvendar similitudes – e diferenças – entre seus sistemas principiológicos, encartando igualmente, através deste mesmo método, as condições para o legítimo exercício da ação menorista ⁽¹⁾.

Cabe desde aqui deixar anotado que, a despeito do relevo da matéria, lamentavelmente poucos autores de escol têm dedicado seu tempo – de fato, sequer pequena parte dele – na tentativa de sistematizar os institutos menoristas referidos. Se é verdade que o Direito do Infante não tem sido transposto a manuais

⁽¹⁾ Desde já anote-se que, sem qualquer acepção pejorativa, usa-se aqui intermitentemente a palavra “menor”. De certo, há aqueles – e não são poucos – que dedicam rios de tinta em abominação histórica e psicológica desta, afirmando que estaria intrinsecamente vinculada à incapacidade. Contraditoriamente, muitos e muitos paradoxalmente se valem desta palavra. É a mania brasileira de “trocar seis por meia dúzia”, quase sempre sem ganhos significativos advindos do neologismo. Menor, aqui, é toda pessoa que tenha menos de 18 anos – tudo e apenas isto.

explicativos e de reflexão mais aprofundada, não é menos certo anotar que há pouquíssima produção literária em que se enfrente a questão ora proposta – um mal de que padece não só este ponto, repita-se, mas o estudo do Direito da Infância e Juventude de um modo geral. Garimpam-se textos aqui e ali, em livros ou *on line*, que tenham valia para os que se empenham em melhor conhecer a grande complexidade deste peculiaríssimo sistema.

De suma importância para a sistematização dos princípios e da condições para o legítimo exercício da ação socioeducativa, dada a proximidade com este outro instituto, trazer à baila as lautas contribuições doutrinárias já oferecidas no estudo da ação penal, fazendo, sempre que necessário, correções e adaptações. *Sonha-se o sonho possível* de, na seara do Direito Menorista, edificar-se teoria sistêmica do mesmo viés que aquela do Direito Processual Penal. *Tal sonho, repita-se, pode e deve ser concretizado.*

2 – DA CONDIÇÃO ESPECIAL DE PESSOA EM FORMAÇÃO. LIBERDADE, RESPEITO E DIGNIDADE: A TRILOGIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL:

Antes de mais nada é preciso afirmar com veemência que se enfrentar a questão que aqui se desvela sem sequer mencionar ou buscar elidir a incidência do sistema protetivo acima é reflexamente abster-se de enfrentá-la. Voltem-se os olhos àquele sistema e, com clareza meridiana, concluir-se-á que mesmo a ação socioeducativa consubstancia *defesa a direito fundamental de infante* (e, por extensão pelo diploma menorista, de sua família e de toda a sociedade).

Inspirado deve estar sempre aquele que se debruça sobre este ramo do Direito pelo fato de se estar tratando aqui não de pessoa já solidamente formada e cônica dos (desdobramentos de) seus atos, mas sim de **pessoa em formação**, a quem o sistema legal consagra-se a proteger e, sempre que possível, resgatar individual e socialmente. É feliz a lembrança de ARMINDA ABERASTURY no sentido de que, *verbis*:

“as modificações psicológicas que se produzem neste período, e que são correlatas de modificações corporais, levam a uma nova relação com os pais e com o mundo”
(em *Adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980, p. 24).

É pertinente, portanto, dizer-se que o estudo aqui ensaiado deve ter como norte o **respeito**, a **dignidade** e a **liberdade**, nas acepções propostas por TÂNIA DA SILVA PEREIRA, em seu formidável *“Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar”*, que nesta direção assevera, *ipsis litteris*:

“A adolescência se apresenta como fase peculiar no desenvolvimento do ser humano, marcado por modificações

físicas profundas correlatas às mudanças psicológicas, caracterizadas, sobretudo, pela instabilidade emocional. O tema central da adolescência é a descoberta de si mesmo. Nesta fase registra-se geralmente um período de intranquilidade que é difícil de avaliar: na maioria dos casos se trata de um sintoma de um processo de maturação, levando ao autoconhecimento mais profundo. O indivíduo começa a conhecer a si próprio.” (op. cit., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 54)

Abordado o tema sob um viés constitucional, valeria rememorar, então, valiosa lição do consagrado constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO, em interessante polígrafo cujo excerto ora se pede vênia para transcrever:

“O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto n.º 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e do adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, “primordialmente, o melhor interesse da criança”.

O antigo Código de Menores já veiculava a idéia do melhor interesse através da chamada “regra de ouro” do Direito Menorista (artigo 5º daquela lei), segundo a qual o superior interesse do menor sobreleva qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado. (...) De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos, educação, cultura, profissionalização e convivência familiar” (in Regime Jurídico da Participação de Crianças e Adolescentes em Programas de Televisão, pp. 23/25)

Vale ainda assim trazer à colação um dos mais brilhantes escritos dedicados ao tema, aplaudindo-se efusivamente a eminente autora ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN pela diligente e meticulosa análise da *quaestio* em seu “O Princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”:

“Discorrendo sobre o tema, o insigne MAURO CAPELLETTI, após acentuar a possibilidade de o Judiciário atuar para coibir incorreções praticadas pelos membros dos outros poderes, afirma a relevância da atuação desse poder para colaborar com a identificação do interesse público e garantia de que esse seja realmente alcançado.

*Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional. (...) O fato de o princípio da **prioridade absoluta** encontrar assento constitucional denota seu sentido norteador, verdadeira super-norma a orientar a execução e a aplicação das leis, bem como a feitura de diplomas de inferior hierarquia, tudo dentro da mais estrita legalidade.*

*Na discussão sobre a implementação dos bens-interesses previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente **jamais** pode ser denegada qualquer pretensão deduzida em juízo sob o argumento de que o administrador público tem o discricionário ‘poder’ de eleger prioridades e estabelecer oportunidades, já que a Constituição Federal, em seu artigo 227, ampliada pelo artigo 4º do ECA, não estabelece qualquer hierarquia entre os direitos ali reconhecidos como prioritários”. (in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul n.º 44, p. 220 e seguintes, edit. FESMP/RS, 2001, RS)*

Sob tal prisma, evidencia-se formidavelmente que o instituto da ação socioeducativa só pode ser bem compreendida, quando cômico o intérprete de que está vinculada intrinsecamente à própria **cidadania lato sensu** e à **dignidade** do menor - que *não* lhe podem ser negadas. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) estabelece, assim, que a ação infracional, antes de **punir** o menor, busca sócio-educá-lo, ou, em se preferindo, resgatar um desenvolvimento sadio de sua pessoa em formação - contexto no qual o Conselho Tutelar e as entidades de atendimento, que desempenham funções nodais *mesmo após* a “condenação” do infrator, detêm importância fundamental no processo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dos menores.

3. DO CONCEITO DE AÇÃO SOCIOEDUCATIVA:

É fato que a ação penal pública incondicionada está para o Direito processual como a ação socioeducativa está para o Direito Menorista. Certo, contudo, que há alguns pontos singulares que não podem passar despercebidos.

Desde já vale pontificar que descaberia neste estudo repassar a polêmica secular sobre a natureza do direito de ação penal, adotando-se, mesmo para facilitar a exposição em foco, a tese majoritária no sentido de que a ação penal é direito público, autônomo, subjetivo, abstrato, incondicionado – mas cujo legítimo exercício é, ao revés, condicionado – de o Estado-Juiz aplicar o direito ao caso concreto, punindo e buscando ressocializar o agente, satisfazendo a pretensão punitiva.

Compulsando-se os manuais clássicos de doutrina processual penal, podem-se coligar as seguintes definições de ação penal:

“a atuação correspondente ao direito de jurisdição – público, subjetivo, abstrato e autônomo – que se exercita perante os órgãos da Justiça Criminal” – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Jalovi. 1979, 5ª ed., vol. 01, p. 299.

“o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Objetivo” – NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1964, p. 32.

“o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo” MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, Saraiva, 1966, vol. 3, p. 324.

Pois bem, *passando-se o conceito em revista para lhe dar aplicabilidade à ação socioeducativa*, cumpre retificar, de plano, que aqui não há falar em aplicação (ao menos, de forma exclusiva e imediata) de direito penal objetivo ao caso concreto, pelo simples fato de, em sendo o crime fato típico, antijurídico e culpável e, ao mesmo tempo, em tratando o Direito de Infância e Juventude de infratores menores de 18 (dezoito) anos e, portanto, *inimputáveis*, suas condutas não serão tidas como criminosas. Por via reflexa, inaplicável o direito penal objetivo para tanto.

Aliás, ainda que não se adote a teoria *tripartite* do crime, mas outra qualquer mais reducionista, a conclusão não será diferente, eis que, como já se adiantou, há aplicação imediata, direta e preponderante do Direito de Infância e Juventude. Disto não se pode extrair que, então, o direito penal objetivo não seria importante para aquele outro ramo. Muito ao contrário.

Por óbvio, *haverá sim incidência mediata e indireta do direito penal objetivo* – tanto é assim que o Direito Menorista não tipifica condutas infracionais, mas tão apenas remete às figuras já criminalizadas. Daí porque todo ato infracional ser sempre análogo a crime (ou contravenção).

Outro ponto a se corrigir é o de que o escopo da ação seria “punir e ressocializar o agente”. Como alhures já ficou anotado, o sistema protetivo peculiar do Direito do Infante não pretende de forma alguma punir ninguém, mas antes proteger a criança e o adolescente.

Transparece este fim especial no que atine a *crianças*: estas, a rigor e em verdade, sequer cometem atos infracionais, e sim atos *análogos* a atos infracionais, não integrando nunca o pólo passivo da ação socioeducativa, mas tão somente ações protetivas, ou antes, a providência protetiva pelo Conselho Tutelar, independentemente de ação proposta. É o que se extrai claramente dos seguintes artigos do ECA:

“Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

Art. 101. Verificadas qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade;*
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;*
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;*
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança ou ao adolescente;*
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;*
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação ou tratamento de alcoólatras e toxicômanos;*
- VII - abrigo em entidade;*
- VIII - colocação em família substituta.*

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

- I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a VII; (...)*

Evidencia-se, assim, que a *criança “infratora”* (art. 105, ECA) recebe idêntico tratamento estatutário ao da *criança* e do *adolescente carentes* (art. 98, ECA),

sendo aplicadas em favor de todos estes as medidas elencadas no artigo 101 do ECA.

Somente em relação, pois, ao **adolescente infrator** é que será cabível a ação socioeducativa. Mas isto, por óbvio, não significa que, então, o caráter protetivo do Estatuto Menorista não lhe pertina: *sua proteção é qualificada, buscando-se não só protegê-lo, mas também socioeducá-lo, reintegrando-o ao seio de sua família e de sua comunidade*. É o que brilhantemente acentua PAULO AFONSO GARRIDO, *in textus*:

“... a expressão socioeducativa revela a preocupação do legislador concernente às finalidades das sanções: meio de defesa social – tanto que prevê a possibilidade de privação de liberdade (internação) – e instrumento educativo de intervenção no desenvolvimento do adolescente, de sorte a revelar ou desenvolver recursos pessoais básicos necessários ao enfrentamento das adversidades da vida, sem utilização de soluções violentas ou ilegais.” (PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito e Justiça: Apontamentos para um Novo Direito das Crianças e Adolescentes*. São Paulo: RT, 1989, pp. 509/510)

Merece destaque também a reflexão de ERICH FROMM:

“Um dos objetivos da educação é eliminar-se a reação antagônica de hostilidade e rebeldia. Os processos divergem; vão desde ameaças e castigos que atemorizam as crianças, até os meios mais sutis de suborno e explicações que a confundem e fazem-na desistir de sua hostilidade. Ela é ensinada a suprir a percepção de hostilidade e insinceridade nos outros; às vezes, isto não é de todo fácil...” (FROMM, Erich. *O Medo à Liberdade*. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 1983, p. 194)

No mais, tudo parece adequar-se: o direito de ação socioeducativa é autônomo, pois não se confunde com o direito material que pretende tutelar; é abstrato, pois independe de resultado final do processo; é subjetivo, pois o titular exige do Estado-Juiz a prestação jurisdicional; é público, pois se vincula à atividade jurisdicional, desta mesma natureza.

Feitas estas breves considerações, ainda que sujeita a algumas críticas ou esclarecimentos mais pormenorizados, pode-se traçar o seguinte conceito de “ação socioeducativa”: é direito público, abstrato, subjetivo, autônomo, incondicionado – mas cujo legítimo exercício é, ao revés, condicionado – de o Estado-Juiz aplicar o direito *menorista* ao caso concreto, protegendo e socioeducando o *adolescente*, autor de ato infracional análogo a crime ou

contravenção. Ou na letra do jurista MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES:

“A ação socioeducativa consiste na faculdade de se proceder em juízo em face de um adolescente autor de crime ou contravenção penal, a fim de que a ele se inflinjam as medidas socioeducativas e/ou protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a ressocializá-lo.” (FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação Socioeducativa Pública*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Iuris, 2002, 2ª. ed. revista, ampliada e atualizada, p. 31)

4. E AS AÇÕES PENAIS DE INICIATIVA PÚBLICA CONDICIONADA OU PRIVADA?

Não se poderia avançar neste estudo sem antes dissipar tudo o que possa tornar nebulosa a visão panorâmica que se pretende ter. Já se explicitou que a *criança “infratora”* (art. 105, ECA) recebe idêntico tratamento estatutário ao da *criança e do adolescente carentes* (art. 98, ECA), sendo aplicadas em favor de todos estes as medidas elencadas no artigo 101 do ECA, reduzindo-se o pólo passivo da ação socioeducativa ao *adolescente infrator*. Algumas outras premissas precisam ser fixadas.

Como o próprio título do trabalho adianta, o paralelo traçado dar-se-á com a *ação penal (condenatória) pública de iniciativa incondicionada*, e não com outras modalidades desta. E a razão é bastante simples: **somente** existe ação menorista infracional de natureza *pública* e iniciativa *incondicionada*, sendo, com a devida vênia, rotundo pleonasma falar-se em “ação socioeducativa pública”.

De se observar, de todo modo, que mesmo os doutrinadores que fazem uso da aludida – e, perdoe-se, pleonástica – expressão, não têm dúvida de que **sempre** será pública e de iniciativa incondicionada. Veja-se, *exempli gratia*, MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES:

“A titularidade da ação pertence **sempre** ao Estado, não se estabelecendo qualquer distinção entre as infrações definidas como de ação pública ou privada. Toda e qualquer ação socioeducativa será sempre de natureza pública incondicionada, prevalecendo acima de tudo o interesse de ressocialização do adolescente, de forma a atingir a imputabilidade sem que volte a delinquir.

Todo e qualquer ato infracional possui natureza pública, inclusive os atos análogos aos crime de ação pública condicionada ou de ação penal privada, haja vista que se pretende a ressocialização do adolescente, de modo a não mais praticar atos

análogos a crime ou contravenção penal, independentemente do tipo de ação penal.” (FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação Socioeducativa Pública*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2002, 2ª. ed. revista, ampliada e atualizada, pp. 32/33)

ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, douta Professora de Direito Processual Penal no Rio Grande do Sul, em seu artigo intitulado “A Lei nº 9.099/95 e o Estatuto da Criança e do Adolescente: Breve Reflexão”, assim pontificou:

“7. DA DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA OU DE SEU REPRESENTANTE LEGAL PARA O PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE. Aspecto de realce que vem permeando o trabalho dos lidadores do Direito, mais especificamente aqueles que atuam nas Varas da Infância e Juventude, prende-se à necessidade, ou não, da representação, como condição específica de procedibilidade, para apuração de atos infracionais decorrentes de crimes que desafiem ação penal pública condicionada à representação. Tão logo editado o ECA, esse questionamento foi suscitado em diversos congressos e superado por doutrinadores, no sentido de ser a ação socioeducativa sempre pública, privativa do órgão ministerial (9).

(9) CURY, GARRIDO & MARÇURA, em seu “*Estatuto Anotado*”, destacam ser a ação socioeducativa sempre pública, passível de instauração em qualquer que seja o ato infracional (p. 94, 1ª ed., Revista dos Tribunais); PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, em Palestra ministrada no I Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores, em agosto de 1989, na cidade de São Paulo, chega a afirmar ser a representação uma garantia ao adolescente, não uma acusação, distinguindo-a substancialmente da denúncia.

Portanto, não se aplicam as regras relativas à ação penal contidas na Parte Especial do Código Penal e na legislação extravagante.

Da mesma forma, não tem aplicação à ação socioeducativa pública o disposto no art. 88 da Lei nº 9.099/95, que estabeleceu a necessidade de

representação para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (10).

(10) Dispositivo esse bastante anacrônico porque deixou de fora a contravenção de vias de fato e o crime de exposição a perigo da vida ou saúde de outrem, dando a entender que as vítimas desses fatos têm menos prestígio que as de lesões corporais, bem como facilitando a *persecutio criminis in iudicio* nessas duas últimas hipóteses que são de cunho menos lesivo que as duas primeiras.

Nossa convicção, pois, é de total prescindibilidade de representação da vítima ou de seu representante legal para o processo infracional de adolescente autor de lesão leve ou de lesão culposa, bem como nas demais hipóteses de crimes de ação penal pública sujeita à representação ou até mesmo de ação privada.” (*op. cit.*, in www.mp.rs.gov.br/caopij)

Assim é que o estudo não poderia mesmo perder seu foco em direção às ações penais outras, de iniciativa condicionada ou privada.

5. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA. 5.1 O LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO PENAL INCONDICIONADA. 5.2 A OITIVA DO MENOR INFRATOR EM SEDE PRÉ-PROCESSUAL COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DE PROCEDIBILIDADE?

5.1 O LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO PENAL INCONDICIONADA.

Cabe prefacialmente recordar que, embora haja fervoroso debate doutrinário acerca da estrutura ⁽²⁾ do direito processual, certo é que, sob pena de contradição em seus próprios termos, a *ação*, ora ao lado do processo, ora da jurisdição, ora também da defesa ou do mérito, é um de seus conceitos fundamentais. No mais, de se ver que a *ação penal pública* é a mais importante das ações abordadas pelo Direito Processual Penal.

A rigor, *toda e qualquer* ação penal é **pública**, eis que o titular do *ius puniendi* sempre é o Estado, sendo a clássica classificação em pública incondicionada, pública condicionada, privada exclusiva, privada personalíssima e privada

⁽²⁾ Omite-se aqui a expressão “trilogia estrutural”, cunhada pelo jurista argentino J. RAMIRO PODETTI, em sua obra *Teoría y Técnica Del Proceso Civil y Trilogia Estructural de la Ciencia Del Proceso Civil* (Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 334), tendo em vista que hodiernamente já se alude mesmo à sua *quadriologia estrutural*, admitido mais um instituto.

subsidiária, atinente, em verdade, à *iniciativa* da ação. E tal iniciativa será, em regra, pública incondicionada, salvo *expressa* disposição legal em contrário.

No que tange às condições para o legítimo exercício da ação penal pública incondicionada, urge lembrar alguns pontos de relevo: *primo*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, conquanto aceitando como tais a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido (em suas acepções clássicas), aduz que, por força do primado *nulla poena sine iudicio*, sempre haveria interesse jurídico, havendo os que contra-argumentem lembrando a hipótese de prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena ideal; *secundo*, AFRÂNIO SILVA JARDIM acrescenta ainda que a **originalidade** há de ser repensada como condição para regular exercício da ação, atentando à contradição da expressão “pressupostos processuais em seus próprios termos negativos”. Adita ainda a **justa causa** como outra condição, devendo se confrontar o alcance dado por SERGIO DEMORO HAMILTON (alcançando apenas a autoria e a materialidade) e a dada por aquele (englobando inclusive a ilicitude e a tipicidade).

Quanto a tais condições, e as observações que lhes seguem, assente a doutrina no sentido de seu integral acolhimento no Direito Menorista. Todavia, cumpre tecer algumas breves considerações.

PAULO AFONSO GARRIDO, em sua obra já citada, exemplifica como impossibilidade jurídica do pedido pretender-se a aplicação de medida socioeducativa a criança ou, mesmo a adolescente, neste último caso, quando diante de conduta para a qual não haja análoga tipicidade criminal ou contravencional.

De resto, veja-se que o artigo 182, § 2º do ECA, ao adjetivar como prescindível a existência de prova pré-constituída da autoria e da materialidade do ato infracional **não afasta a justa causa como condição para legítimo exercício da ação socioeducativa**. Como bem escreve GARRIDO:

“Isto não significa que a representação possa brotar de irrefletidas e vagas suposições, beirando a inidoneidade; é mister um mínimo de viabilidade, resultante de elementos colhidos nas fases precedentes, notadamente em relação à autoria, de sorte que a apuração dos fatos revele-se necessária.”
(PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito e Justiça: Apontamentos para um Novo Direito das Crianças e Adolescentes*. São Paulo: RT, 1989, p. 512)

MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES *vislumbra aqui uma mitigação do rigor do interesse de agir do processo penal*, já que a prova seria colhida em juízo.

Suma venia concessa, ousa-se discordar de tal assertiva: o interesse de agir, enquanto binômio “necessidade-adequação”, subsiste incólume a este dispositivo. Antes, tudo indica tão apenas que, ao contrário do que ocorre com o

Direito Processual Penal, onde não raras vezes exige o legislador determinada prova pré-constituída como condição para o regular oferecimento de denúncia (exemplos típicos ⁽³⁾ são o do crime contra a propriedade intelectual – em que se exige prévio laudo pericial de contrafação –, o da Lei de Tóxicos – em que há a necessidade de, ao menos, trazer-se aos autos laudo prévio de natureza de substância), em sede menorista, não há falar em nada disto, descabendo – este sim *l'esprit de la loi* – analogia para com aqueles ritos do CPP (ou legislação processual penal extravagante) e suas formalidades.

Dúvida maior surge, no entanto, quanto à existência ou não de condição especial de procedibilidade atinente à oitiva do infrator em sede extrajudicial e pré-processual. Vale dedicar mais atenção, assim, a este ponto.

5.2. A OITIVA DO MENOR INFRATOR EM SEDE PRÉ-PROCESSUAL COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DE PROCEDIBILIDADE?

"Já é fazer uma boa ação o tentar fazê-la"

LAURENCE STERNE, escritor inglês (1713-1768)

Tão ricas as hipóteses que podem, na prática, exsurgir do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente que há quem afirme que a oitiva do infrator em sede extrajudicial pelo Ministério Público ⁽⁴⁾ não mereceu do Legislador a atenção adequada, apenas havendo sido dedicado ao ato aquele único artigo ⁽⁵⁾. O que, em tese, seria simples oitiva, desprovida de qualquer formalidade, tornou-se verdadeira fonte de divergências e de nulidades.

Antes mesmo de se transcrever o aludido artigo e sobre ele se debruçar, cumpre lembrar, de antemão, que *o adolescente tem resguardado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente o direito de ser ouvido diretamente pelo Ministério Público em todo e qualquer procedimento, judicial ou extrajudicial e, em especial, quando da apuração de ato infracional:*

"Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: (...)

V - direito de ser ouvido diretamente pela autoridade

⁽³⁾ Vide por todos FERNANDO CAPEZ, em seu *Curso de Processo Penal* (São Paulo: editora Saraiva, 4ª ed., Revista, 1999, pp. 541/542).

⁽⁴⁾ A Doutrina oferece diferentes denominações para a audiência prevista pelo artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "audiência de apresentação ministerial"; "audiência prévia"; "audiência informal"; etc. Apenas a primeira arrolada é que não parece adequada, uma vez que o ECA reserva tal *nomen* ao ato judicial previsto por seu artigo 184. De todo modo, mudam-se os nomes, mas a substância continua, por óbvio, a mesma.

⁽⁵⁾ Tal afirmação, como adiante se verá, não é verdadeira. *Maxima venia concessa*, a interpretação que se resume à análise deste artigo é absolutamente incompleta e simplista.

competente.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público.”

Bom se lembrar que tal direito à oitiva direta vem escoimado pela *Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança* – UNICEF ⁽⁶⁾, dotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989:

“**Artigo 12 – 1.** Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança. **2.** Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. **Resumo - A Opinião da Criança.** O direito da criança de expressar uma opinião e de ter esta opinião levada em consideração em qualquer assunto ou procedimento que afete a criança.”

Feita esta necessária digressão, que há de ser a “pedra de toque angular” da questão, passa-se à análise do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ora transcrito:

“**Art. 179.** Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto

⁽⁶⁾ Não se deixe enganar pelo fato de tal diploma se intitular como que dedicado a **crianças**, em exclusão a **adolescentes**. Verifique que, a despeito de sua nomenclatura, consagra-se também a defesa destes últimos: “**Parte I - Artigo 1** - Para efeitos da presente convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. **Resumo - Definição de Criança** Todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, a não ser quando por lei do seu país a maioridade seja determinada com idade mais baixa”.

Sendo a maioridade penal em nosso direito atingida aos 18 anos de idade, beneficiados pela Convenção estão também, portanto, os adolescentes.

de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. *Em caso de não-apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do menor, podendo requisitar o concurso das polícias Civil e Militar."*

Mesmo quando o infante é efetivamente ouvido, *ut* apresentação espontânea ou coercitiva, hipótese em que a lei é mais clara, diverge a Doutrina acerca de questões pontuais, tais como a necessidade de acompanhamento do menor por advogado⁽⁷⁾ ou se o juiz pode ou não indeferir requerimento do Ministério Público para que a notificação dos pais seja feita por oficial de justiça⁽⁸⁾.

Problema maior – e bastante comum para os atuam na área de Infância e Juventude – surge quando não se procede à oitiva do artigo 179 da Lei n.º 8069/90, seja porque o Promotor de Justiça entendeu por bem dispensá-la, conquanto viável (o que, como aqui se sustentará, eiva de nulidade o procedimento), seja porque não era possível, na prática, realizá-la, tendo em vista a não-localização do menor (hipótese em que, como se verá, deve o feito prosseguir em seus termos regulares).

Há basicamente 03 (três) posições às quais vem se filiando os estudiosos da matéria: **a)** a referida oitiva é dispensável, desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional; **b)** tal oitiva é dispensável, desde que se torne inviável implementá-la e se tente *ipso facto* notificar o responsável; **c)** a oitiva é absolutamente indispensável, devendo, se não for caso de arquivamento, ser sobrestado o feito e expedido mandado de busca e apreensão do menor.

⁽⁷⁾ A despeito de brilhante argumentação em contrário, majoritariamente se admite que, em fase pré-judicial, de caráter inquisitório, a presença de advogado, embora aconselhável, é prescindível, não gerando qualquer nulidade sua ausência ao ato.

⁽⁸⁾ Aliás, útil e oportuno artigo lavrado pelo sempre brilhante jurista MURILLO JOSÉ DIGIACOMO, DD. Promotor de Justiça integrante do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, cuja qualidade da obra, em conjunto, é exponencial, em que trata da possibilidade – e mais, em determinados casos, da obrigatoriedade – da notificação para a audiência preliminar ministerial pelo Oficial de Justiça, não podendo o juiz indeferir requerimento neste sentido. *Vide* "Oitiva Informal do Adolescente Acusado da Prática de Ato Infracional: Notificação para o Ato por Oficial de Justiça", no *site* oficial do Ministério Público do Paraná (www.mpp.pr.gov.br/institucional/capoio/caopca/artigos/oitiva.html).

Em sentido contrário, com fulcro na autonomia institucional do Ministério Público, *vide* MARCIO MOTHÉ FERNANDES, em sua obra "Ação Sócio-Educativa" (p. 36, primeiro parágrafo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, edit. Lumen Iuris, RJ, 2002).

A despeito de brilhante posicionamento em contrário ⁽⁹⁾, considerar a oitiva do adolescente como mero ato instrutório ou de convicção ministerial é inexoravelmente simplista: tal ato – tal como o interrogatório, em sede processual penal - tem caráter multifário, constituindo sim ato de instrução e de convencimento do Promotor de Justiça, mas também ato de defesa do menor e pressuposto para oferecimento de remissão.

Fixada esta premissa básica, resta por demais evidente que *ainda que haja suficientes indícios de autoria e materialidade do ato infracional, não se pode, com base nisto, dispensar a oitiva do adolescente, sob pena de violação das normas legais de Direito Pátrio e Internacional antemencionadas e mesmo de normas constitucionais, tais como as inspiradas nas cláusulas pétreas da ampla defesa e do devido procedimento legal* ⁽¹⁰⁾.

Pertinente a bem elaborada pesquisa doutrinária implementada pelo ilustre jurista BRUNO HENRIGER JUNIOR, in *“Questões Controvertidas do ECA”*:

“ Os principais comentadores do Estatuto apresentam diferentes posições sobre o conteúdo dos dispositivos mencionados, mas *nenhum permite ao Promotor de Justiça deixar de inquirir o infrator e seus pais ou responsável, se possível*. Assim, CONCEIÇÃO A. MOUSNIER, com base no art. 111, V, do ECA, elabora o *“direito à oitiva pessoal”*, que se estenderia à atuação do Ministério Público (*“O Ato Infracional”*, RJ, Liber Juris, 1991, p. 24). ALYRIO CAVALLIERI, além de exigir a prévia oitiva do infrator, *afirma dever ser afastada a informalidade da medida, apesar do que estabelece a lei* (*“Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”*, RJ, Forense, 1991, p. 188). Neste sentido são também, de certa forma, as lições de JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA (*“Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários”*, SP, RT, 1994, p. 303) e de PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*“Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”*, SP, Saraiva, 1991, p. 245). ANTÔNIO CHAVES, apesar de esposar o entendimento de ALYRIO CAVALLIERI, antes referido, *critica a repetição de inquirições* (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça,

⁽⁹⁾ Assim já se manifestou a 7ª Câmara Cível do TJRS, ao apreciar o AI n.º 593008063, em 07.04.93: “A prévia inquirição dos menores pelo Ministério Público ocorre apenas para melhor habilitar o Dr. Promotor de Justiça para a correta classificação do ato infracional atribuído aos infratores. Podendo contar com outras informações, a prévia inquirição torna-se desnecessária...”.

⁽¹⁰⁾ Melhor aduzir-se a “procedimento” e não a “processo”, eis que não há sequer ação oferecida. Mesmo alerta é feito pelo ilustre Promotor de Justiça MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, em sua obra *“Ação Sócio-Educativa”* (p. 35, último parágrafo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, edit. Lumen Iuris, RJ, 2002).

Juiz de Direito), *sem admitir, contudo, a possibilidade de dispensa de ouvida pelo Parquet* ("Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", SP, LTr, 1994, p. 597). WILSON DONIZETI LIBERATI, diferentemente, entende *desnecessária* a redução a termo das declarações prestadas pelo adolescente ao Promotor de Justiça ("Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", SP, Malheiros Editores, 1993, p. 155). Por fim, JURANDIR NORBERTO MARÇURA entende dispensável a apresentação, se **atípica** a conduta, se **criança** o autor, se **desconhecido** o endereço do adolescente ("Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", SP, Malheiros Editores, 1992, p. 500) – *op. cit.*, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* n.º 40, pp. 183/200 – Grifos nossos.

Refutam-se, neste momento inicial, o sobrestamento do feito e expedição de mandado de busca e apreensão, uma vez que não é caso de analogia para com o artigo 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A afirmação de que o feito deveria ser sobrestado, expedindo-se mandado de busca e apreensão do infante, enquanto **argumento de conveniência**, é absolutamente compreensível, uma vez que o Promotor de Justiça, com isto, não tem o trabalho de elaborar a representação. Tal tese, com a devida vênia, somente se justifica, sem hipocrisia, neste ponto. *Todavia, a assertiva é sofismática quando lastrada em analogia ou no princípio da instrumentalidade.*

O princípio da instrumentalidade indica que o interprete deve harmonizar os meios com os fins legais, estes justificando aqueles. Pergunta-se: qual seria o objetivo de se paralisar o feito em sede extrajudicial? Nenhum, a não ser, como já dito, diminuir o volume de trabalho ministerial, sempre em detrimento do adolescente, cuja defesa sofre grave revés sem a judicialização de seu caso.

E o ECA, na hipótese que ora se analisa, não dá qualquer azo a isto, havendo verdadeiro *silêncio eloqüente* quanto à expedição de mandado de busca e apreensão, a obstar tal medida – que, por precoce, propositadamente restou relegada à fase judicial, *ex vi* artigo 183, parágrafo terceiro ⁽¹¹⁾.

No mais, não se ter em mente alguns artigos que tratam da questão, que excluem ex contrario sensu a possibilidade de suspensão do feito neste momento e que ratificam categoricamente a viabilidade de oferecimento de representação no caso sub oculis:

⁽¹¹⁾ Transcreve-se o artigo: "Art. 183. Oferecida a representação (...) 3º. Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até efetiva apresentação".

“Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.”

À luz deste artigo, explicita-se que ao *Parquet* cabe promover o arquivamento, conceder a remissão ou oferecer representação. Tais hipóteses são verdadeiros *numerus clausus*. Em havendo indícios de autoria e materialidade para representação, esta deve ser oferecida. E tal conclusão vem sedimentada em mais um dispositivo:

“Art. 182. *Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação de medida socioeducativa que se afigurar mais adequada. – g.n.*”

Diante da não-localização do menor, a remissão fica afastada de plano, eis que pressupõe aceitação **pessoal**. Em não sendo caso de arquivamento, o Promotor de Justiça haverá, mesmo sem ter ouvido o menor, de propor a ação socioeducativa. Resta evidenciado, assim, que a expressão “*por qualquer razão*” alcança também a hipótese em que, a despeito de notificados os pais do menor anteriormente não apresentado, este não chega a ser ouvido, seja porque se evadiu, seja porque, expedido mandado de condução, ficou negativo, seja porque o mandado de notificação dos responsáveis ⁽¹²⁾ ficou frustrado por haver sido apresentado endereço errado ⁽¹³⁾ etc.

⁽¹²⁾ Sobre a significação de “responsável” no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, *vide* por todos o exaustivo artigo “O responsável de fato e o responsável legal na Lei n.º 8069/90 e seus reflexos na regra da competência” por MÁRCIA MARIA TAMBURINI PORTO SARAIVA e JANAINA MARQUES CORREIA, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n.º 11, período janeiro/junho de 2000, pp. 187/197.

⁽¹³⁾ A se referir à hipótese de combinação dos artigos 174 e 179 do ECA, quando o menor é liberado mediante compromisso dos pais e não chega a ser ouvido por endereço fornecido ao tempo da liberação ser errado, fica ainda mais evidente a idéia de que o feito não pode ser estagnado. É lição milenar do Direito de que *ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza* – o que aqui ocorreria se admitido óbice ao prosseguimento do rito. *Aliás, tal idéia não é nova: durante o III Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, realizado em 1994 na cidade de Canela/RS, o culto Promotor de Justiça CARLOS ROBERTO LIMA PAGANELLA já havia proposto a seguinte tese: “Desnecessidade de prévia notificação ao adolescente e seus pais ou responsáveis (art. 179, parágrafo único, ECA) para oferecimento de representação, quando na Delegacia de Polícia os pais assinaram termo de responsabilidade de que apresentariam o adolescente ao Ministério Público” (Anais do III Congresso Estadual do Ministério Público, p. 292).*

Não fosse entendida tal expressão assim, violar-se-ia nodal **vetor de interpretação**: *na lei, não há palavra inútil*, cabendo ao hermeneuta buscar seu real significado; todos os termos utilizados pelo Legislador devem, a princípio, ter peso e valor, não podendo vocábulos ou expressões serem relegados a oblvio ao talante do intérprete, sob pena de se distorcer o verdadeiro espírito da norma. *Ao não se interpretar a expressão "por qualquer razão" sob tal enfoque, restaria uma dúvida absolutamente angustiante: se não fosse este o motivo de o Legislador empregá-la naquele dispositivo, então qual foi?*

Vale atentar para o valioso ensinamento cunhado pelo juriconsulto gaúcho ADALBERTO PASQUALOTTO, in *"Atuação do Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente"*:

"Como última alternativa, está a representação, a ser oferecida à autoridade judiciária, visando a aplicação das medidas socioeducativas previstas no art. 112. Não depende, necessariamente, de forma escrita. Como se prevê no art. 182, par. 1º, a representação pode ser deduzida oralmente. Em muitas circunstâncias, a representação poderá ser preferida, por falta de avaliação definitiva do caso, seja pela impossibilidade de ouvir todos na curadoria (falta de comparecimento ou número excessivo), seja pelas dúvidas remanescentes." (op. cit., in Rev. do MP do Estado do Rio Grande do Sul n.º 24, pp. 41/48) – g.n.

Veja-se que o artigo 179 tão apenas dispõe que, não sendo apresentado o menor, o Ministério Público notificará os pais ou responsáveis do adolescente para que o apresentem, podendo requisitar para tal fim força policial. **Tudo e apenas isto o Promotor de Justiça deve – ao menos, tentar – fazer.**

Mas se observe com especial atenção: a tese que ora se sustenta lança alicerces não em pura convicção íntima, tampouco na leitura isolada de um artigo, mas na análise mais abrangente e profunda do Estatuto da Criança e do Adolescente e de princípios outros que não apenas os já mencionados, todos devidamente confrontados entre si.

Se, de um lado, cumpre reconhecer o direito de o menor ser ouvido, por outro lado, insta afastar o entendimento de que tal oitiva informal do adolescente seja condição especial de procedibilidade da ação socioeducativa. Isto porque, se é correto que a lei não permite ao Promotor de Justiça deixar arbitrariamente de ouvir o menor, por certo tampouco proíbe que prossiga o rito diante da impossibilidade de se realizar o ato. Ademais, é mesmo incongruente alçar-se a pressuposto formal algo que a própria lei define, em sua essência, como informal.

Mais correto, *ainda que se trate de tênue diferença*, aludir não à oitiva em si, mas sim à **tentativa de oitiva do adolescente e, em quedando frustrado tal ato, à subsequente tentativa de notificação dos responsáveis como condição de**

procedibilidade da ação socioeducativa. Aliás, este o posicionamento adotado pela e. Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

"EMENTA 264 – Audiência Preliminar – Oitiva do menor. A realização de audiência preliminar a que alude o artigo 179 do ECA não é condição de procedibilidade. O que constitui condição de procedibilidade é a tentativa de notificação dos pais ou responsáveis para apresentação do adolescente infrator ao Promotor de Justiça" in Polígrafo intitulado "Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Estágio Probatório – 2001"

Mais uma vez se transcreve ensinamento valioso traçado pelo eminente jurista BRUNO HERINGER JUNIOR, in *"Questões Controvertidas do ECA"*:

"Chegou-se, inclusive, a erigir tal medida à categoria de 'condição de procedibilidade', solução manifestamente equivocada, pois alça a pressuposto formal aquilo que a própria lei define como informal.

O que estes entendimentos revelam, entretanto, é a inclinação burocratizante de nosso sistema de justiça formal, comprometendo até mesmo os objetivos mais elevados da nova lei.

Desde o início, porém, aplicadores do Direito deram-se conta de que o dispositivo legal não tinha a extensão que se lhe estava tentando dar, tanto que eram - e ainda são - bastante frequentes as representações oferecidas sem prévia oitiva do adolescente e responsáveis. (...)

O amadurecimento da questão, dado o tempo de vigência do dispositivo, permitiu o surgimento de entendimentos jurisprudenciais preocupados com a simplificação e a celeridade do procedimento para a apuração de ato infracional atribuído a adolescente.

Acórdão publicado em Lex 164/278 (Ac. 2º V. TJSP - Rec. em Sent. Estr. n.º 18.344-0-SP, de 11.08.94), teve a seguinte ementa: "Menor. Representação. Oitiva de adolescente. Providência não obrigatória. Menor não apresentado. Inquirição não alçada à condição de pressuposto da ação. Art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido para este fim

– Se a inquirição informal do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente for alçada, antes de instaurado o procedimento, à condição de pressuposto da ação, bastará que o adolescente se furte e, deliberadamente, deixe de se apresentar ou ser apresentado para que a Justiça da Infância e da Juventude se frustrate.” – *op. cit.*, in *Rev. do Ministério Público/RS* nº 40, pp. 183/200 – grifos nossos.

Não se traça ali dever legal de o Parquet expedir ofícios de praxe para localização do menor, nem determina, neste momento, o sobrestamento do procedimento, como já visto.

Quanto à expedição de ofícios para localização do menor, trata-se de louvável medida tomada *ad cautelam* pelo Promotor de Justiça, mas que não corresponde a qualquer dever legal. Por óbvio, se fosse este o intuito do Legislador, haveria de tê-lo explicitado. Ao revés, a ele bastou notificarem-se os pais, admitida a condução coercitiva, e pronto. “*Adotadas as providências aludidas no artigo anterior*”, preceitua o artigo 180, poderá o Ministério Público oferecer representação.

Em verdade, aliás, mais cabido, à luz do parágrafo único do artigo 179 do ECA, seria expedir ofícios para tentar localizar *os pais ou responsáveis*, na hipótese em que estes não houvessem previamente fornecido endereço. Fora tal hipótese, sequer isto seria curial ao prosseguimento do feito.

Veja-se que o oferecimento de representação sem oitiva do menor, desde que tal tenha sido tentado ut tentativa – e aqui não há qualquer redundância ⁽¹⁴⁾ – *de notificação do responsável, não viola o devido processo legal ou a ampla defesa.*

Num tanto, de se atentar que, em não havendo ação proposta, sequer seria caso de se falar em “processo”. Demais disso, há que se reconhecer que o rito legalmente delineado é exatamente este, sendo *irrazoável* e *contra legem* a interpretação no sentido de que, não localizado o menor, tudo deveria parar. O procedimento vem definido, como aqui já se afirmou, não por um único artigo, mas por um sistema que deve ser interpretado com o norte da *razoabilidade*.

Como já se disse alhures, muitos são os que sustentam a natureza civil do ECA e, por consequência, do procedimento referente ao ato infracional – o que afastaria alegações de violação à ampla defesa, princípio nitidamente mais sensível no âmbito criminal. Não é isto, no entanto, que serve de sustentáculo ao afirmado acima. Antes, aqui se abomina tal teoria civilista, contra a qual já se manifestou o eminente jurista EDSON SÊDA, em sua insuperável obra dedicada ao tema e propriamente intitulada como “*Os Eufemistas e as Crianças no Brasil*” ^(14-A).

⁽¹⁴⁾ Tenta-se ouvir o genitor para (se tentar) ouvir o infrator.

^(14-A) Na obra, a partir de um pronunciamento de uma Promotora de Justiça paulista, o jurista tece duras críticas e incisivos comentários à tese de que o ECA tem caráter puramente civilista. (*op. cit.* Edição Adês, Rio de Janeiro, 1999).

Noutro tanto, ao tempo em que o procedimento investigatório tem cunho sigiloso e não-contraditório, o processo judicial, que pressupõe o exercício do direito de ação através de representação, permite ao menor conhecer todas as provas que militam contra si e lhe possibilita contraditá-las – noutros termos, ali é que está a verdadeira defesa – cláusula esta que, por óbvio, não pode ser interpretada em desfavor do menor. E ainda que se admitisse mais gravosa ao adolescente a judicialização do caso (do que se discorda veementemente), cumpriria reconhecer que a defesa é ampla, *mas não é irrestrita*, devendo até mesmo ela curvar-se aos ditames e aos limites da lei.

E observe que o Estatuto da Criança e do Adolescente admite algo bem mais grave que a simples representação sem oitiva do representado: *o juiz pode prolatar sentença condenatória sem que dela seja necessariamente intimado o adolescente* (vide artigo 190, inciso II e parágrafo primeiro, ECA) – o que nos leva a crer ainda mais na idéia de que a oitiva do adolescente é valiosa, mas não é imprescindível, uma vez que mesmo sua falta à audiência de continuação **não** pode ser entrave ao prosseguimento do feito, sendo expressamente possível prolação de sentença em seu desfavor ⁽¹⁵⁾. Ora bem, *se é possível o mais, é também possível o menos*.

Bem escreve MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, com lastro em jurisprudência paulista ⁽¹⁶⁾, em sua obra “*Ação Socioeducativa*”:

“A Lei Menorista vigente, nos moldes da Constituição de 1988, assegurou aos infratores o contraditório e a ampla defesa, entre outras garantias. Ao adolescente que não se apresentar, será nomeado defensor, a quem competirá defender seus interesses. Se assim não fosse, ou melhor, se a oitiva do adolescente constituísse pressuposto de admissibilidade da ação socioeducativa, bastaria que o infrator não comparecesse para que deixasse de ser processado e, conseqüentemente, deixasse de ser responsabilizado pelo ato praticado.” (*op. cit.*, pp. 42/43, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, edit. Lumen Juris, RJ, 2002)

⁽¹⁵⁾ Observe-se que, à luz de tal artigo, o comparecimento do adolescente à audiência de continuação é **absolutamente desnecessária**, não sendo caso sequer de se conduzir coercivamente o menor ausente.

⁽¹⁶⁾ O autor traz, em sua obra, referência ao acórdão n.º 17.784-0/6, do TJSP, Relator Lair Lourenço, *ipsis litteris*: “A oitiva do menor, ainda que obrigatória, por força de imperativo legal (art. 179 do ECA), não pode ser erigida como condição para o exercício da representação, assim entendida r. decisão recorrida que buscou aplicação subsidiária do art. 43, III, 2ª parte do CPP”.

7. CONCLUSÕES:

Tudo isto exposto, apresentam-se as seguintes conclusões do estudo acima realizado:

- *Antes de mais nada* é preciso afirmar com veemência que enfrentar a questão que aqui se desvela sem sequer mencionar ou buscar elidir a incidência do sistema protetivo acima é reflexamente abster-se de enfrentá-la. Voltem-se os olhos àquele sistema e, com clareza meridiana, concluir-se-á que mesmo a ação socioeducativa consubstancia **defesa a direito fundamental de infante** (e, por extensão pelo diploma menorista, de sua família e de toda a sociedade);

- Por óbvio, *haverá sim incidência mediata e indireta do direito penal e processual penal objetivo* – tanto é assim que o Direito Menorista não tipifica condutas infracionais, mas tão apenas remete às figuras já criminalizadas. Daí porque todo ato infracional ser **sempre** análogo a crime;

- Outro ponto a se corrigir é o de que o escopo da ação seria “punir e ressocializar o agente”. Como alhures já ficou anotado, o sistema protetivo peculiar do Direito do Infante não pretende de forma alguma punir ninguém, mas antes proteger a criança e o adolescente. Sua proteção é **qualificada**, buscando-se não só protegê-lo, mas também sócio-educá-lo, reitegrando-o ao seio de sua família e de sua comunidade;

- A “ação socioeducativa” é direito público, abstrato, subjetivo, autônomo, incondicionado – mas cujo legítimo exercício é, ao revés, condicionado – de o Estado-Juiz aplicar o direito **menorista** ao caso concreto, protegendo e sócio-educando o *adolescente*, autor de ato infracional análogo a crime ou contravenção;

- Tem-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um diploma híbrido: se, quando diante de situações de carência, assume mais nitidamente, seu caráter civil, quando perante atos infracionais, aproxima-se muito dos vetores do Direito Penal e Processual Penal, devendo as garantias nestes presentes serem também lá adotadas em resguardo do infante;

- Como o próprio título do trabalho adianta, o paralelo é

traçado entre a *ação penal (condenatória) pública de iniciativa incondicionada*, e não com outras modalidades desta. E a razão é bastante simples: **somente** existe ação menorista infracional de natureza *pública* e iniciativa *incondicionada*, sendo, com a devida vênia, rotundo pleonasmo falar-se em “ação socioeducativa pública”;

- Cuidado que de tão importante merece ser consignado é o de que, a toda evidência, qualquer tentativa de transposição de lições doutrinárias de um instituto para outro **deve** ater-se a um prévio e profundo conhecimento de ambos os institutos e, bem mais, da compatibilidade do enxerto de parte de um no organismo do outro;

- Ecoa no Poder Judiciário e no Ministério Público o clamor social por *acesso à justiça*, não como fim em si mesmo, mas como meio de realização prática de direitos. No mesmo passo, vozes ressonantes de nossa Doutrina anunciam que o Direito – como um todo, e não apenas seu ramo Processual – há de atender a este chamado, tornando-se não obstáculo, mas um meio de se garantir a consecução de tal desiderato comunitário, somente assim justificando sociologicamente sua existência;

- As condições do legítimo exercício da ação menorista infracional são as mesmas do regular exercício da ação penal pública incondicionada: interesse de agir, legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido, justa causa e originalidade;

- O **artigo 182, § 2º do ECA**, ao adjetivar como prescindível a existência de prova pré-constituída da autoria e da materialidade do ato infracional **não afasta a justa causa como condição para legítimo exercício da ação socioeducativa, nem tampouco consubstancia mitigação do rigor do interesse de agir do processo penal**. O interesse de agir, enquanto binômio “necessidade-adequação”, subsiste incólume a este dispositivo. Antes, tudo indica tão apenas que, ao contrário do que ocorre com o Direito Processual Penal, onde não raras vezes exige o legislador determinada prova pré-constituída como condição para o regular oferecimento de denúncia (exemplos típicos ⁽¹⁷⁾ são o do crime contra a propriedade intelectual – em que se exige prévio laudo

⁽¹⁷⁾ Vide por todos FERNANDO CAPEZ, em seu *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª ed., Revista, 1999, pp. 541/542.

pericial de contrafação –, o da Lei de Tóxicos – em que há a necessidade de, ao menos, trazer-se aos autos laudo prévio de natureza de substância), em sede menorista, não há falar em nada disto, descabendo – este sim *l'esprit de la loi* – analogia para com aqueles ritos do CPP (ou legislação processual penal extravagante) e suas formalidades;

- A oitiva do menor não pode ser dispensada pelo Promotor de Justiça, por já contar com indícios de autoria e materialidade suficientes para oferecimento da representação, tendo em vista a natureza multifária daquela, que consubstancia não apenas ato de instrução do feito e de convencimento do Promotor de Justiça, mas também autodefesa do adolescente e pressuposto de remissão;

- **Todavia**, a oitiva do adolescente não é condição especial de procedibilidade da ação socioeducativa, mas sim a (tentativa de) notificação de seus pais ou responsáveis, admitida condução coercitiva. Tudo e apenas isto;

- Não se pode sobrestar o feito e expedir mandado de busca e apreensão do adolescente não-localizado em sede extrajudicial, não sendo caso de analogia ao artigo 183 do ECA. Ao revés, há silêncio eloqüente a obstar tal *ratio*, à luz dos artigos 179, parágrafo único, 180, 182 (“por qualquer razão”) e 190, inciso II, todos daquele diploma, a par de o princípio da **razoabilidade** estar também em pauta;

- O oferecimento de representação sem oitiva do adolescente não viola os princípios do devido “processo” legal (eis que o “processo” é exatamente este, definido pelos artigos e pelo princípio acima anotados), da instrumentalidade (eis que não há qualquer fim que justifique a paralisação ilegal e irrazoável do feito neste momento, em desfavor do menor) ou da ampla defesa (que não é irrestrita e cuja cláusula não pode ser aplicada contra o adolescente por ela teleologicamente protegido, por benéfica a judicialização do caso), ainda quando afastada a idéia de que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui natureza civil (do que se discorda sem prejuízo da corrente aqui sustentada);

Rio de Janeiro, 12 de outubro de 2003.

⁷⁾ JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
