

## Da não-oitiva do infrator em sede extrajudicial

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR (\*)

“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 <sup>1</sup> não mereceu do Legislador a atenção adequada, apenas havendo sido dedicado ao ato aquele único artigo <sup>2</sup>. 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 relembrar, 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 competente.

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

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

Bom se rememorar que tal direito à oitiva direta vem respaldado pela CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA<sup>3</sup> - UNICEF, adotada 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 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.

---

<sup>3</sup> 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 maioria 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 maioria seja determinada com idade mais baixa*”. Sendo a maioria penal em nosso direito atingida aos 18 anos de idade, beneficiados pela Convenção estão também, portanto, os adolescentes.

**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 <sup>4</sup> ou se o juiz pode ou não indeferir requerimento do Ministério Público para que a notificação dos pais seja feita por oficial de justiça <sup>5</sup>.

Problema maior - e bastante comum para os que 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 vêm 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.*

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Aliás, útil e oportuno artigo lavrado pelo sempre brilhante jurista MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, 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/capoi/caopca/artigos/oitiva.html](http://www.mpp.pr.gov.br/institucional/capoi/caopca/artigos/oitiva.html))*. Em sentido contrário, com fulcro na autonomia institucional do Ministério Público, *vide* MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, em sua obra *Ação Sócio-Educativa* (p. 36, primeiro parágrafo, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, Edit. Lumen Juris, RJ, 2002).

A despeito de brilhante posicionamento em contrário <sup>6</sup>, considerar a oitiva do adolescente como mero ato instrutório ou de convicção ministerial é inexoravelmente simplista: este 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* <sup>7</sup>.

Pertinente a bem elaborada pesquisa doutrinária implementada pelo ilustre jurista BRUNO HERINGER 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 MÓNACO 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

<sup>6</sup> 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 toma-se desnecessária...*”.

<sup>7</sup> 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).

CHAVES, apesar de esposar o entendimento de ALYRIO CAVALLIERI, antes referido, critica a *repetição de inquirições* (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, 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 <sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> 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”.

No mais, hão de 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*:

“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 sócio-educativa.”

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 <sup>9</sup>, 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 sócio-educativa 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 sócio-educativa. 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 <sup>10</sup> se frustrou por haver sido apresentado endereço errado <sup>11</sup>; *etc.*

<sup>9</sup> Consigne-se a absurda inconstitucionalidade do artigo 114, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite a aplicação de advertência diante de prova de materialidade e mero indício de autoria. Violou o Legislador sem pudores a presunção constitucional da inocência.

<sup>10</sup> 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° 8069/90 e seus reflexos na regra da competência” por MÁRCIA MARIA TAMBURINI PORTO SARAIVA e JANAÍNA MARQUES CORRÊA, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n.º 11, período janeiro/dezembro de 2000, pp. 187/197.

<sup>11</sup> 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

Não fosse entendida tal expressão assim, violar-se-ia nodal VETOR DE INTERPRETAÇÃO: *na lei, não há palavra inútil*, cabendo ao hermenêuta 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 oblição 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 sócio-educativas 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 sócio-educativa. 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 sócio-educativa*. 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 a 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 HERINGES 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 freqüentes 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. 2ª 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 a*



*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 frustre.” - op. cit., in Rev. do Ministério Público/RSnº 40, p 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. Vale a pena ler novamente a nota de rodapé n.º 10.

*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 - 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”<sup>12</sup>. 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 pro-

---

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).

<sup>12</sup> Vide nota de rodapé n. 7.

cedimento 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*.

*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 foram lançadas suficientes pedras pelo eminente jurista EDSON SEDA, em sua insuperável obra dedicada ao tema e propriamente intitulada como *Os Eufemistas e as Crianças no Brasil*<sup>13</sup>.

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-se 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, *más 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<sup>14</sup>. Ora bem, *se é possível o mais, é também possível o menos*.

Bem escreve MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES, com lastro em jurisprudência paulista<sup>15</sup>, em sua obra *Ação sócio-educativa*:

“A Lei Menorista vigente, nos moldes da  
Constituição de 1988, assegurou aos infratores o

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> Observe-se que, à luz de tal artigo, o comparecimento do adolescente à audiência de continuação é *absolutamente desnecessário*, não sendo caso sequer de se conduzir coercivamente o menor ausente.

<sup>15</sup> 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 a decisão recorrida que buscou aplicação subsidiária do art. 43, III, 2ª parte do CPP”.

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 sócio-educativa, 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 Iuris, RJ, 2002)

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

— 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 sócio-educativa, 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).

---

<sup>10</sup> JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ.

---